



## Juristische Mitteilungen 2006 / III

### Inhalt

Veranstaltungen:	
17. Aufwertung von Ortszentren .....	2
Natur- und Heimatschutzrecht:	
18. Verunstaltung durch Parabolantennen? .....	3
Baurecht:	
19. Ausweitung einer Terrainaufschüttung ins übrige Gemeindegebiet.....	6
20. Freizeitlandwirtschaft im übrigen Gemeindegebiet.....	11
21. Wiederaufbau von Wohnbauten in der Landwirtschaftszone .....	14
22. Überschreitung der bewilligten Gebäudehöhe um 36 cm.....	20
23. Folgen einer verspäteten Bauanzeige .....	25
Verwaltungsverfahrenrecht:	
24. Aufforderung zur Einreichung von Planunterlagen.....	28
25. Sistierung beziehungsweise Moratorium betreffend UMTS-Anlagen.....	31

### Impressum

Herausgeber:	Baudepartement des Kantons St.Gallen
Verantwortung:	Rechtsabteilung
Kontaktperson:	Kathrin Wacker
Direktwahl:	071 229 39 09
Fax:	071 229 39 70
E-Mail:	kathrin.wacker@sg.ch
Internet:	www.jumi.sg.ch

**17****Veranstaltungen:****Aufwertung von Ortszentren**

Die Schweizerische Vereinigung für Landesplanung VLP-APSAN organisiert am 30. November 2006 eine Tagung zum Thema "Aufwertung von Ortszentren – Wie schaffen Gemeinden attraktive und lebendige Orts- und Quartierzentren?"

Historisch gewachsene Orts- und Quartierzentren stehen zunehmend in Konkurrenz mit peripher gelegenen Einkaufs- und Freizeitzentren. Dennoch erfüllen sie vielfältige Aufgaben als Einkaufs-, Arbeits-, Wohn- und Veranstaltungsorte. Da attraktive und funktionsfähige Ortszentren immer weniger eine Selbstverständlichkeit bedeuten, sind die Gemeinden gefordert, aktiv auf deren Entwicklung und Gestaltung Einfluss zu nehmen.

Wo liegen die Schlüsselprobleme der Orts- oder Quartierzentren? Wie können die Gemeinden die Aufwertung ihres Zentrums angehen? Was ist aus planerischer, architektonischer, verkehrlicher und wirtschaftlicher Sicht zu beachten? Welches Vorgehen, welche Verfahren führen zu guten Ergebnissen? Was geschieht, wenn man nichts macht?

An der Tagung vom 30. November 2006 soll die Aufwertung von Orts- und Quartierzentren in einem ganzheitlichen Ansatz angegangen werden. Den Gemeinden wird aufgezeigt, dass sie nur mit einem Gesamtkonzept, in dem der planerische, architektonische, wirtschaftliche, aber auch der soziale und ortsbildschützerische Aspekt mit einbezogen wird, zu guten Resultaten gelangen. Bevor eine Gemeinde aktiv werden kann, muss sie sich darüber Gedanken machen, was in ihrem Zentrum stattfinden soll und wie die Zukunft ihres Zentrums aussehen müsste.

Anhand unterschiedlich gelagerter Beispiele werden gute Erfahrungen präsentiert, aber auch Schwierigkeiten und Interessenkonflikte aufgezeigt. In einer abschliessenden Podiumsdiskussion kommen die verschiedenen Akteure zu Wort, die bei der Aufwertung von Ortszentren eine wichtige Rolle spielen. Den Tagungsteilnehmenden wird Gelegenheit geboten, an der Podiumsdiskussion teilzunehmen.

Die Tagung richtet sich an Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen kommunaler Verwaltungen, an Planungsfachleute, Verkehrsplaner, Architekten, Landschaftsarchitekten und Immobilienfachleute.

Durchgeführt wird die Tagung in Olten. Die Kurkosten betragen für VLP-ASPAN Mitglieder Fr. 250.--, für Nichtmitglieder Fr. 350.--.

Interessierte können das detaillierte Kursprogramm bei der VLP-ASPAN, Seilerstrasse 22, 3011 Bern, per Telefon unter 031 380 7676, per Fax unter 031 380 76 77 oder per E-Mail unter tagung @vlp-aspan.ch anfordern.

**18**

Natur- und Heimatschutzrecht:

**Verunstaltung durch Parabolantennen?****Art. 93 BauG: Verunstaltungsverbot**

Die Sorge vor der präjudiziellen Wirkung einer Baubewilligung kann unter dem Gesichtspunkt des Verunstaltungsverbots nicht berücksichtigt werden. Für das Verfolgen von Gestaltungszielen bedarf es spezieller Vorschriften.

Auf entsprechende Aufforderung der zuständigen Gemeindebehörde reichte ein Mieter eines Mehrfamilienhauses ein nachträgliches Baugesuch für die auf dem Balkon seiner Mietwohnung errichtete Parabolantenne ein. Die Baubewilligung wurde ihm in der Folge mit der Begründung verweigert, dass das Quartier- und Ortsbild durch Parabolantennen erheblich gestört werde. Der Baugesuchsteller wandte sich daraufhin mit Rekurs an das Baudepartement.

**1. Baubewilligungspflicht für Parabolantennen?**

Die Bewilligungspflicht für Bauten und Anlagen ist in Art. 78 BauG geregelt. Im Sinn einer Generalklausel bestimmt Art. 78 Abs. 1 BauG, dass das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen einer Bewilligung bedarf. Art. 78 Abs. 2 BauG enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Bauten und Anlagen, die der Bewilligungspflicht unterliegen.

Parabolantennen werden von der Aufzählung von Art. 78 Abs. 2 BauG nicht erfasst. Damit ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die zu beurteilende Parabolantenne (beispielsweise auf Grund ihrer Dimensionen) der Baubewilligungspflicht unterliegt. Eine Bewilligungspflicht ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die politische Gemeinde in ihrem Baureglement Radio- und Fernsehantennen ausdrücklich als bewilligungspflichtig erklärt (vgl. Art. 78 Abs. 3 BauG).

**2. Antennenverbot contra Informationsfreiheit****a) Antennenverbot gemäss Art. 97 BauG**

Nach Art. 53 Abs. 1 RTVG können die Kantone für bestimmte Gebiete das Errichten von Aussenantennen verbieten, wenn dies für den Schutz bedeutender Orts- und Landschaftsbilder, von geschichtlichen Stätten oder von Natur- und Kunstdenkmälern notwendig ist (Bst. a) und der Empfang der Programme, wie er mit durchschnittlichem Antennenaufwand möglich wäre, unter zumutbaren Bedingungen gewährleistet bleibt (Bst. b).

Der st.gallische Gesetzgeber hat in Art. 97 BauG die politischen Gemeinden ermächtigt, entsprechende Antennenverbote im Baureglement, in Zonen-, Überbauungs- und Gestaltungsplänen oder durch Schutzverordnung vorzusehen.

**b) Bedeutung der Informationsfreiheit**

Bau- und planungsrechtliche Vorschriften über die Errichtung von Radio- und Fernsehantennen im Freien bezwecken den Schutz des Orts- und Landschaftsbildes. Solche Vor-

schriften müssen nicht nur mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), sondern auch mit der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) vereinbar sein. Die Informationsfreiheit gewährleistet das Recht, Nachrichten und Meinungen ohne Eingriffe der Behörden zu empfangen und sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten. Dieses Recht ist jedoch nicht unbegrenzt, sondern steht wie andere Grundrechte in einem Spannungsverhältnis zu entgegenlaufenden gesellschaftlichen Forderungen, wie etwa solchen der Raumplanung. Es ist vor allem Sache der Gesetzgebung, Grundrechte und andere, gegenläufige öffentliche Interessen so gegeneinander abzugrenzen, dass beiden verfassungsrechtlichen Anliegen in einem ausgewogenen Verhältnis Rechnung getragen wird.

Auch wenn die Informationsfreiheit grundsätzlich das Recht gewährleistet, alle in den Äther ausgestrahlten, für die Öffentlichkeit bestimmten Programme zu empfangen und dafür die notwendigen Einrichtungen zu betreiben, bedeutet dies folglich noch nicht, dass Parabolantennen ohne Rücksicht auf die kantonalen und kommunalen Planungs- und Bauvorschriften überall und in beliebiger Gestalt erlaubt wären. Umgekehrt dürfen einschränkende Vorschriften nicht weitergehen, als es die mit dem Planungs- und Baupolizeirecht verfolgten öffentlichen Interessen erfordern, und es darf die Informationsfreiheit nicht in ihrem Kern getroffen werden. Eine Ordnung, die für das ganze Baugebiet einer Gemeinde Parabolantennen untersagen und über das Kabelnetz nur eine beschränkte Auswahl von Programmen anbieten würde, würde vor der Meinungs- und Informationsfreiheit nicht standhalten.

Art. 97 BauG erlaubt daher Antennenverbote nur für umgrenzte Gebiete, nur zum Schutz von Orts- und Landschaftsbildern, geschichtlicher Stätten, Natur- oder Kunstdenkmälern und nur unter der Voraussetzung, dass der Empfang der Programme im Wesentlichen gewährleistet bleibt.

### **3. Parabolantennen und Verunstaltungsverbot**

Für Parabolantennen gilt das Verunstaltungsverbot nach Art. 93 Abs. 1 BauG - soweit nicht im Einzelfall strengere Einordnungsgebote bestehen, wie sie die Gemeinden in Anwendung von Art. 93 Abs. 4 BauG für bestimmte Teile ihres Gebietes erlassen können.

Das Verunstaltungsverbot bezieht sich auf die Wirkung hinsichtlich des Orts- und Landschaftsbildes. Eine Verunstaltung darf nicht leichthin angenommen werden. Sie liegt nur vor, wenn nach allgemeiner Auffassung ästhetisch ansprechbarer Menschen etwas offensichtlich Unschönes geschaffen werden soll. Verunstaltung bedeutet eine schwerwiegende Verletzung ästhetischer Werte; sie ist gleichbedeutend mit einer schweren, groben oder erheblichen Beeinträchtigung. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn eine Baute oder Anlage von einem ästhetisch ansprechbaren Durchschnittsbürger zwar als nicht schön empfunden wird, diese aber keine positiv hässliche oder ärgerliche Wirkung ausübt. Ein Bau oder eine Anlage muss sich als qualifiziert unschön bezeichnen lassen, um als verunstaltend zu gelten. Bei der Beurteilung ästhetischer Aspekte darf nicht auf ein subjektives architektonisches Empfinden oder Gefühl abgestellt werden, sondern es sind möglichst objektive Kriterien anzuwenden. Zudem darf ein Bauvorhaben in ästhetischer Hinsicht nicht für sich allein betrachtet werden. Es muss in Beziehung zu seiner Umwelt gesetzt und in Bezug auf die Gesamtwirkung beurteilt werden.

Für die Beurteilung der Verunstaltung sind damit die vorgefundenen örtlichen Verhältnisse ausschlaggebend. Liegt die Liegenschaft eines Gesuchstellers beispielsweise in einem Ortsbild- oder Landschaftsschutzgebiet oder muss auf schutzwürdige Objekte Rücksicht genommen werden, ist - selbst wenn die Gemeinde kein generelles Antennenverbot im Sinn von Art. 97 BauG kennt - ein Bauabschlag denkbar. Auch in solchen Fällen sind indessen die in Frage stehenden baupolizeilichen und planerischen Interessen gegen die durch ein allfälliges Verbot bewirkte Beeinträchtigung der Informationsfreiheit abzuwägen.

Anzufügen bleibt, dass das Verunstaltungsverbot nicht dazu dienen kann, bestimmte Gestaltungsziele in allgemeiner Weise zu verfolgen. Hierfür bedarf es spezieller Vorschriften. Die Befürchtung vieler Gemeindebehörden, durch die Bewilligung einer Parabolantenne könnten auch andere Einwohner Parabolantennen anbringen wollen, kann im Rahmen des allgemeinen Verunstaltungsgebots nicht berücksichtigt werden.

#### 4. Keine Verunstaltung im konkreten Fall

Im vorliegenden Fall hatte die Standortgemeinde kein Antennenverbot im Sinn von Art. 97 BauG erlassen. Deren Baureglement schreibt einzig vor, dass Aussenantennen in konkret bezeichneten Orts- und Landschaftsschutzgebieten sowie an geschützten Kulturobjekten nicht störend wirken dürfen (Art. 28 BauR). In der kommunalen Schutzverordnung wird überdies in allgemeiner Weise festgehalten, dass sich der Gemeinderat durch einschränkende Auflagen bezüglich Einpassung darum zu kümmern hat, dass Kulturobjekte nicht durch benachbarte Bauten und Anlagen beeinträchtigt werden.

Das Baudepartement stellte fest, dass die betroffene Liegenschaft kein Kulturobjekt ist und sich auch nicht in einem Ortsbildschutzgebiet nach Art. 28 BauR befindet. Art. 28 BauR ist daher nicht anwendbar. Das Wohnhaus liegt indessen in der Umgebung zweier geschützter Villen. Da jedoch zu diesen Kulturobjekten keine, beziehungsweise eine durch die Distanz und die Bestockung abgegrenzte Sichtverbindung besteht, kann eine Beeinträchtigung dieser Kulturobjekte ausgeschlossen werden. Auch ein Verstoss gegen das Verunstaltungsverbot kann ausgeschlossen werden, zumal die Umgebung des Wohnhauses architektonisch und gestalterisch sehr uneinheitlich ist. Die Parabolantenne fällt nicht auf. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob die Antenne inner- oder ausserhalb des Balkons platziert wird. Der Rekurs wurde daher gutgeheissen.

#### Weiterführende Hinweise:

- BGE 108 Ia 277; 107 Ia 305; 107 Ia 294; 107 Ia 65; 105 Ia 336; 104 Ia 396; 104 Ia 94; 103 Ia 431
- GVP 2002 Nr. 12; 1998 Nr. 81; 1991 Nr. 65
- J. P. Müller, in: Kommentar BV, Informationsfreiheit, NN. 23 bis 27
- J. P. Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 104 ff.
- J. Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, 2. Bd., Zürich 1982, S. 81 ff. und 110
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 1025
- B. Zumstein, Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts, Diss. St.Gallen 2001, S. 131 f.
- Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 17. Januar 1984, in: ZBI 86 (1985), S. 73 ff.

#### Entscheid des Baudepartementes vom 8. Juni 2006 i.S. P. Z.

Die Befürchtung, durch die Bewilligung einer Parabolantenne könnten andere Einwohner dasselbe Recht fordern, kann nicht im Rahmen des Verunstaltungsverbots berücksichtigt werden. Für derartige Gestaltungsziele braucht es spezifische, gestützt auf Art. 93 Abs. 4 BauG erlassene Einordnungsgebote.

**19**

Baurecht:

**Ausweitung einer Terrinaufschüttung ins übrige Gemeindegebiet****Art. 24 RPG: Standortgebundenheit****Art. 32 BauG: Änderung von Zonenplänen**

Aus dem Bestand einer Terrinaufschüttung innerhalb der Bauzone kann keine Standortgebundenheit ausserhalb der Bauzone abgeleitet werden.

Die Erweiterung der Bauzone zur Legalisierung von zonenfremden Bauten oder Anlagen ausserhalb der Bauzone stellt eine Umgehung von Art. 24 RPG dar, wenn mit dieser Planungsmassnahme eine unzulässige Kleinbauzone geschaffen wird oder wenn sie sonst auf einer sachlich nicht vertretbaren Abwägung der berührten räumlichen Interessen beruht.

Die Regierung hatte kürzlich zu prüfen, ob die Ausweitung einer Gartenanlage von der Bauzone ins übrige Gemeindegebiet nachträglich bewilligt werden kann und ob eine Einzonung des zonenwidrig überbauten Parzellenteils rechtmässig wäre. Die zuständige Gemeindebehörde hatte beide Gesuche abgewiesen.

**1. Sachverhalt**

Eine Erbengemeinschaft ist Grundeigentümerin einer Parzelle, welche nach geltendem Zonenplan überwiegend der Wohnzone zugewiesen ist, mit einer Fläche von 151 m<sup>2</sup> jedoch dem übrigen Gemeindegebiet (ÜG) zugehört.

Die Parzelle ist mit einem Einfamilienhaus, einer Garage und einem Schwimmbad überbaut. Schwimmbad und Pool-Umfassung liegen noch innerhalb der Bauzone. Der gesamte Umschwung – auch jener ausserhalb des Baugebiets – ist aufgeschüttet. Im Bereich des ÜG sind Stützmauer und Aufschüttung bis zu 1,5 m hoch.

Nachdem die zuständige Gemeindebehörde die Ausweitung der Gartenanlage ins übrige Gemeindegebiet bemerkt hatte, forderte sie die Grundeigentümerin zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs auf.

Die Grundeigentümerin ersuchte in der Folge um nachträgliche Bewilligung der Terrinaufschüttung und um teilweise Einzonung der dem ÜG zugewiesenen Parzellenfläche. Die zuständige Gemeindebehörde lehnte beide Gesuche ab und verfügte die vollumfängliche Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Daraufhin wandte sich die Grundeigentümerin mit Rekurs an die Regierung.

## 2. Baubewilligung für Terrinaufschüttung im übrigen Gemeindegebiet verweigert

### a) Zonenkonformität verneint

#### aa) Gesetzliche Bestimmungen

Nach Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG müssen Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen.

Im ÜG sind Bauten und Anlagen zugelassen, wenn sie in der Landwirtschaftszone zulässig sind und die planmässige bauliche Entwicklung der Gemeinde nicht stören (Art. 21 Abs. 2 BauG). In der Landwirtschaftszone sind Bauten und Anlagen zonenkonform, wenn sie zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau benötigt werden (Art. 16a Abs. 1 RPG).

#### bb) Bedeutung im konkreten Fall

Die Rekurrentin hat im ÜG eine Fläche von 151 m<sup>2</sup> um 1,5 m aufgeschüttet und mit einer Stützmauer und Böschungselementen abgestützt, um so die in der angrenzenden Wohnzone bereits aufgeschüttete Umgebungsanlage zu vergrössern. Sie macht zu Recht nicht geltend, dass diese Terrainveränderung, soweit diese im ÜG und damit ausserhalb der Bauzone liegt, zonenkonform sei.

### b) Standortgebundenheit verneint

#### aa) Gesetzliche Bestimmungen

Abweichend von Art. 22 Abs. 1 Bst. a RPG können nach Art. 24 RPG Ausnahmegewilligungen erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (Bst. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. b).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes darf die Standortgebundenheit nach Art. 24 Bst. a RPG nur dann bejaht werden, wenn eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist. Die Voraussetzungen sind nach objektiven Massstäben zu beurteilen. Es kann also weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen.

Lässt sich das Bauvorhaben aus technischen oder betrieblichen Gründen oder aus Gründen der Bodenbeschaffenheit nur an einem mehr oder weniger bestimmten Ort verwirklichen, spricht man von positiver Standortgebundenheit. Eine negative Standortgebundenheit liegt dann vor, wenn sich das Bauvorhaben in einer Bauzone nicht sinnvoll platzieren lässt.

#### bb) Bedeutung im konkreten Fall

Nach Ansicht der Regierung ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, inwiefern die Geländeaufschüttung in technischer oder betriebswirtschaftlicher Hinsicht oder aus Gründen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sein soll. Zudem sind in Wohnzonen sowohl Gartenanlagen mit Terrainveränderungen als auch Garten- und Stützmauern durchaus üblich. Sie

sind also von ihrem Zweck her nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen.

Für die Rekurrentin mag es durchaus zweckmässig sein, die aufgeschüttete Liegewiese rund um das Schwimmbad um einige Meter über die Zonengrenze hinaus zu vergrössern. Dies dient jedoch allein ihrer Bequemlichkeit und einer luxuriöseren Gartengestaltung. Durch den Rückbau der Geländeauffüllung wird weder die Nutzung des Einfamilienhauses noch der Gebrauch des dazugehörenden Gartens oder Schwimmbeckens beeinträchtigt. Die Rekurrentin ist somit weder aus technischen noch aus betriebswirtschaftlichen Gründen darauf angewiesen, die Garten- und Schwimmanlage über die Bauzone hinaus auszudehnen. Es geht ihr mit anderen Worten nicht um objektive, sondern um rein subjektive Gesichtspunkte. Solch persönliche Gesichtspunkte dürfen indessen nach ständiger Praxis bei der raumplanungsrechtlichen Beurteilung keine Berücksichtigung finden. Eine Standortgebundenheit der strittigen Geländeauffüllung ist somit zu verneinen. Auch aus dem Bestand der Terrinaufschüttung innerhalb der Bauzone kann keine Standortgebundenheit ausserhalb der Bauzone abgeleitet werden.

Die Regierung gelangte daher zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG nicht erfüllt sind und dass das nachträgliche Baugesuch zu Recht abgewiesen wurde.

### **3. Einzonung der zonenwidrig überbauten Parzellenfläche verweigert**

#### **a) Nachträgliche Einzonung als Umgehung von Art. 24 RPG?**

##### **aa) Absehen vom Erfordernis der Standortgebundenheit**

Sollen zonenfremde Bauten oder Anlagen ausserhalb der Bauzonen erstellt werden, bedürfen sie einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG, beziehungsweise – bei planungspflichtigen Vorhaben – einer Änderung des Zonenplans.

Bei nicht planungspflichtigen Vorhaben kann nur dann mit Hilfe von Planungsmassnahmen (Erweiterung der Bauzone) von der Standortgebundenheit der geplanten Baute abgesehen werden, wenn die Zonenplanänderung den Zielen und Grundsätzen der Nutzungsplanung gemäss Raumplanungsgesetz entspricht. Diesfalls ist die Einzonung - selbst wenn für das Bauvorhaben eine Ausnahmegewilligung mangels Standortgebundenheit ausgeschlossen ist - rechtmässig und stellt keine Umgehung von Art. 24 RPG dar.

Eine Umgehung von Art. 24 RPG ist jedoch dann anzunehmen, wenn mit der fraglichen Planungsmassnahme eine unzulässige Kleinbauzone geschaffen wird oder wenn sie sonst auf einer sachlich nicht vertretbaren Abwägung der berührten räumlichen Interessen beruht.

##### **bb) Bedeutung im konkreten Fall**

In der von der Regierung zu beurteilenden Streitsache schliesst die zonenwidrig überbaute Parzellenfläche (ÜG) direkt an die Bauzone an. Die Regierung schloss daraus, dass durch eine Einzonung der zonenwidrig überbauten Fläche lediglich die bestehende Wohnzone erweitert, nicht aber eine isolierte Kleinbauzone geschaffen würde. Die Einzonung würde damit nach Ansicht der Regierung keine Umgehung von Art. 24 RPG bedeuten.

## **b) Anforderungen an eine Zonenplanänderung**

### **aa) Anspruch auf Änderung von Zonenplänen?**

Nach Art. 33 Abs. 2 BauG hat der Grundeigentümer Anspruch auf Aufhebung oder Abänderung von Zonenplänen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 32 Abs. 1 BauG erfüllt sind (Bst. a) oder wenn der Zweck des Erlasses nicht erreicht wird und dem Grundeigentümer unzumutbare Nachteile erwachsen (Bst. b). Nach Art. 32 Abs. 1 BauG werden Zonenpläne geändert oder aufgehoben, wenn es aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist - insbesondere wenn sich die Grundlagen ihres Erlasses wesentlich geändert haben oder wenn wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind.

Diese Bestimmungen konkretisieren den Grundsatz von Art. 21 Abs. 2 RPG, wonach Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben.

Planung und Wirklichkeit müssen im Lauf der Entwicklung miteinander in Übereinstimmung gebracht werden. Da aber ein Zonenplan seinen Zweck nur erfüllen kann, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist, ist er nach dem Gebot der Rechtssicherheit nur aus wichtigen Gründen abzuändern. Für eine Planänderung ist es deshalb nötig, dass die geltende Zonenordnung in erheblichem Mass den gewandelten öffentlichen Interessen nicht mehr entspricht. Erhebliche Veränderungen nach Art. 21 Abs. 2 RPG liegen dann vor, wenn das Gemeinwesen nach der allgemeinen Erfahrung andere Festlegungen getroffen hätte, sofern die geänderten Verhältnisse zur Zeit der Ausarbeitung der Nutzungsplanung massgeblich gewesen wären. Dazu gehören insbesondere tatsächliche Umstände wie etwa die Bevölkerungs- und Wirtschaftsentwicklung.

Planänderungen müssen mit anderen Worten stets planerisch begründet sein und einem öffentlichen Interesse entsprechen. Allein das seit der Planfestsetzung entstandene private Interesse an der Überbauung eines Areals gilt nicht als wesentliche Veränderung der Verhältnisse.

### **bb) Voraussetzungen für eine Einzonung**

Die Voraussetzungen für die Zuscheidung von Land zu Bauzonen sind in Art. 15 RPG geregelt. Demnach umfassen Bauzonen Land, das sich für die Überbauung eignet und zusätzlich entweder weitgehend überbaut ist (Bst. a) oder voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (Bst. b).

Die Eignung einer Parzelle als Bauland ergibt sich insbesondere aus den natürlichen Gegebenheiten (Art. 1 Abs. 1 Satz 3 RPG) wie aus topographisch und historisch gewachsenen Siedlungsstrukturen. Der Bedarf an zusätzlichem Bauland bemisst sich unter anderem anhand der kommunalen Planungsziele. Die Gemeinde als Trägerin der örtlichen Nutzungsplanung ist berechtigt und verpflichtet, die bisherige Entwicklung zu überdenken, zu bewerten, deren Folgen zu erforschen, Zielvorstellungen zu formulieren und die erforderlichen Massnahmen zu treffen.

### **cc) Bedeutung im konkreten Fall**

Die Regierung hielt vorab fest, dass in der betroffenen Gemeinde kein Bedarf nach weiterem Bauland besteht. Der grösste Teil des Gemeindegebiets ist bereits als Bauland ausgeschieden. Der Gemeinderat verneint denn auch einen zusätzli-

chen Bedarf an Bauland, zumal im Baugebiet grosses Verdichtungspotenzial besteht. Zudem sind vor einigen Jahren Bauparzellen, für welche bis anhin eine zehnjährige Bausperre galt, zum bereits erhältlichen Bauland dazugekommen. Falls gleichwohl eine Einzonung nötig würde, würden vorab diese Gebiete berücksichtigt.

Für die Bestimmung der Bauzonengrösse sind nebst dem Bedarf an Bauland auch die raumplanerischen Grundsätze der Schonung der Landschaft und der Begrenzung von Siedlungen entscheidend. Insbesondere besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Freihaltung grösserer zusammenhängender Flächen und an sinnvollen Bauzonengrenzen. Diesen Leitsätzen ist nach Ansicht der Regierung vorliegend spezielle Beachtung zu schenken, zumal sich die betroffene Region bereits heute in weiten Teilen als zusammen gewachsener Siedlungsraum präsentiert. Das vorliegend umstrittene, an die Bauzone angrenzende übrige Gemeindegebiet ist eines der wenigen grösseren unbebauten Gebiete der Gemeinde und als solches grundsätzlich vor einer weiteren Überbauung freizuhalten.

Die Rekurrentin will eine nachträgliche Legalisierung der widerrechtlichen Geländeaufschüttung erreichen. Die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands allein (nachträgliche Baubewilligung nach rechtskräftiger Zonenplanänderung) rechtfertigt indessen noch keine Einzonung. Dieses Vorgehen lässt sich gegenüber jenen Bauherren, welche erst nach Erhalt der Baubewilligung im bewilligten Umfang bauen, nicht mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit vereinbaren. Die Regierung hielt daher fest, dass der Gemeinderat - würde er dem subjektiven Wunsch der Rekurrentin nachkommen - das Raumplanungsgesetz wegen der präjudiziellen Wirkung eines solchen Entscheids und dem Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung nicht mehr durchsetzen könnte.

Die Regierung gelangte damit zum Schluss, dass die Einzonung der zonenwidrig überbauten Parzellenfläche zu Recht verweigert worden war. Da sich auch die verfügte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als rechtmässig erwies, wurde der Rekurs vollumfänglich abgewiesen.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- BGE 124 II 391; 121 I 245; 120 Ib 207; 118 Ib 17; 116 Ib 230
- GVP 2005 Nr. 97; 1999 Nr. 93
- BEZ 2006, S. 46; 1986, S. 31
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement/Bundesamt für Raumplanung [EJPD/BRP], Erläuterungen zum RPG, Bern 1981, N 22 zu Art. 15 RPG, S. 208
- Waldmann/Hänni, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 17 zu Art. 21 RPG
- A. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1987, N 6 zu Art. 72 ff., S. 388
- P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 150
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2006 Nr. 20 und 2005 Nr. 21

#### **Beschluss der Regierung vom 27. Juni 2006 i.S. V. K.**

Werden zonenwidrig überbaute Grundstücke nur eingezont, damit nachträglich die Baubewilligung erteilt und der rechtswidrige Zustand beseitigt werden kann, wird das Rechtsgleichheitsgebot in Bezug auf jene Bauherren verletzt, welche vor Baubeginn ein Gesuch einreichen.

**20**

Baurecht:

**Freizeitlandwirtschaft im übrigen Gemeindegebiet****Art. 34 Abs. 5 RPV: Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft**

**Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft sind weder in der Landwirtschaftszone noch im übrigen Gemeindegebiet zonenkonform.**

**Indizien für eine bloss freizeitlandwirtschaftliche Nutzung von ausserhalb der Bauzone errichteten Bauten und Anlagen können die fehlende Gewinn- oder Ertragsorientierung, die Grösse des Betriebs oder der Arbeitsbedarf sein.**

Ein Grundeigentümer hatte auf demjenigen Teil seiner Parzelle, welcher dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesen ist, einen Geräteunterstand und einen Kaninchenstall errichtet. Die übrige, mit einem Wohnhaus überbaute Parzellenfläche ist der Wohnzone zugewiesen. Die zuständige Gemeindebehörde verweigerte die nachträgliche Baubewilligung und verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

Gegen diesen Bauabschlag wandte sich der Baugesuchsteller mit Rekurs an die Regierung. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, dass die dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesene Parzellenfläche mit dem Anbau von Obst und Gemüse landwirtschaftlich genutzt werde. Der Geräteunterstand müsse dort erstellt werden, wo der Boden bewirtschaftet werde. Der Kaninchenstall wiederum könne auf Grund der damit verbundenen Geruchsmissionen nicht in der Bauzone errichtet werden.

**1. Übriges Gemeindegebiet – gesetzliche Grundlagen**

Das Bundesrecht unterscheidet lediglich zwischen Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (vgl. Art. 14 Abs. 2 RPG), räumt aber den Kantonen die Möglichkeit ein, weitere Nutzungszonen vorzusehen (Art. 18 Abs. 1 RPG). Insbesondere kann das kantonale Recht Vorschriften über jene Gebiete enthalten, deren Nutzung noch nicht bestimmt ist oder in denen eine bestimmte Nutzung erst später zugelassen wird (Art. 18 Abs. 2 RPG).

Der st.gallische Gesetzgeber hat eine entsprechende Regelung geschaffen und in Art. 21 Abs. 1 BauG ausdrücklich vermerkt, dass diese, als "übriges Gemeindegebiet" bezeichnete Nutzungszone keine Bauzone ist.

**2. Zonenkonformität im übrigen Gemeindegebiet****a) Grundsatz**

Nach Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG müssen Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen.

Für die Beurteilung der Zonenkonformität von Bauten und Anlagen im übrigen Gemeindegebiet verweist Art. 21 Abs. 2 BauG auf die vom Raumplanungsgesetz für die Landwirtschaftszone getroffene Regelung. Im übrigen Gemeindegebiet sind Bauten und Anlagen

somit nur zugelassen, wenn sie in der Landwirtschaftszone zulässig sind und die planmässige bauliche Entwicklung der Gemeinde nicht stören.

### **b) Keine Zonenkonformität bei Bauten und Anlagen für Freizeitlandwirtschaft**

Bauten und Anlagen sind im übrigen Gemeindegebiet wie auch in der Landwirtschaftszone grundsätzlich nur dann zonenkonform, wenn sie für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 21 Abs. 2 BauG in Verbindung mit Art. 16a Abs. 1 RPG). Dienen Bauten und Anlagen der Freizeitlandwirtschaft, sind sie folglich weder in der Landwirtschaftszone noch im übrigen Gemeindegebiet zonenkonform (Art. 21 Abs. 2 BauG in Verbindung mit Art. 34 Abs. 5 RPV).

Indizien für eine bloss freizeitlandwirtschaftliche Nutzung der Bauten und Anlagen können die fehlende Gewinn- oder Ertragsorientierung, die Grösse des Betriebs oder der Arbeitsbedarf sein.

## **3. Beurteilung des konkreten Falls durch die Regierung**

### **a) Zonenkonformität verneint**

Die Regierung hielt fest, dass die Geräte, welche der Rekurrent im Geräteunterstand unterbringen will, der Bewirtschaftung des im übrigen Gemeindegebiet liegenden Gemüse- und Obstgartens dienen. Im Kaninchenstall werden derzeit keine Tiere gehalten. Der Ertrag aus der Bewirtschaftung des Gemüse- und Obstgartens und aus der Kaninchenhaltung ist für den Eigengebrauch des Rekurrenten und seiner Familie bestimmt, genügt jedoch nicht für deren Lebensunterhalt. Der Rekurrent ist beruflich als Bauleiter tätig. Die Arbeit im Garten dient vor allem der Freizeitbeschäftigung.

Die Bewirtschaftung des Bodens durch den Rekurrenten ist damit weder gewinn- noch ertragsorientiert. Auch der Arbeitsbedarf, der sich aus dieser Bewirtschaftung ergibt, ist sehr gering. Damit sprechen mehrere Indizien dafür, dass die Bewirtschaftung des Bodens nur hobbymässig betrieben wird. Der Geräteunterstand wie auch der Kaninchenstall dienen dieser freizeitlandwirtschaftlichen Nutzung. Entsprechend verneinte die Regierung die Zonenkonformität dieser Bauten.

### **b) Standortgebundenheit verneint**

#### **aa) Gesetzliche Regelung**

Für Bauten ausserhalb der Bauzonen, die nicht dem Zweck der Nutzungszone entsprechen, kann nach Art. 24 RPG eine Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (Bst. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. b).

Eine Baute ist positiv standortgebunden, wenn sie aus technischen oder betrieblichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist. Negative Standortgebundenheit liegt vor, wenn sich die geplante Nutzung aus bestimmten Gründen nicht in einer Bauzone verwirklichen lässt.

Die Voraussetzungen sind nach ständiger Praxis nach objektiven Massstäben zu beurteilen. Zudem sind an die Erfordernisse der Standortgebundenheit strenge

Anforderungen zu stellen, da sonst die vom Raumplanungsgesetz geforderte Trennung von Bau- und Nichtbaugelände in Frage gestellt würde.

#### **bb) Kein Erfordernis für ein Ausweichen aus der Bauzone**

Die Regierung hielt vorab angesichts der örtlichen Gegebenheiten fest, dass für die Bewirtschaftung des kleinen Gemüse- und Obstgartens verhältnismässig wenige Gerätschaften notwendig sind. Diese können ohne weiteres aus der Bauzone mitgeführt werden. Der im übrigen Gemeindegebiet errichtete Geräteunterstand ist für die Bewirtschaftung nicht erforderlich und damit auch nicht standortgebunden.

In Bezug auf den Kaninchenstall wies die Regierung darauf hin, dass der Stall – zumal der Rekurrent zurzeit keine Kaninchen hält – keinem aktuellen Bedürfnis entspricht. Die mit dem Kaninchenstall verbundenen Geruchsmissionen erfordern keinen Standort ausserhalb der Bauzone. Der Stall bietet Platz für vier Kaninchen. Die damit verbundenen Geruchsemissionen stehen einem Standort in der Bauzone nicht entgegen. Auch für den Kaninchenstall liegt somit keine (negative) Standortgebundenheit vor. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht gar die negative Standortgebundenheit eines Geflügelstalls für 18 Hühner – trotz der damit verbundenen Lärm- und Geruchsemissionen – verneint hat.

Da sich auch die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als recht- und verhältnismässig erwies, wurde der Rekurs vollumfänglich abgewiesen.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- Urteil des Bundesgerichtes vom 17. Juli 2003 (1A.134/2002)
- Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuterungen zur RPV, S. 32
- Waldmann/Hänni, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, S. 369
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2006 Nr. 19

#### **Beschluss der Regierung vom 12. September 2006 i.S. Ch. M.**

Die Regierung verneinte die Standortgebundenheit eines im übrigen Gemeindegebiet, angrenzend an die Bauzone errichteten Geräteunterstands, welcher der Bewirtschaftung eines kleinen Obst- und Gemüsegartens diene. Auch die Standortgebundenheit eines Stalls für vier Kaninchen wurde – trotz der damit verbundenen Immissionen – verneint.

**21**

Baurecht:

**Wiederaufbau von Wohnbauten in der Landwirtschaftszone****Art. 42a Abs. 3 RPV: Wiederaufbau landwirtschaftsfremd genutzter Wohnbauten**

**Wurde ein nicht landwirtschaftlich genutztes Wohnhaus in der Landwirtschaftszone durch den Eigentümer oder mit dessen Duldung (eventual)vorsätzlich zerstört, ist ein Wiederaufbau unzulässig.**

Das Verwaltungsgericht hatte zu prüfen, ob die zuständige Gemeindebehörde den Wiederaufbau eines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone zu Recht verweigert hatte. Das Wohnhaus war zuvor im Auftrag des Eigentümers abgebrochen worden.

**1. Wiederaufbau landwirtschaftlich genutzter Wohnbauten**

Dienen der Landwirtschaftszone zugewiesene Wohnbauten der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder dem produzierenden Gartenbau, sind sie zonenkonform (vgl. Art. 16a RPG).

Ersucht also ein Landwirt um den Abbruch und Wiederaufbau seines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone, richtet sich die Bewilligungsfähigkeit dieses Vorhabens nach den allgemeinen Regeln für zonenkonforme Bauten und Anlagen (vgl. Art. 22 RPG). Liegen keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vor, kann die Baubewilligung erteilt werden (Art. 22 Abs. 3 RPG, vgl. auch Art. 87 Abs. 1 BauG).

**2. Wiederaufbau von Wohnbauten mit landwirtschaftsfremder Wohnnutzung**

Dienen der Landwirtschaftszone zugewiesene Wohnbauten weder der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung noch dem produzierenden Gartenbau, sind sie nicht zonenkonform (vgl. Art. 16a RPG). Eine landwirtschaftsfremde Wohnnutzung liegt mit anderen Worten dann vor, wenn eine Wohnbaute von Personen bewohnt wird, welche keiner landwirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen.

Für Wohnbauten mit landwirtschaftsfremder Wohnnutzung kann mangels Zonenkonformität keine ordentliche Baubewilligung erteilt werden (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG). Ersucht also ein Nichtlandwirt, beziehungsweise jemand, der keiner landwirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, um den Abbruch und Wiederaufbau seines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone, richtet sich die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens nach den Ausnahmerebestimmungen von Art. 24 ff. RPG. Gemäss diesen Bestimmungen und den zugehörigen Erläuterungen richten sich die Voraussetzungen für die Bewilligungsfähigkeit eines Abbruchs und Wiederaufbaus danach, ob die Nutzung der Wohnbaute am 1. Juli 1972 zonenkonform war oder ob sie (schon) damals zonenfremd wurde.

Der 1. Juli 1972 ist das Datum des Inkrafttretens des ersten Gewässerschutzgesetzes, welches erstmals eine strenge Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet einführte. Bauten und Anlagen, die erst nach diesem Stichtag in der Bauzone erstellt und nach einer Zuweisung zur Landwirtschaftszone zonenkonform genutzt wurden, werden rechtlich gleich be-

handelt wie die am 1. Juli 1972 schon vorhandenen und in der Folge zonenkonform genutzten Bauten und Anlagen. Bauten und Anlagen hingegen, die erst nach dem 1. Juli 1972 in der Bauzone erstellt und nach einer Zuweisung zur Landwirtschaftszone zonenwidrig genutzt wurden, sind gleichzusetzen mit den damals schon vorhandenen Bauten und Anlagen, deren Nutzung an diesem Stichtag zonenwidrig war.

**a) Wohnbauten, die am 1. Juli 1972 zonenkonform genutzt wurden**

**aa) Regel: Kein Wiederaufbau nach Abbruch (Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG)**

Art. 24d RPG erlaubt die Umnutzung von nicht benötigten landwirtschaftlichen Wohnbauten zu landwirtschaftsfremden Wohnzwecken, sofern - nebst anderen Voraussetzungen - die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert bleiben (Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG).

Unter "baulicher Grundstruktur" sind die statisch wichtigen Teile eines Gebäudes zu verstehen. Fundamente, Böden, tragende Wände und Dachkonstruktionen müssen sich in einem guten Zustand befinden und dürfen nur zu einem kleinen Teil erneuerungsbedürftig sein. Müssen ganze Gebäudeteile abgebrochen werden, um die Baute entsprechend nutzen zu können, ist die Umnutzungsbewilligung folglich zu verweigern. Entsprechend hält auch der Bundesrat in seiner Botschaft zur Teilrevision des Raumplanungsgesetzes ausdrücklich fest, dass die blosser Beibehaltung von Dach und Fassade eines Gebäudes bei gleichzeitiger Aushöhlung und "Neufüllung" des Objekts nicht von Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG gedeckt ist.

Mit Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG wird also auf Gesetzesstufe festgehalten, dass eine landwirtschaftsfremde Nutzung in landwirtschaftlichen Wohnbauten nicht bewilligungsfähig ist, wenn massiv in die tragende Substanz eingegriffen wird. Nach einem solchen Eingriff kann folglich auch ein Wiederaufbau - der die landwirtschaftsfremde Wohnnutzung des Neubaus bezweckt - nicht zulässig sein. So besteht nach der Botschaft des Bundesrates Sinn und Zweck von Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG darin, eine sinnvolle, auch mit Blick auf Raum und Landschaft vertretbare Weiterverwendung der bestehenden Bausubstanz zu erreichen. Entsprechend schliesst Art. 24d RPG einen vollständigen Abbruch der landwirtschaftsfremd genutzten Wohnbaute mit anschliessendem Wiederaufbau grundsätzlich aus.

**bb) Ausnahme: Wiederaufbau nach Zerstörung durch höhere Gewalt (Art. 42a Abs. 3 RPV)**

Art. 42a RPV konkretisiert die Gesetzesbestimmung von Art. 24d RPG. Im dritten Absatz wird im Sinn einer Erleichterung festgehalten, dass ein Wiederaufbau landwirtschaftlicher Wohnbauten zwecks landwirtschaftsfremder Wohnnutzung (nur) nach Zerstörung durch höhere Gewalt zulässig ist.

Musterbeispiele der Zerstörung durch höhere Gewalt sind Zerstörungen durch Naturgewalten. Darunter fällt beispielsweise ein Abbrennen des Gebäudes durch Blitzschlag oder eine Zerstörung durch Sturmwinde. Auch Lawinen, Erdbewegungen und Überschwemmungen können zu einer Zerstörung durch höhere Gewalt führen. Keine Zerstörung durch höhere Gewalt liegt jedenfalls dann vor, wenn das Gebäude vorsätzlich oder eventualvorsätzlich durch den Eigentümer oder mit dessen ausdrücklichen oder stillschweigenden Duldung zerstört wird.

### cc) Öffentliches Interesse am grundsätzlich unzulässigen Wiederaufbau

Das Gebot, Baugebiet vom Nichtbaugebiet zu trennen, gehört zu den zentralen Aufgaben des Bundesgesetzes über die Raumplanung. Wegleitend ist der Grundsatz, dass eine der Entwicklung des Landes angemessene Begrenzung und Ordnung des Siedlungsgebiets anzustreben ist, um der Streubauweise entgegenzuwirken und Baugebiet vom Nichtbaugebiet zu trennen. Das in Art. 75 Abs. 1 BV und Art. 1 Abs. 1 RPG verankerte Gebot, den Boden "haushälterisch" zu nutzen, weist auf dieses zentrale Anliegen des Planungsrechts hin.

Folgerichtig stellen Art. 24 ff. RPG strenge Bauvoraussetzungen an (zonenwidrige) Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen. Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG setzt voraus, dass die bisherige Bausubstanz weiter genutzt wird. Mit dieser Bestimmung will der Gesetzgeber eine sinnvolle und möglichst raum- und landwirtschaftsverträgliche Weiterverwendung funktionsloser Bauten ermöglichen, keinesfalls aber neuen baulichen Aktivitäten ausserhalb des Baugebiets Vorschub leisten. So verpflichtet das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Siedlungs- und Nichtsiedlungsgebiet nach der Botschaft des Bundesrates die Bewilligungsbehörden zu einer konsequenten Anwendung der in Art. 24d Abs. 3 RPG verankerten Kriterien. In jedem Einzelfall muss sorgfältig und umfassend geprüft werden, ob die Voraussetzungen auch tatsächlich erfüllt sind.

Das öffentliche Interesse am grundsätzlich unzulässigen Wiederaufbau nichtlandwirtschaftlich genutzter Wohnbauten kommt auch in Art. 16 Abs. 1 RPG zum Ausdruck. Gemäss dieser Bestimmung sind Landwirtschaftszonen weitgehend vor Überbauungen freizuhalten.

Zusammengefasst liegt es im öffentlichen, raumplanerischen Interesse, Landwirtschaftszonen möglichst vor Überbauungen freizuhalten und den Wiederaufbau von nichtlandwirtschaftlichen Wohnbauten zu untersagen.

### b) Wohnbauten, die am 1. Juli 1972 zonenfremd genutzt wurden

Die Bewilligungsfähigkeit eines Abbruchs und Wiederaufbaus von Bauten oder Anlagen, die (schon) am 1. Juli 1972 zonenwidrig wurden, richtet sich nach Art. 24c RPG.

Nach Absatz 1 dieser Bestimmung werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Mit der Wendung "nicht mehr zonenkonform" wird gemäss der konkretisierenden Bestimmung von Art. 41 RPV ausgedrückt, dass die Bauten und Anlagen seinerzeit zwar rechtmässig erstellt oder geändert wurden, dann aber auf Grund einer Rechtsänderung – insbesondere mit dem Inkrafttreten des ersten Gewässerschutzgesetzes - und der damit verbunden Zuweisung zu einer Nichtbauzone zonenwidrig wurden (da sie nicht landwirtschaftlich genutzt wurden).

Solche Bauten und Anlagen sollen sich - wiewohl sie einer Nichtbauzone zugewiesen wurden - baulich weiterentwickeln können. Nach Art. 24c Abs. 2 RPG dürfen diese Bauten und Anlagen daher - sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind - unter anderem auch wiederaufgebaut werden. Die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung bleibt jedoch vorbehalten.

### **3. Beurteilung des konkreten Falls durch das Verwaltungsgericht**

#### **a) Sachverhalt**

Im April 2004 hatte ein Grundeigentümer bei der zuständigen Gemeindebehörde ein Baugesuch für den Umbau eines der Landwirtschaftszone zugewiesenen Wohnhauses eingereicht. Das Wohnhaus wurde zu jenem Zeitpunkt vom Grundeigentümer und seinem Vater bewohnt. Beide gehen keiner landwirtschaftlichen Tätigkeit nach.

Im Oktober 2004 erteilte die zuständige Gemeindebehörde gestützt auf Art. 24d RPG und Art. 42a Abs. 1 und 2 RPV die Baubewilligung für den Umbau und die Zweckänderung des Wohnhauses. Bezüglich der geplanten baulichen Massnahmen wurde festgehalten, dass damit das zulässige Erweiterungskontingent vollständig ausgeschöpft werde.

Zwischen März und Juni 2005 fanden zwischen dem Projektverfasser und dem kantonalen Amt für Raumentwicklung (ARE) diverse Kontakte statt. Der Projektverfasser teilte dem ARE mit, dass er einen Abbruch und Wiederaufbau des Wohnhauses als wünschenswert erachte. Das ARE machte ihn in der Folge wiederholt - unter anderem auch anlässlich eines persönlichen Gesprächs - darauf aufmerksam, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen ein Wiederaufbau des Wohnhauses nach einem Abbruch unzulässig sei.

Das Wohnhaus wurde in der Folge vollständig abgebrochen.

Im Juli 2005 reichte der Grundeigentümer ein Gesuch für den Wiederaufbau des Wohnhauses ein. Die zuständige Gemeindebehörde verweigerte jedoch eine Baubewilligung mit Gesamtverfügung vom 2. September 2005.

Gegen diesen Bauabschlag erhob der Grundeigentümer Rekurs bei der Regierung und anschliessend Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, dass die tragende Holzkonstruktion des Wohnhauses in grösserem Ausmass sanierungsbedürftig gewesen sei als ursprünglich angenommen. Die Korrekturen seien aus Gründen der Sicherheit, wie auch aus technischen und baurechtlichen Gründen geboten gewesen. Es könne also nicht von einem freiwilligen Ersatz gesprochen werden. Ein verweigerter Wiederaufbau würde einen Teil des Eigentums zerstören. Dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung stünden folglich enorme private Interessen entgegen.

#### **b) Rechtmässigkeit von Bauabschlag und Eigentumseingriff**

Das Verwaltungsgericht erachtete den verweigerten Wiederaufbau als recht- und verhältnismässig. Gewürdigt wurde unter anderem die Tatsache, dass einer Gutheissung des Baugesuchs präjudizielle Bedeutung zukommen würde.

##### **aa) Rechtmässigkeit des Bauabschlags**

Der Beschwerdeführer hat sein in der Landwirtschaftszone liegendes Wohnhaus in Abweichung zur Baubewilligung vom Oktober 2004 freiwillig abgebrochen. Die Wohnbaute ist also unbestrittenermassen nicht durch Naturgewalten, sondern von Menschenhand vorsätzlich zerstört worden. Dies, obwohl dem zuständigen Architekten die Unzulässigkeit eines vollständigen Abbruchs mehrfach dargelegt worden war. Die in Art. 42a Abs. 3 RPV verankerten gesetzlichen Voraussetzungen für einen Wiederaufbau der landwirtschaftsfremd genutzten Wohnbaute sind damit nicht gegeben.

Die Gründe, die den Beschwerdeführer zu einem Abbruch bewogen, vermögen daran nichts zu ändern. Auch die (angebliche) Baufälligkeit des Wohnhauses vermag den Abbruch und Wiederaufbau ganzer Teile nicht zu rechtfertigen.

### **bb) Rechtmässigkeit des Eigentumseingriffs**

Die Ablehnung des Baugesuchs beziehungsweise der verweigerte Wiederaufbau stellt einen Eingriff in die Eigentumsrechte des Bauherrn dar (vgl. Art. 26 BV). Staatliche Eingriffe in Freiheitsrechte müssen auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhalten.

Das Verwaltungsgericht hält vorab fest, dass der durch den verweigerten Wiederaufbau bewirkte Eigentumseingriff direkt auf Art. 24d RPG - einem Gesetz im formellen Sinn - beruht. Das Erfordernis der hinreichenden gesetzlichen Grundlage ist damit erfüllt.

Der durch den verweigerten Wiederaufbau bewirkte Eingriff in die Eigentums-garantie des Bauherrn liegt auch im öffentlichen Interesse. So würde der Wiederaufbau nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes eine bauliche Aktivität bedeuten, welche vom Gesetzeszweck nicht gedeckt ist.

Schliesslich bejaht das Verwaltungsgericht auch die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Eigentumsrechte. Die verweigerte Bewilligung eines Wiederaufbaus landwirtschaftsfremd genutzter Wohnbauten ist zweifellos geeignet, dem Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet nachzuleben und neue, unerwünschte bauliche Aktivitäten in der Landwirtschaftszone zu verhindern. Mildere Massnahmen, welche es erlauben würden, dem Gesetzeszweck auf andere Weise Rechnung zu tragen, sind nicht ersichtlich. Zudem überwiegen die öffentlichen Interessen die betroffenen privaten Interessen. Zwar hat die Ablehnung des Baugesuchs und die Verweigerung des Wiederaufbaus für den Bauherrn in finanzieller und emotionaler Hinsicht schwerwiegende Folgen. Die entgegenstehenden öffentlichen Interessen müssen jedoch als ausserordentlich schwerwiegend beurteilt werden. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes namentlich die präjudizielle Bedeutung, die einer Gutheissung des Baugesuchs zukommen würde. Würde man dem Begehren des Beschwerdeführers stattgeben, müsste künftig der Wiederaufbau von Wohnhäusern, die nicht durch höhere Gewalt zerstört wurden, generell zugelassen werden. Der Gesetzgeber hat indessen mit Art. 24d RPG den Wiederaufbau von freiwillig zerstörten Wohnhäusern klar ausgeschlossen.

Zusammenfassend kommt das Verwaltungsgericht damit in Abweisung der Beschwerde zum Schluss, dass die zuständige Gemeindebehörde zu Recht keine Bewilligung für den Wiederaufbau der landwirtschaftsfremd genutzten Wohnbaute erteilte.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- Urteil des Bundesgerichtes vom 17. Juli 2003 (1A.134/2002)
- Botschaft des Bundesrates vom 22. Mai 1996 zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über die Raumplanung, in: BBl 1996, 543 ff.
- Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuterungen zu Art. 42a RPV, Version vom 23. August 2004, S. 4
- Bundesamt für Raumentwicklung, Bewilligungen nach Art. 42 RPG, S. 5
- Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, S. 619 ff.
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2005 Nr. 32

**Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 14. September 2006 i.S. O. S.**

Das Verwaltungsgericht hält fest, dass eine verweigerte Bewilligung für den Wiederaufbau von freiwillig zerstörten, nichtlandwirtschaftlich genutzten Wohnhäusern für die betroffenen Geschwister regelmässig eine finanzielle Einbusse und emotionale Belastung bedeutet. Den öffentlichen Interessen an der Einhaltung der Rechtsordnung ist indessen - unter anderem auch angesichts der präjudiziellen Bedeutung, die einer Gutheissung des Wiederaufbaus zukommen würde - höheres Gewicht zuzumessen.

**22**

Baurecht:

**Überschreitung der bewilligten Gebäudehöhe  
um 36 cm****Art. 77 Abs. 1 Bst. c BauG:  
Art. 130 Abs. 2 BauG:****Ausnahmebewilligung  
Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands**

Die zusätzliche Höhe von 36 cm rechtfertigt keine Ausnahmebewilligung, da die Einhaltung der bewilligten Gebäudehöhe keine architektonisch nachteiligere Lösung erzwungen hätte, als sie mit dem bestehenden Gebäude verwirklicht wurde.

Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung wird höher gewichtet als das private finanzielle Interesse des bösgläubigen Bauherrn an der Aufrechterhaltung des widerrechtlichen Zustands. Die Pflicht zur Behebung des rechtswidrigen Zustands ist verhältnismässig.

Die zuständige Gemeindebehörde bewilligte ausnahmsweise den Bau eines Einfamilienhauses, obwohl der gültige Gestaltungsplan im betroffenen Gebiet eine weitere Überbauung grundsätzlich ausschloss. Sie entsprach sodann dem Korrekturgesuch bezüglich des nachträglichen Lifteinbaus und der Erweiterung des Autounterstands. Anlässlich einer Rohbaukontrolle musste die Behörde feststellen, dass die Gebäudehöhe überschritten wurde, weswegen sie einen Baustopp verfügte. Das Wohnhaus wurde gleichwohl fertig gebaut. Gegen das eingereichte Korrekturgesuch, das die bereits ausgeführte Erhöhung des Gebäudes um 36 cm über die bewilligte Höhe zum Gegenstand hatte, erhoben einige Nachbarn Einsprache. Die Gemeindebehörde lehnte das nachträgliche Baugesuch ab, hiess die Einsprachen gut, verzichtete aber auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Die dagegen erhobenen Rekurse wies das Baudepartement ab. Dagegen erhoben sowohl der Architekt als auch die Nachbarn Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

**1. Ausnahmebewilligung****a) Gesetzliche Grundlage**

Für eine Ausnahmebewilligung ist eine gesetzliche Grundlage nötig. Diese ist mit Art. 77 Abs. 1 BauG gegeben. Demnach kann die zuständige Gemeindebehörde eine von den Vorschriften des Baugesetzes, des Baureglements sowie von Zonen-, Überbauungs- und Gestaltungsplänen abweichende Bewilligungen erteilen.

**b) Ausnahmesituation**

Ein Baudispens hat den Zweck, Härten und Unbilligkeiten zu vermeiden, die sich wegen der Besonderheit des Sachverhalts aus der strikten Anwendung der Bauordnung ergeben würden. Er verlangt eine Ausnahmesituation, bei der die Handhabung der Bauvorschriften in Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalls den Bauherrn in besonderem Masse hart treffen würde. Die Härte muss in einem objektiven Nachteil bestehen, den der Baugesuchsteller im Verhältnis zu Mitbürgern in gleicher oder ähnlicher Situation durch die strikte Anwendung der Baunormen erleiden würde. Es muss sich um einen Einzelfall handeln, wo die Allgemeinordnung den besonderen Verhältnissen nicht gerecht wird. An die Erteilung

eines Baudispenses ist ein strenger Massstab zu legen. Die einzelnen Ausnahmefälle sind in Art. 77 Abs. 1 Bst. a bis d BauG abschliessend aufgezählt. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ist möglich:

- wenn die Anwendung der Vorschriften für den Bauherrn zu einer offensichtlichen Härte führt (Bst. a)
- für Bauten und Anlagen, deren Zweckbestimmung ohne Ausnahmegewilligung nicht erfüllt werden könnte (Bst. b)
- wenn eine den öffentlichen Interessen besser entsprechende Überbauung erzielt werden kann (Bst. c)
- bei Umbauten, Erneuerung oder Erweiterung erhaltungswürdiger zonenkonformer Altbauten (Bst. d).

### **c) Ausnahmegewilligung, wenn eine den öffentlichen Interessen besser entsprechende Überbauung erzielt werden kann**

Vorliegend war einzig Art. 77 Abs. 1 Bst. c BauG zu prüfen. Als massgebliche öffentliche Interessen führt diese Bestimmung beispielhaft die Anforderungen der Energiepolitik, des Verkehrs, der Hygiene, der Feuersicherheit sowie der architektonischen und ortsplanerischen Gestaltung auf. Es müssen positiv öffentliche Interessen erwiesen sein, die für Ausnahmerecht sprechen und eine unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Interessen wesentlich bessere Lösung brächten.

Konkret liegt keine solche Ausnahmesituation vor. Die einzelnen Stockwerke des Einfamilienhauses hätten mittels einer leicht geringeren Raumhöhe so gestaltet werden können, dass die bewilligte Höhe hätte eingehalten werden können. Der Umstand, dass die Baute vor der Erteilung der nachgesuchten Ausnahmegewilligung erstellt wurde, ist nicht bei der Frage der Zulässigkeit der Verweigerung der Ausnahmegewilligung zu prüfen, sondern bei der Frage der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Einhaltung der ursprünglich bewilligten Gebäudehöhe eine architektonisch nachteiligere Lösung erzwungen hätte, als sie mit dem bestehenden Gebäude verwirklicht wurde. Namentlich im Hinblick auf die überdurchschnittlichen Raumhöhen wäre eine Einhaltung der bewilligten Gebäudehöhe möglich gewesen, ohne dass in ästhetischer und architektonischer Hinsicht ein Nachteil entstanden wäre.

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass das Gebäude, wie es sich in seiner heutigen Form präsentiert, bezüglich der architektonischen Gestaltung besser einzustufen ist als das ursprünglich bewilligte Objekt mit Liftaufbau. Entscheidend ist vielmehr, dass das Haus innerhalb der bewilligten Dimensionen architektonisch in der heute realisierten Form hätte verwirklicht werden können, was gegenüber der realisierten Ausführung nur marginale Änderungen erfordert hätte. Dagegen ist unerheblich, wie sich die Mehrhöhe von 36 cm bzw. der Wegfall des Liftaufbaus auf die benachbarten Parzellen auswirkt.

## **2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands**

### **a) Materielle und formelle Rechtswidrigkeit**

Nach Art. 130 Abs. 2 BauG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder die Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustandes verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Ist die materielle Rechtswidrigkeit gegeben und ist die Baute auch formell illegal, d.h. ohne Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung erstellt worden, besteht grundsätzlich ausreichender Anlass zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Legalitätsprinzip).

## **b) Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Prinzipien**

Können Bauten und Anlagen auf Grund materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden, folgt daraus aber noch nicht notwendigerweise, dass sie abgebrochen werden müssen. Vielmehr sind in jedem Fall die allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts, insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens zu berücksichtigen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit besagt, dass eine Abbruchverfügung nur erlassen werden darf, wenn diese Massnahme bei objektiver Betrachtung als die einzig geeignete erscheint, um einen aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Sie hat zu unterbleiben, wenn die Abweichung von den Bauvorschriften nur geringfügig ist, wenn der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt oder wenn die berührten öffentlichen Interessen den Schaden, der einem Eigentümer aus dem Abbruch erwächst, nicht zu rechtfertigen vermögen.

## **c) Verhältnismässigkeit einer Abbruchverfügung**

Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, wie schwerwiegend die Verletzung der materiellen Baurechtsordnung ist, wie das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung zu gewichten ist, ob gutgläubig gegen die Vorschriften verstossen wurde oder nicht und welche Nachteile den Eigentümern bei einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erwachsen würden.

Auch ein Bauherr, der nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich gegenüber einem Abbruch- oder Wiederherstellungsbefehl auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Er muss indessen in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen.

### **aa) Keine geringfügige Abweichung im konkreten Fall**

Vorliegend beträgt die Überschreitung der bewilligten Gebäudehöhe 36 cm. Diese Überschreitung mag noch als wenig schwerwiegend erscheinen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass bereits die bewilligte Baute auf einer Ausnahmegewilligung beruht und die Gebäudehöhe im gesamten Bewilligungsverfahren eine zentrale Rolle spielte. Dies verbietet es, die Höhenüberschreitung als geradezu geringfügig zu qualifizieren.

### **bb) Fehlende Gutgläubigkeit des Architekten und der Grundeigentümer**

Hinzu kommt, dass der Architekt und die Eigentümer nicht gutgläubig waren. Ein gutgläubiges Vorgehen wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn der Baugesuchsteller oder die Bauherrschaft im guten Glauben gewesen wäre, die Baute gemäss dem rechtskräftig bewilligten Projekt auszuführen. Die Gebäudehöhe war aber einer der zentralen Punkte im Bewilligungsverfahren und einer der Hauptstreitpunkte in der Auseinandersetzung mit den Nachbarn. Im Baubewilligungsentscheid war ausdrücklich festgehalten, dass mit dem Projekt die maximal zulässige Gebäudehöhe exakt eingehalten werde. Die erlaubte Höhe wurde sogar zu Gunsten eines der Nachbarn grundbuchlich fixiert. Unter diesen Umständen war klar, dass die Gebäudehöhe nach dem ursprünglich eingereichten Projekt ohne Toleranz ausgeschöpft war und bereits geringfügige Änderungen im Rahmen der Umsetzung des Projekts bzw. der Bauausführung zu einer Überschreitung der bewilligten Gebäudehöhe führen könnten. Vollends belegt wird die Bösgläubigkeit

dadurch, dass der Architekt sich über den behördlichen Baustopp kurzerhand hinwegsetzte und trotz des unmissverständlich ausgesprochenen und schriftlich verfügten Verbots das Gebäude fertig stellte. Die Grundeigentümer haben sich das Wissen ihres Architekten anrechnen zu lassen. In jedem einzelnen Stadium der Bauphase, in der sich die Mehrhöhe abgezeichnet hat, hätte diese durch eine entsprechende Reduktion der Raumhöhe des obersten Geschosses kompensieren lassen. Der Architekt war aber offensichtlich bestrebt, die infolge des nachträglich geplanten Lifteinbaus nötig gewordene und bewilligte Liftaufbaute in das Gebäudevolumen zu integrieren, um die ursprünglich beabsichtigte äussere Erscheinung der Baute wieder zu erreichen.

#### **cc) Private Interessen der Nachbarn**

Das überhöhte Gebäude ist von den Liegenschaften der Nachbarn aus gut sichtbar, insbesondere im Bereich der oberen Geschosse. Daran vermag der Umstand, dass das Gebäude von einer weiter entfernt stehenden Blutbuche überragt wird, nichts zu ändern. Abgesehen davon kann der Blick auf ein Gemäuer als weit weniger ansprechend empfunden werden als die Sicht auf eine natürliche Umgebung und einen lebenden Baum. Die Höhenüberschreitung führt daher zu einer gewissen Beeinträchtigung der Grundstücke der Nachbarn.

#### **dd) Private Interessen der bösgläubigen Grundeigentümer ohne Belang**

Die Wiederherstellungskosten betragen auf Grund einer groben Schätzung rund 200'000 Franken. Diese sind aber, wenn überhaupt, nur in geringem Masse zu berücksichtigen. Durch die Missachtung des Baustopps wurden die Kosten einer Wiederherstellung ohnehin noch erhöht, weshalb die entsprechenden Mehraufwendungen bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ausser Betracht fallen. Hinzu kommt, dass die Baukosten rund 1,9 Mio. Franken betragen, womit sich die Kosten für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands lediglich auf rund 10 Prozent der Baukosten belaufen. Nicht entscheidend ist, ob die Nachbarn die Abweichungen selbst feststellten oder nicht. Ebenfalls sind die zeitlich beschränkten Beeinträchtigungen während der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht von Belang. Diese Arbeiten würden innerhalb eines Zeitraums von einigen Monaten durchgeführt und fallen daher im Hinblick auf den künftigen Bestand des Gebäudes nicht wesentlich in Betracht.

#### **ee) Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung überwiegt**

An der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands besteht insbesondere aus präjudiziellen Gründen ein erhebliches öffentliches Interesse. Grundeigentümer, die sich über geltende Vorschriften und Bewilligungen hinwegsetzen, sollen nicht besser gestellt werden als diejenigen, die den vorgeschriebenen Verfahrensweg einschlagen und sich an die entsprechenden Vorschriften halten. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung spielt es keine Rolle, ob die Baute in architektonischer und gestalterischer Hinsicht ohne Liftaufbau positiver einzustufen ist als in der bewilligten Form. Der strikten Einhaltung der bewilligten Gebäudedimensionen kommt ein zentrales öffentliches Interesse zu. Die Einhaltung der Rechtsordnung und die Durchsetzung der Baubewilligungen wären nicht mehr gewährleistet, wenn Abweichungen, selbst wenn sie die nachbarlichen Interessen nicht untragbar beeinträchtigen, toleriert würden. Würde im Streitfall auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet, so wäre inskünftig bei ähnlich gelagerten Verstössen eine Durchsetzung der Bauordnung nicht mehr sichergestellt.

**ff) Das öffentliche Interesse an der Rechtsgleichheit überwiegt**

Auch im Lichte der rechtsgleichen Behandlung der Grundeigentümer und Baugesuchsteller ist ein strenger Massstab anzulegen, insbesondere in Fällen, in denen nicht gutgläubig gehandelt wurde. Es geht nicht an, wissentlich Bauvorschriften zu missachten und sich anschliessend der Wiederherstellung unter Berufung auf die Kosten zu widersetzen. Diese Kosten sind im vorliegenden Fall auf Grund des fehlenden guten Glaubens nur in geringfügigem Mass zu berücksichtigen. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, die finanziellen Interessen der Eigentümer und des Baugesuchstellers am Bestand der illegalen Baute bzw. am Verzicht auf die Wiederherstellung höher zu gewichten als das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Bauvorschriften und der Rechtsgleichheit. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich daher als verhältnismässig.

**Weiterführende Hinweise:**

- BGE 123 II 255 f.; 111 Ib 222 ff.; 108 Ia 218; 98 Ia 271
- Urteil des Bundesgerichtes vom 10. Juli 2000 (1A. 79/2000)
- GVP 1977 Nr. 4; 1982 Nr. 17
- ZBI 84 (1983), S. 286; 80 (1979), S. 309 ff.
- M. Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 156 ff.
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, NN 735 ff. und 1205 ff.
- P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2002, S. 324 ff.
- Chr. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, NN 660 ff.

**Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 14. September 2006 i.S. N. und S. I. AG**

Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde des Architekten gegen die Verweigerung einer Ausnahmegewilligung abgewiesen. Demgegenüber hat es die Beschwerde der Nachbarn gutgeheissen und die Grundeigentümer verpflichtet, die Höhe des Wohnhauses auf das bewilligte Mass, beziehungsweise um 36 cm zu reduzieren.

Gegen dieses Urteil des Verwaltungsgerichtes haben der Architekt und die Grundeigentümer am 23. Oktober 2006 beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Diese Verfahren sind noch hängig.

**23**

Baurecht:

**Folgen einer verspäteten Bauanzeige****Art. 82 BauG: Anzeige- und Auflageverfahren**

Die Bauanzeige ist zeitlich so zu versenden, dass die Berechtigten spätestens am Tag vor Beginn der öffentlichen Auflage von der Anzeige Kenntnis nehmen können. Eine verspätete Anzeige verletzt den Anspruch der Anstösser auf rechtliches Gehör.

Die Bauanzeige darf keine selbständige Frist für die Einspracheerhebung enthalten.

Mit der am 3. Januar 2005 per Einschreiben versandten Bauanzeige informierte die zuständige Gemeindebehörde diverse Anstösser über ein Bauvorhaben. Der Eigentümer einer angrenzenden Liegenschaft holte die Bauanzeige am 5. Januar 2005 auf der Post ab und erhob am 19. Januar 2005 Einsprache gegen das Bauvorhaben.

Das Bauvorhaben lag vom 5. bis 18. Januar 2005 öffentlich auf.

Da die zuständige Gemeindebehörde infolge verspäteter Eingabe nicht auf die Einsprache eintrat, ersuchte der betroffene Grundeigentümer das Baudepartement um Wiederherstellung der Einsprachefrist beziehungsweise um Neubeurteilung des Baugesuchs unter Berücksichtigung der Einsprache.

**1. Anzeige- und Auflagepflicht**

Im ordentlichen Baubewilligungsverfahren hat die zuständige Gemeindebehörde den Anstössern - jenen Grundeigentümern, deren Grundstück nicht mehr als 30 Meter von der geplanten Baute oder Anlage entfernt ist - mit eingeschriebenem Brief vom Baugesuch Kenntnis zu geben ("Anzeige"; vgl. Art. 82 Abs. 1 und 2 BauG).

Zudem sind Baugesuch und Unterlagen während vierzehn Tagen zur Einsicht aufzulegen (Art. 82 Abs. 3 BauG).

**2. Beginn und Dauer der Einsprachefrist**

Nach Art. 83 Abs. 1 BauG müssen Einsprachen der zuständigen Behörde innert der Auflagefrist, schriftlich und mit einer Begründung versehen eingereicht werden.

Aus dieser Gesetzesbestimmung ergibt sich, dass die gesetzliche Einsprachefrist einzig an die vierzehntägige öffentliche Auflage gebunden ist. Mit der Bauanzeige darf folglich keine selbständige Frist für die Einspracheerhebung eingeräumt werden.

### **3. Zeitliche Anforderungen an die Bauanzeige**

#### **a) Zeitpunkt des Versands**

Die Bauanzeige muss von der zuständigen Gemeindebehörde zeitlich so versendet werden, dass die Berechtigten spätestens am Tag vor Beginn der öffentlichen Auflage von der Anzeige Kenntnis nehmen können.

Bauanzeigen sind per Einschreiben zuzustellen (Art. 82 Abs. 1 BauG). Wird der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholungseinladung (Abholfrist von sieben Tagen) in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, so gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die eingeschriebene Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Die zuständige Gemeindebehörde hat folglich darauf zu achten, dass die öffentliche Auflage des Bauvorhabens erst nach der siebentägigen Abholfrist beginnt.

#### **b) Folgen einer verspäteten Bauanzeige**

##### **aa) Kein Einfluss auf den Ablauf der Einsprachefrist**

Die Bauanzeige ist ohne Einfluss auf Beginn und Dauer der Einsprachefrist (vgl. obstehend, Ziff. 2). Die verspätete Zustellung einer Bauanzeige kann folglich den Ablauf der Einsprachefrist nicht verhindern. Auch kann die Einsprachefrist nicht um die Verspätung verlängert werden.

##### **bb) Verletzung des rechtlichen Gehörs**

Eine Verletzung der Anzeigepflicht gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes jedoch als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Beginnt also die öffentliche Auflage eines Bauvorhabens noch während der siebentägigen Abholfrist für die eingeschrieben zugestellte Bauanzeige beziehungsweise wird eine eingeschriebene Sendung zu einem Zeitpunkt abgeholt, an dem das Baugesuch bereits öffentlich aufliegt, wird das rechtliche Gehör des Adressaten verletzt.

##### **cc) Aufhebung der Baubewilligung durch die Rechtsmittelinstanz?**

Eine unter Verletzung des rechtlichen Gehörs erlassene Baubewilligung wird grundsätzlich von der angerufenen Rechtsmittelinstanz ungeachtet der materiellrechtlichen Erfolgsaussichten aufgehoben und ohne materielle Prüfung der erhobenen Rügen zur Behebung des Mangels und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Dieser Grundsatz gilt nicht absolut. Nach der Rechtsprechung darf den Einspracheberechtigten aus der mangelhaften beziehungsweise zu spät erfolgten Anzeige kein Rechtsnachteil erwachsen. Nach Ansicht des Bundesgerichtes wird daher das rechtliche Gehör im Grunde genommen noch gewahrt, wenn der Betroffene – trotz nicht formeller Entsprechung des rechtlichen Gehörs – in der Ausübung seiner Verfahrensrechte nicht beeinträchtigt wurde. Die Berücksichtigung der Interessenlage, der konkreten Relevanz der Gehörsverletzung und der Verfahrensökonomie können also dazu führen, dass auf eine Aufhebung der Baubewilligung verzichtet wird.

#### 4. Beurteilung des konkreten Falls durch das Baudepartement

Das Baudepartement hielt vorab fest, dass eingeschriebene Sendungen erst mit dem Abholdatum als zugestellt gelten. Der betroffene Grundeigentümer hat die Bauanzeige am ersten Tag der öffentlichen Auflage in Empfang genommen. Die Bauanzeige ist damit einen Tag zu spät erfolgt. Damit wurde das rechtliche Gehör des Einsprechers verletzt.

Diese Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indessen nach Ansicht des Baudepartementes als so geringfügig angesehen werden, dass die Interessen des Einsprechers trotzdem gewahrt wurden. So kann davon ausgegangen werden, dass ihm das Ende der Einsprachefrist bekannt war. Trotz verspäteter Anzeige um einen Tag konnte dem Einsprecher daher zugemutet werden, die Einsprache rechtzeitig einzureichen. Dies gilt umso mehr, als die Publizitätswirkung ja nicht nur durch die Bauanzeige, sondern auch durch die Visierung und die öffentliche Auflage erreicht wird. Der Einsprecher wurde mit anderen Worten in der Ausübung seiner Verfahrensrechte nicht beeinträchtigt. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz die Angelegenheit unter Berücksichtigung gleich lautender Einsprachen beurteilt hatte. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Einsprache des Rekurrenten zu einer anderen Beurteilung geführt hätte. Das Baudepartement kam damit zum Schluss, dass trotz der (formellen) Gehörsverletzung des Einsprechers auf eine Aufhebung und Rückweisung der Baubewilligung verzichtet werden kann.

Ergänzend wies das Baudepartement darauf hin, dass auch das Gesuch um Wiederherstellung der Einsprachefrist keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, zumal eine Wiederherstellung höchstens ein leichtes Verschulden des Einsprechers an der Säumnis toleriert (vgl. Art. 85 Abs. 1 GerG).

#### Weiterführende Hinweise:

- BGE 124 V 180; 123 III 493
- M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 447 ff.
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 889
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2001 Nr. 6

#### Entscheid des Baudepartementes vom 18. September 2006 i.S. L. H.

Die Einsprachefrist ist einzig an die vierzehntägige öffentliche Auflage gebunden. Eine leicht verspätete Bauanzeige kann folglich den Ablauf der Einsprachefrist nicht verhindern.

**24**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Aufforderung zur Einreichung von Planunterlagen****Art. 80 Abs. 3 BauG: Ergänzende Unterlagen****Art. 45 Abs. 1 VRP: Rekursberechtigung****Die behördliche Aufforderung zur Einreichung von Planunterlagen ist keine anfechtbare Verfügung. Wird die Aufforderung angefochten, fehlt es an der materiellen Beschwer.**

Die zuständige Gemeindebehörde verweigerte die Bewilligung für bauliche Massnahmen an einem Wohnhaus. Überdies wurde der Bauherr im Dispositiv des Beschlusses aufgefordert, für die baulichen Vorkehrungen an der benachbarten Scheune Planunterlagen einzureichen.

Der Bauherr wandte sich gegen diesen Beschluss mit Rekurs an die Regierung und anschliessend mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht. Zur Begründung machte er unter anderem geltend, dass die baulichen Massnahmen an der Scheune in den bereits eingereichten Planunterlagen ersichtlich seien.

Das Verwaltungsgericht verneinte die Rechtsmittelberechtigung des Beschwerdeführers bezüglich der angefochtenen behördlichen Aufforderung.

**1. Verfügung als Anfechtungsobjekt im Rechtsmittelverfahren**

Gemäss Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung eines Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung einer Verfügung oder eines Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Diese Bestimmung ist kraft Verweises auch im Beschwerdeverfahren anwendbar (Art. 64 Abs. 1 VRP).

Der Inhalt von Art. 45 Abs. 1 VRP macht deutlich, dass als Anfechtungsobjekt eines Rekurses oder einer Beschwerde nur eine Verfügung oder ein Entscheid in Frage kommt. Gleichzeitig umschreibt die Bestimmung die Voraussetzungen für die Ergreifung eines Rechtsmittels: die Legitimation zur Ergreifung eines Rechtsmittels wird an die Voraussetzung geknüpft, dass der von der Verfügung oder dem Entscheid Betroffene in seinen eigenen, schutzwürdigen Interessen betroffen ist.

**2. Begriff der Verfügung****a) Definition**

Eine Verfügung ist ein Akt einer Behörde, der gestützt auf einen öffentlichrechtlichen Rechtssatz als hoheitliche Anordnung in verbindlicher und erzwingbarer Weise ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen Gemeinwesen und Individuum begründet, aufhebt oder abändert.

## **b) Inhalt**

Inhaltlich hat eine Verfügung den Anforderungen von Art. 24 Abs. 1 VRP zu genügen. Danach soll die Verfügung nebst den Tatsachen, den Vorschriften und den Entscheidungsgründen auch den Rechtsspruch der Behörde, die Rechtsmittelbelehrung, die Kostenregelung und das Datum enthalten.

Die äussere Form ist nicht ausschlaggebend. Zulässig ist deshalb auch eine Verfügung in Briefform, sofern sämtliche notwendigen Elemente enthalten sind.

## **3. Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit als Wesensmerkmal**

Verfügungen sind gemäss Definition verbindlich und erzwingbar. Sie können vollstreckt werden, ohne dass hierfür noch eine weitere Konkretisierung notwendig ist. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob die behördliche Anordnung eine verbindliche Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses begründen kann. Fehlt es an der Verbindlichkeit des behördlichen Aktes, kann dieser nicht als Verfügung qualifiziert werden.

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichtes stellt beispielsweise die behördliche Aufforderung zur Einreichung eines Baugesuchs keine anfechtbare Verfügung dar. Ein Baugesuch ist eine Willenserklärung zur Anhebung des Bewilligungsverfahrens und kann folglich nur freiwillig eingereicht werden.

## **4. Die Aufforderung zur Einreichung von Planunterlagen**

### **a) Fehlende Erzwingbarkeit**

Die Aufforderung zur Einreichung von Planunterlagen mag sämtliche Anforderungen von Art. 24 Abs. 1 VRP erfüllen, ist aber dennoch nicht als Verfügung zu qualifizieren. Das Einreichen von Planunterlagen kann nämlich von der Baubewilligungsbehörde grundsätzlich nicht erzwungen werden. Insbesondere genügt allein der Umstand, dass die Aufforderung von einer hoheitlich wirkenden Behörde ergeht, nicht, um die Verbindlichkeit zu begründen.

Es verhält sich in dieser Hinsicht ähnlich wie bei einer behördlichen Aufforderung zur Einreichung eines Baugesuchs. Wie ein Baugesuch können auch die dem Gesuch zu Grunde liegenden Pläne nur freiwillig eingereicht werden. Das Baugesuch ist eine Willenserklärung zur Anhebung des Baubewilligungsverfahrens. Die Planunterlagen sind Ausdruck dieser Willenserklärung, indem sie über die äussere Erscheinung und Ausdehnung einer geplanten Baute orientieren und eine baupolizeiliche Beurteilung ermöglichen (vgl. Art. 80 Abs. 2 BauG).

### **b) Vorgehen bei fehlenden Planunterlagen**

Ist die Behörde der Auffassung, dass die eingereichten Planunterlagen den konkreten Anforderungen nicht genügen, ist sie berechtigt, die notwendigen beziehungsweise ergänzenden Unterlagen zu verlangen (Art. 80 Abs. 2 und 3 BauG).

Diese Aufforderung zur Einreichung von Plänen enthält jedoch nach dem Gesagten keine verbindliche Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Erst mit dem verbindlichen Entscheid, ein Bauvorhaben könne gestützt auf die eingereichten Pläne nicht bewilligt werden, werden Rechtsverhältnisse gestaltet beziehungsweise Eingriffe in solche gemacht. Ist die Behörde also der Auffassung, ein Bauvorhaben könne gestützt auf die eingereichten Pläne nicht beurteilt werden und kommt der Bauherr der Aufforderung zur Einreichung von Plänen nicht nach, ist das Baugesuch abzuweisen.

### c) Rechtsmittel?

Fehlt es an der Verbindlichkeit eines behördlichen Aktes und kann dieser deshalb nicht als Verfügung qualifiziert werden, stellt sich die Frage, ob der Adressat zur Erhebung eines Rekurses berechtigt ist.

Nach Art. 45 Abs. 1 VRP ist ein Adressat eines behördlichen Aktes nur dann zum Rekurs berechtigt, wenn er ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung des behördlichen Erlasses datur. Ein solches ist vorhanden, wenn durch den behördlichen Akt in die Interessenlage des Betroffenen eingegriffen wird. Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, den der erfolgreiche Rekurs dem Rekurrenten eintragen würde. Die Anfechtung des behördlichen Aktes muss also die Abwendung eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anders gearteten Nachteils zumindest möglich machen.

Die behördliche Aufforderung zur Einreichung von Planunterlagen greift - wie obstehend dargelegt - nicht in die Rechtsstellung des Adressaten ein. Auf Grund der fehlenden Verbindlichkeit des behördlichen Erlasses werden weder Rechte noch Pflichten begründet. Dem Adressaten erwachsen aus der Aufforderung somit keine Rechtsnachteile. Für die Ergreifung eines Rechtsmittels fehlt es demnach an der materiellen Beschwer.

## 5. Beurteilung des konkreten Falls durch das Verwaltungsgericht

Die Regierung hatte die Rekursberechtigung des Bauherrn vollumfänglich bejaht. Das Verwaltungsgericht hingegen wies darauf hin, dass der behördlichen Aufforderung zur Einreichung von Planunterlagen keine Verbindlichkeit zukommt. Dem Beschwerdeführer fehlt es daher – soweit er diese Aufforderung anfechtet – an der materiellen Beschwer und damit an der Legitimation zur Ergreifung des Rechtsmittels. Auf die Beschwerde wurde somit diesbezüglich nicht eingetreten.

### Weiterführende Hinweise:

- GVP 1998 Nr. 9
- P. B. Leutenegger, Das formelle Baurecht der Schweiz, Bern 1974, S. 113
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, NN 536 ff.

### Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 14. September 2006 i.S. O. S.

Das Einreichen von Planunterlagen kann von der Baubewilligungsbehörde nicht erzwungen werden. Kann ein Bauvorhaben nach Auffassung der Behörde gestützt auf die eingereichten Pläne nicht beurteilt werden und kommt der Bauherr der Aufforderung zur Einreichung von Plänen nicht nach, ist das Baugesuch abzuweisen.

**25**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Sistierung beziehungsweise Moratorium betreffend UMTS-Anlagen****Art. 87 Abs. 3 BauG: Behandlung von Baugesuchen**

**Die abschliessende Regelung des Schutzes vor elektromagnetischer Strahlung im Umweltschutzgesetz und in der NIS-Verordnung erlaubt keine mit Zweifeln an der Richtigkeit der geltenden Grenzwerte begründete Nichtbehandlung oder Sistierung von Baugesuchen.**

Das Baudepartement hatte in zwei Verfahren zu entscheiden, ob die (vorläufige) Nichtbehandlung von Baugesuchen für Mobilfunkantennen-Anlagen zulässig sei oder nicht. Im einen Fall hatte der Gemeinderat ein bis auf Widerruf geltendes Moratorium für Mobilfunkantennen mit UMTS-Technik beschlossen. Die Baukommission wurde beauftragt, die Mobilfunkbetreiberinnen mit hängigen Baugesuchen über den Beschluss des Gemeinderates zu informieren und sämtliche Baugesuche zu sistieren, soweit nicht bereits ein ordentlicher Baubeschluss ergangen war. Im anderen Fall wurde ein konkretes Baubewilligungsverfahren bis zum Vorliegen des Ergebnisses einer laufenden ETH-Studie sistiert.

Das Moratorium beziehungsweise die Sistierung wurde in beiden Fällen im Wesentlichen mit gesundheitlichen Bedenken gegenüber der Strahlung von UMTS-Antennen begründet.

**1. Sistierung und Moratorium**

Weder die Sistierung noch das Moratorium werden im Gesetz näher definiert oder geregelt. Die Sistierung wird jedoch in der Rechtsprechung als zulässiger Akt der Verfahrensleitung anerkannt. Mit ihr wird der Gang eines bestimmten, bereits hängigen Verfahrens bis auf weiteres unterbrochen. Während der Einstellung werden keine Verfahrenshandlungen vorgenommen, ausser solchen, welche mit Blick auf die Wiederaufnahme des Verfahrens nötig erscheinen.

Ein Moratorium bezieht sich demgegenüber nicht auf ein bestimmtes Verfahren. Es handelt sich vielmehr (im hier interessierenden Sinn) um die grundsätzliche Erklärung einer Verwaltungsbehörde, dass nebst bereits hängigen auch allfällige künftige Gesuche oder Eingaben einer bestimmten Kategorie oder mit einem bestimmten Inhalt nicht behandelt beziehungsweise keine entsprechenden Bewilligungen ausgestellt würden.

Sowohl die Sistierung als auch ein Moratorium können zeitlich befristet, auf unbestimmte Zeit ausgesprochen oder von einer Bedingung abhängig gemacht werden.

Wer ein Baugesuch einreicht, hat grundsätzlich Anspruch darauf, dass dieses von der zuständigen Gemeindebehörde ohne Verzug und innert der gesetzlichen Fristen behandelt wird (Art. 87 Abs. 3 BauG; Gesetz über die Verfahrenskoordination in Bausachen). Die Sistierung eines Verfahrens stellt demgegenüber eine Abweichung vom Gebot der beförderlichen Behandlung und Erledigung von Verwaltungsverfahren dar. Sie benötigt deshalb eine Rechtfertigung und ist nur zulässig, wenn

- ein anderes Verfahren anhängig ist, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung ist, oder wenn
- sie aus wichtigen Gründen geboten erscheint und ihr keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.

Eine Sistierung kann von den Beteiligten beantragt oder von Amtes wegen angeordnet werden. Den übrigen Verfahrensbeteiligten ist Gelegenheit zu geben, zu einem entsprechenden Begehren Stellung zu nehmen. Glaubhaft gemachte entgegenstehende Interessen sind gegen die Anordnung der Sistierung abzuwägen.

Die Sistierung stellt keine Verfügung, sondern eine verfahrensleitende Anordnung dar. Sie kann somit nicht mit Rekurs, sondern nur mit Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 88 ff. VRP angefochten werden.

Gegen einen Moratoriumsbeschluss kann, sofern er von der obersten Verwaltungsbehörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft gefasst und ordentlich eröffnet wurde, Rekurs beim zuständigen Departement erhoben werden.

## **2. Baubewilligungen für Mobilfunkantennen**

### **a) Allgemeines**

Die rechtliche Grundlage für Massnahmen zum Schutz von Menschen, Tieren und Pflanzen vor schädlichen und lästigen Einwirkungen findet sich im Bundesgesetz über den Umweltschutz. Auch Strahlungen gelten als Einwirkungen, welche ebenso wie Luftverunreinigungen, Lärm und Erschütterungen durch Massnahmen an der Quelle begrenzt werden sollen (Emissionsbegrenzungen). Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Vorsorgeprinzip).

Gestützt auf das Umweltschutzgesetz wurde der Schutz vor schädlicher oder lästiger nicht-ionisierender Strahlung vom Bundesrat in der Eidgenössischen Verordnung zum Schutz vor nicht ionisierender Strahlung geregelt. Die NIS-Verordnung legt für den Betrieb von Sendeanlagen Anlage- und Immissionsgrenzwerte fest, die an Orten mit empfindlicher Nutzung oder an allen Orten, an denen sich Personen auch nur kurzfristig aufhalten können, eingehalten werden müssen. Immissionsgrenzwerte stützen sich auf wissenschaftlich anerkannte schädliche Auswirkungen. Die an den Orten mit empfindlicher Nutzung geltenden Anlagegrenzwerte wurden gestützt darauf im Sinn der Vorsorge rund zehn Mal strenger festgesetzt.

Der Schutz der Umwelt vor elektromagnetischer Strahlung wird im Umweltschutzgesetz und in der NIS-Verordnung abschliessend geregelt. Auf kantonaler oder kommunaler Ebene ist damit die Ansetzung höherer Anforderungen als den vom Bundesrat in der NIS-Verordnung festgesetzten nicht zulässig.

Art. 11 Abs. 3 USG verpflichtet den Bundesrat, den Stand von Wissenschaft und Forschung zu verfolgen und gegebenenfalls eine Anpassung der Grenzwerte der NIS-Verordnung zu prüfen. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass die geltenden Grenzwerte der NIS-Verordnung nicht als gesetzes- oder verfassungswidrig betrachtet werden können und die zuständigen Behörden ihrem im Umweltschutzgesetz festgelegten Auftrag nachkommen.

Die Messung von UMTS-Strahlung basiert auf einer vom Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft BUWAL (heute: Bundesamt für Umwelt BAFU) und dem Bundesamt für Metrologie METAS herausgegebenen Messempfehlung (Entwurf vom 17. September 2003). Wie das Bundesgericht in einem Entscheid vom 6. September 2006 festhält, wurden gestützt

auf einen vom METAS am 10. November 2005 publizierten Bericht zwischenzeitlich die Messgeräte nachkalibriert und die Streuung der Messwerte beträchtlich verringert. Nach Ansicht des BAFU existieren somit Messsysteme, die UMTS-Strahlung zuverlässig messen können. Das empfohlene Messverfahren für den Nachweis der Einhaltung der Anlagegrenzwerte wird als geeignet erachtet. Auf Grund der bisherigen Erfahrungen sei auch nicht davon auszugehen, dass der Entwurf zur Messempfehlung in grundlegenden Aspekten überarbeitet werden müsste. Nach Ansicht des Bundesgerichtes besteht keine Veranlassung, von dieser Einschätzung der Umweltschutzfachstelle des Bundes abzuweichen.

## **b) Neue Entwicklungen**

Am 6. Juni 2006 wurde die so genannte, von der Forschungsstiftung Mobilkommunikation in Auftrag gegebene TNO-Anschlussstudie publiziert, welche eine im Jahr 2003 veröffentlichte holländische Studie zu den Auswirkungen von UMTS-Strahlung auf das subjektive Wohlbefinden und kognitive Fähigkeiten ("TNO-Studie") replizieren sollte.

Die Studie konnte keine Auswirkungen kurzfristiger UMTS-Mobilfunkstrahlung feststellen. Wie das Bundesamt für Kommunikation BAKOM in einer Pressemitteilung festhielt, schützen die geltenden Grenzwerte die Bevölkerung nach heutigem Wissensstand ausreichend. Die Studie lässt allerdings keine Rückschlüsse auf allfällige Auswirkungen bei langfristiger Exposition oder allfällige Risiken beim Mobiltelefonieren mit UMTS-Natels zu.

Der Frage nach allfälligen Langzeitwirkungen von UMTS-Strahlung wird im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 57 "Nichtionisierende Strahlung, Gesundheit und Umwelt" nachgegangen. Im Frühjahr 2006 sind erste Projekte und Studien angelaufen.

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 10. März 2005 anerkannt, dass die Anwohner von Mobilfunkanlagen ein schutzwürdiges Interesse an der Einhaltung der in der NIS-Verordnung festgelegten Grenzwerte haben. Für das Standortdatenblatt, in welchem die für die geplante Anlage geltenden technischen Daten (unter anderem die Sendeleistung und -richtung) anzugeben sind, sei grundsätzlich die auf Grund der Hardwarekonfiguration der Anlage maximale äquivalente Strahlungsleistung (ERP) massgebend, das heisst die Sendeleistung bei Maximalleistung der vorgesehenen Senderendstufen und nicht ein tieferer, durch Fernsteuerung einstellbarer Wert. Für das Bewilligungsverfahren schloss das Bundesgericht daraus Folgendes:

- Sind die Grenzwerte der NIS-Verordnung bei maximaler Strahlungsleistung der Antenne gemäss Berechnung eingehalten, so ist die Bewilligung zu erteilen - allenfalls verbunden mit einer Abnahmemessung, falls die Grenzwerte bereits gemäss Berechnung zu 80 Prozent ausgeschöpft sind.
- Sind die Grenzwerte bereits gemäss Berechnung überschritten, so muss die maximale ERP der Anlage reduziert werden, beispielsweise durch Verwendung von Senderendstufen einer geringeren Leistungsklasse. Wird von diesem Grundsatz abgewichen und der Betrieb der Anlage mit einer niedrigeren als der maximalen ERP der Anlage bewilligt, muss dies in der Bewilligung begründet und dargelegt werden, wie die Einhaltung der bewilligten ERP gewährleistet werden soll.

Diese Lösung dürfte auch auf die Einhaltung der bewilligten Senderleistung von Antennen übertragen werden.

Um die Einhaltung der bewilligten Einstellungen und Werte zu gewährleisten, sind technische oder bauliche Massnahmen – wie die Fixierung einer Antenne – oder verstärkte Kontrollen denkbar.

Mit Rundschreiben vom 16. Januar 2006 empfahl das BAFU ein in Zusammenarbeit mit dem BAKOM und den kantonalen und kommunalen NIS-Fachstellen sowie den drei Mobilfunkbetreiberinnen Swisscom, Orange und Sunrise aufgestelltes Qualitätssicherungssystem (QS-System), welches bis Ende des Jahres 2006 eingeführt werden und die ständige Einhaltung der bewilligten Sendeleistung und –richtung gewährleisten soll. Den Bewilligungsbehörden wurde empfohlen, in der Baubewilligung (z.B. als Bedingung oder Auflage) die im Standortdatenblatt von der Mobilfunkbetreiberin bestätigte Verpflichtung der Einbindung der Anlage in das QS-System festzuhalten.

Im Entscheid vom 6. September 2006 setzt sich das Bundesgericht näher mit dem neu vorgesehenen Kontrollsystem auseinander. Unter anderem räumt es ein, dass Überschreitungen der bewilligten ERP damit nicht verhindert werden können; das Kontrollsystem Sorge jedoch dafür, dass diese sofort erkannt und regelmässig schon am folgenden Tag behoben werden können. Nicht jede Überschreitung der bewilligten Sendeleistung führe sodann zu einer Überschreitung des Anlagegrenzwerts. Das System habe den Vorteil, dass es alle Mobilfunkstationen und somit auch bestehende Anlagen erfasse, deren Leistung bisher nicht durch Hardwarevorkehrungen begrenzt war. Sodann erfasse es nicht nur die Sendeleistung, sondern alle für die NIS massgeblichen Parameter einer Mobilfunkantenne; insbesondere werde erstmals eine Kontrolle der Senderichtungen möglich sein. Insgesamt stellt das Qualitätssicherungssystem nach der Beurteilung des Bundesgerichtes ein wirksames Kontrollinstrument dar (so bereits in einem Urteil des Bundesgerichtes vom 31. Mai 2006). Wie das Bundesgericht unter Verweis auf das Rundschreiben des BAFU vom 16. Januar 2006 weiter ausführte, soll für den Fall, dass eine Netzbetreiberin ihre Verpflichtung zum Aufbau eines QS-Systems nicht einhalten sollte, künftig für die NIS-Beurteilung die maximale Sendeleistung und der maximal durch Fernsteuerung einstellbare Winkelbereich zu Grunde gelegt werden.

Von Seiten des Baudepartementes wird empfohlen, bei der Beurteilung von Baugesuchen für Mobilfunkantennen-Anlagen der Berechnung im Standortdatenblatt in jedem Fall, entsprechend den Ausführungen des Bundesgerichtes im Urteil vom 10. März 2005, die maximale äquivalente Strahlungsleistung zu Grunde zu legen (vgl. obstehend Ziff. 2.b.cc.).

### **3. Zu den Entscheiden des Baudepartementes**

Das Baudepartement hielt in den beiden Entscheiden unter Verweis auf die vorstehend ausgeführten gesetzlichen Grundlagen und die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichtes insbesondere Folgendes fest:

- Die abschliessende Regelung des Schutzes vor elektromagnetischer Strahlung im Umweltschutzgesetz und in der NIS-Verordnung erlaubt keine mit Zweifeln an der Richtigkeit der geltenden Grenzwerte begründete Nichtbehandlung oder Sistierung von Baugesuchen.
- Wann aus dem Nationalen Forschungsprogramm 57 Resultate erwartet werden können und ob diese gegebenenfalls bereits ausreichend sein werden, um zu einer Anpassung der NIS-Verordnung zu führen, ist noch völlig offen. Allfällige Ergebnisse werden dann zumal vorerst durch die zuständigen Bundesbehörden zu prüfen und interpretieren sein. Einer allfälligen Änderung der NIS-Grenzwerte wäre gemäss Art. 7 NISV im Übrigen auch der Betrieb von bereits bewilligten oder bestehenden Mobilfunk-Anlagen anzupassen. Eine unter Verweis auf das laufende Forschungsprogramm ausgesprochene Sistierung oder Nichtbehandlung von entsprechenden Baugesuchen rechtfertigt sich somit nicht.
- Mit der Anordnung, der Berechnung gemäss Standortdatenblatt die maximale ERP der Anlage zu Grunde zu legen und insofern vom schlechtest möglichen Fall auszugehen, besteht Gewähr, dass selbst bei einer unzulässigen Überschreitung der bewilligten

Sendeleistung oder Senderichtung nach aufgenommenem Betrieb der Antenne die Grenzwerte der NIS-Verordnung nicht überschritten würden.

- In Bezug auf die Kontrolle der Einhaltung der bewilligten Sendeleistung und –richtung wird auf das Qualitätssicherungssystem verwiesen. Daneben besteht nach wie vor die Möglichkeit, mit der kantonalen NIS-Fachstelle zusammenzuarbeiten, welche ihrerseits direkten Zugriff auf die Datenbank des BAKOM und damit die Betriebsdaten der einzelnen Anlagen hat.
- Naturgemäss kann die Sendeleistung einer Mobilfunkantenne im Bewilligungsverfahren nur berechnet und nicht gemessen werden. Nach der Inbetriebnahme von Anlagen, die bereits gemäss Berechnung über 80 Prozent der NISV-Grenzwerte ausschöpfen, wird deshalb in der Regel eine Abnahmemessung durchgeführt. Ergibt diese Messung eine höhere NIS-Belastung als berechnet, so ist der Betrieb der Antenne anzupassen. Die Frage der Kontrolle der Einhaltung der bewilligten Strahlungswerte betrifft damit grundsätzlich den Zeitraum nach Abschluss des Bewilligungsverfahrens und Inbetriebnahme der Anlage. Allenfalls bestehende Probleme bei der nachträglichen Messung der Strahlung können insofern von vornherein grundsätzlich keinen Einfluss auf das Baubewilligungsverfahren haben und rechtfertigen dessen Sistierung oder Nichtbehandlung ebenfalls nicht.
- Die Prüfung des Standortdatenblattes und der daraus hervorgehenden Berechnung betreffend Einhaltung der Grenzwerte ist ebenso wie der Entscheid darüber, ob Schutzvorkehrungen im konkreten Fall sinnvoll und notwendig sind, von der zuständigen Behörde im Baubewilligungsverfahren vorzunehmen. Werden beim vorgesehenen Betrieb einer Anlage die vorgeschriebenen Grenzwerte gemäss Berechnung eingehalten, so ist die Baubewilligung, vorbehältlich anderweitiger, im öffentlichen Recht begründeter Hindernisse sowie allenfalls mit Auflagen versehen, zu erteilen. Sollte die Einhaltung der massgebenden NISV-Grenzwerte jedoch tatsächlich nicht gewährleistet erscheinen, so ist das Baugesuch abzuweisen. Für eine allgemeine Nichtbehandlung oder Sistierung von Mobilfunkgesuchen besteht hingegen kein Raum. Die Mobilfunkbetreiberinnen haben Anspruch auf Prüfung ihrer Baugesuche.

Zusammenfassend kam das Baudepartement zum Schluss, dass weder für eine Sistierung der bereits hängigen Baugesuche der Rekurrentinnen noch für ein allgemeines Moratorium in Bezug auf die Bewilligung von UMTS-Antennen ausreichende Gründe vorliegen. Die Sistierung hängiger Verfahren wie auch die Anweisung zur Nichtbehandlung künftiger Baugesuche wurde als Rechtsverweigerung qualifiziert und die jeweilige Vorinstanz angewiesen, für eine unverzügliche Behandlung aller hängigen Baugesuche zu sorgen.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- BGE 126 II 399
- Urteil des Bundesgerichtes vom 12. August 2003 (1A.148/2002) und vom 15. Dezember 2003 (1A.86/2003)
- Urteil des Bundesgerichtes vom 10. März 2005 (1A.160/2004); 17. November 2005 (1A.106/2005) und 29. November 2005 (1A.218/2004)
- Urteil des Bundesgerichtes vom 31. Mai 2006 (1A.116/2005) und vom 6. September 2006 (1A.57/2006)
- Urteil des Verwaltungsgerichtes Luzern vom 18. August 2005 [Nr. V 04 374]
- Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich vom 8. Februar 2006 [VB.2006.00001]
- Vollzugsempfehlung zur NIS-Verordnung, herausgegeben vom BUWAL [heute: BAFU], Bern 2002, Ziff. 2, 2.1.3., 2.1.8 und 2.2.1

**Entscheid des Baudepartementes vom 22. Juni 2006 i.S. S. M. AG und T. S. AG sowie vom 18. August 2006 i.S. S. M. AG**

Der Schutz der Umwelt vor elektromagnetischer Strahlung wird in der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes abschliessend geregelt.

Indem der Berechnung gemäss Standortdatenblatt die maximale äquivalente Strahlungsleistung zu Grunde gelegt und insofern vom schlechtest möglichen Fall ausgegangen wird, besteht Gewähr, dass selbst bei einer unzulässigen Überschreitung der bewilligten Werte nach aufgenommenem Betrieb der Anlage die Grenzwerte der NIS-Verordnung nicht überschritten werden. Das von den Mobilfunkanbieterinnen bis Ende 2006 zu implementierende Qualitätssicherungssystem stellt ein wirksames Instrument zur Kontrolle der Einhaltung der bewilligten Sendeleistung und -richtung dar.