



Juristische Mitteilungen 2008 / II

Inhalt

Neues Recht

- 1 Schutz vor Passivrauchen – Auswirkungen auf Gastwirtschaften 2

Baurecht

- 2 Verhältnismässige Wiederherstellung widerrechtlicher
Ablagerungen ausserhalb Bauzonen 9
- 3 Windenergieanlagen ausserhalb Bauzonen 14
- 4 Geländer und Brüstungen – Anforderungen und Haftung 20
- 5 Meldeverfahren und rechtliches Gehör 26

Verwaltungsverfahrensrecht

- 6 Nachfrist zur Rekursergänzung – Sorgfaltspflicht
der Rekurrenten 30

Impressum

Baudepartement des Kantons St.Gallen
Rechtsabteilung
www.jumi.sg.ch

Bettina Deillon-Schegg / Kathrin Kuchler-Wacker
071 229 30 71 / 071 229 39 09
bettina.deillon@sg.ch / kathrin.kuechler@sg.ch

Zitiervorschlag:

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen Jahr/Band/Nr.

1

Schutz vor Passivrauchen – Auswirkungen auf Gastwirtschaften

Zusammenfassung

Betreiber von Gastwirtschaften müssen aufgrund der ab 1. Oktober 2008 geltenden Bestimmungen über den Schutz der Bevölkerung vor Passivrauchen entscheiden, ob ihr Betrieb rauchfrei, mit abgetrenntem Rauchzimmer oder als Raucherbetrieb geführt werden soll. Dadurch bedingte betriebliche oder bauliche Anpassungen können im Einzelfall eine Baubewilligungspflicht auslösen.

Erläuterungen

1. Ausgangslage

Am 21. Februar 2005 hiess der Kantonsrat die Motion «Rauchfreie Räume zum Schutz der Bevölkerung vor Passivrauchen» gut. Als ersten Schritt zur Umsetzung derselben hat die Regierung die «Weisung über den Schutz vor Passivrauchen in Gebäuden der Staatsverwaltung» erlassen, die seit 1. März 2006 angewendet wird. Sie verbietet das Rauchen in Gebäuden und Gebäudeteilen der Staatsverwaltung. Zudem hat der Kantonsrat im Juli 2006 den V. Nachtrag zum Gesundheitsgesetz erlassen, der ein Werbeverbot für Tabakprodukte auf öffentlichem Grund, in öffentlichen Gebäuden und in Sportstätten sowie ein Abgabeverbot von Tabakwaren an Jugendliche unter 16 Jahren vorsieht.

Mit dem IX. Nachtrag zum Gesundheitsgesetz vom Juli 2007 wird in einem zweiten Schritt zur Umsetzung der Motion die gesetzliche Grundlage für ein Rauchverbot in öffentlichen Räumen im Kanton St.Gallen geschaffen.

2. Neue Gesetzesbestimmungen ab 1. Oktober 2008

Art. 52quater GesG

¹ Das Rauchen ist in allgemein zugänglichen, geschlossenen Räumen verboten, ausgenommen in Rauchzimmern.

² Räume gelten als allgemein zugänglich, wenn sie nicht nur einem bestimmten, eng umgrenzten Personenkreis offenstehen. Als allgemein zugänglich gelten insbesondere:

- a) Gebäude der öffentlichen Verwaltung;
- b) Spitäler und andere Gesundheitseinrichtungen;
- c) Kinder- und Jugendheime, Behinderteneinrichtungen sowie Betagten- und Pflegeheime;
- d) Schulen und andere Bildungseinrichtungen;
- e) Museen, Theater und Kinos;
- f) Sportstätten;
- g) Geschäfte und Einkaufszentren;
- h) gastgewerbliche Betriebe.

³ Rauchzimmer sind Räume, die von anderen Räumen des Gebäudes und deren Belüftung und Entlüftung getrennt und als solche gekennzeichnet sind sowie keinem anderen Zweck dienen.

Art. 52quinquies GesG

¹ In gastgewerblichen Betrieben sind Rauchzimmer auf höchstens einem Drittel der Schankfläche in geschlossenen Räumen zulässig, wenn:

- a) für diese Räume ein Patent für einen Betrieb nach dem Gastwirtschaftsgesetz vom 26. November 1995 erteilt wurde;
- b) für angrenzende, allgemein zugängliche Räume der Schutz vor Passivrauchen gewährleistet ist, insbesondere wenn der Zugang über gastgewerblich genutzte Räume erfolgt.

² Gastgewerbliche Betriebe können auf Bewilligung der politischen Gemeinde hin als Raucherbetriebe geführt werden. Die Bewilligung wird erteilt, wenn die Betreiberin oder der Betreiber den Nachweis erbringt, dass eine Trennung von Raucher- und Nichtraucher Räumen nicht möglich oder unzumutbar ist und die Voraussetzungen nach Abs. 1 Bst. a und b erfüllt sind.

³ Raucherbetriebe sind als solche zu kennzeichnen.

⁴ Liegt das Patent für einen Anlass nach dem Gastwirtschaftsgesetz vom 26. November 1995 vor, kann die politische Gemeinde eine Ausnahme vom Verbot bewilligen, wenn keine Räume nach Art. 52quater Abs. 2 Bst. a bis g dieses Gesetzes betroffen sind.

Diese durch den IX. Nachtrag ins Gesundheitsgesetz eingefügten neuen Gesetzesbestimmungen treten ab dem 1. Oktober 2008 in Kraft.

3. Beurteilung von Gastwirtschaften im Allgemeinen

Gastwirtschaften sind baurechtlich allgemein nicht einfach zu beurteilen, weil es sehr grosse Unterschiede bei den Betrieben gibt.

A. Zonenkonformität und Einhaltung der Bauvorschriften

Werden Räume neu erstellt oder wurden diese bisher anders genutzt, ist die Einrichtung einer Gastwirtschaft selbstverständlich baubewilligungspflichtig. Das Gleiche gilt für Flächen im Freien, die neu als Ausenwirtschaft genutzt werden sollen. In beiden Fällen besteht die Baubewilligungspflicht unabhängig davon, ob erhebliche bauliche Vorkehren vorgesehen sind oder nicht, da in diesen Fällen von einer bewilligungspflichtigen Zweckänderung auszugehen ist.

Abhängig von Art, Grösse, räumlicher Bedeutung, Öffnungszeiten, Anzahl der Beschäftigten, erwarteter Gastung und weiteren Faktoren sind Gastwirtschaften nicht in allen Zonen zulässig. Ist die Zonenkonformität gegeben, kann die Baubewilligung erst erteilt werden, wenn auch die übrigen Bauvorschriften eingehalten sind.

B. Bewilligungspflicht von Betriebsänderungen

Liegt für eine Gastwirtschaft eine Baubewilligung vor, so gelten normale betriebliche Entwicklungen und übliche betriebliche Anpassungen, welche im Lauf der Zeit erforderlich werden, als bewilligt.

Führen Konzeptänderungen jedoch zu wesentlich geänderten Auswirkungen auf die Nachbarschaft, so können diese eine Baubewilligungspflicht auslösen. So kann zum Beispiel die Umwandlung eines ruhigen Quartierlokals in ein Musiklokal oder die Verlagerung der Betriebszeiten in die Nacht durch Aufhebung der Schliessungszeiten eine Baubewilligungspflicht auslösen. Sinnvollerweise wird deshalb die gastwirtschaftsrechtliche Verkürzung oder Aufhebung der Schliessungszeiten mit dem Baubewilligungsverfahren abgestimmt.

C. Gastwirtschaften und Lärm

Besondere Schwierigkeiten entstehen bei der Beurteilung von Lärm aus Gastwirtschaften. Soweit es sich um Verhaltenslärm beziehungs-

weise menschlichen Lärm (Musik, Gespräche usw.) handelt, sind keine Belastungsgrenzwerte anwendbar. Die zuständige Behörde muss deshalb aufgrund eigener Abklärungen festhalten, ob eine höchstens geringfügige Störung vorliegt (entspricht dem Planungswert) oder ob die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden bloss "nicht erheblich gestört" wird (entspricht dem Immissionsgrenzwert). Gerade Gastwirtschaften und namentlich Aussenwirtschaften sind nach diesen Kriterien zu beurteilen.

In die Beurteilung sind sowohl der Lärm aus dem Betrieb selber (Primärimmissionen) als auch der Lärm aus dem Verhalten der Gäste beim Ankommen und Gehen (Sekundärimmissionen) einzubeziehen.

4. Auswirkungen der neuen Bestimmungen im Besonderen

Den Betreibern von Gastwirtschaften stehen nach den Bestimmungen zum Schutz vor Passivrauchen grundsätzlich drei Varianten offen, wie sie ihren Betrieb künftig führen wollen, nämlich als

- vollständig rauchfreien Betrieb,
- Betrieb mit Rauchzimmer oder
- Raucherbetrieb.

Diese drei Kategorien müssen bau- und umweltrechtlich differenziert beurteilt werden. Im Einzelfall können die Wahl einer der drei Varianten bzw. dadurch bedingte bauliche oder betriebliche Anpassungen eine Baubewilligungspflicht auslösen und die Einleitung des Baubewilligungsverfahrens erforderlich machen.

A. Vollständig rauchfreier Betrieb

a. *Betrieb im Gebäudeinnern*

Die baurechtliche Beurteilung eines neu vollständig rauchfrei geführten Gastwirtschaftsbetriebs führt grundsätzlich, soweit ausschliesslich der Betrieb im Gebäudeinnern betrachtet wird, zu keinem anderen Ergebnis als ein herkömmlicher Gastwirtschaftsbetrieb. Die blosser Umstellung eines Gastwirtschaftsbetriebs auf einen vollständig rauchfreien Betrieb bedarf weder unter bau- noch umweltschutzrechtlichen Aspekten einer Bewilligung.

b. Einrichtung eines Rauchplatzes im Aussenbereich

Eine bau- oder umweltschutzrechtliche Relevanz könnte dann entstehen, wenn für die Raucher im Aussenbereich ein "Rauchplatz" definiert wird oder durch Rauchende vereinnahmt wird. Je nach Nutzung dieses "Rauchplatzes" und abhängig von den örtlichen Verhältnissen, könnte deshalb eine Baubewilligungspflicht entstehen. Wird beispielsweise ein "Rauchplatz" bei einem Lokal mit hohem Lärmpegel recht häufig durch viele Gäste während längerer Zeit und in der Nacht frequentiert, dürfte mindestens bei engen räumlichen Verhältnissen (Innenhof oder Gassensituation) für den "Rauchplatz" eine Baubewilligung erforderlich werden.

Wird der "Rauchplatz" durch bauliche Vorkehren vor Witterungseinflüssen geschützt, entsteht eine Baute, die selber baubewilligungspflichtig wird. Dies gilt selbst dann, wenn der Witterungsschutz durch einen grösseren Sonnenschirm oder ein Zelt bewerkstelligt wird. Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens ist nicht nur die bauliche Vorkehr, sondern auch die Nutzung als "Rauchplatz" zu beurteilen.

Insgesamt kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einrichtung eines "Rauchplatzes" bei einem vollständig rauchfreien Betrieb, abhängig vom Betrieb und der zu erwartenden Nutzung sowie den räumlichen Verhältnissen, eine Baubewilligungspflicht auslöst.

B. Betrieb mit Rauchzimmer

Bei einem teilweise rauchfrei geführten Gastwirtschaftsbetrieb ist höchstens das Rauchzimmer speziell zu beurteilen. Die Nutzung der übrigen, rauchfreien Restaurationsfläche ist hingegen baurechtlich nicht relevant, sofern von einem bestehenden Betrieb ausgegangen wird.

Aufgrund des Gesundheitsgesetzes müssen für das Rauchzimmer eine bauliche Abgrenzung und eine separate Lüftung vorhanden sein. Kann in einem bestehenden Betrieb ein bestehender Raum ohne bauliche und technische Massnahmen zu einem Rauchzimmer umfunktio- niert werden, ist die "Nutzungsänderung" in jedem Fall baurechtlich irrelevant.

a. Bauliche Abgrenzung

Erfordert die Einrichtung eines Rauchzimmers den Einzug von Trennelementen, dürfen die neuen Wände und Türen selbstverständlich zu keinen Problemen beispielsweise beim Brand- oder Personenschutz führen. Wann baupolizeilich erhebliche Auswirkungen und damit eine Baubewilligungspflicht gegeben sind, lässt sich nur im Einzelfall entscheiden.

b. Separate Lüftung

Für die getrennte Belüftung und Entlüftung des Rauchzimmers kann auch die in einem Betrieb allenfalls bereits bestehende Anlage eingesetzt werden, sofern sicher gestellt ist, dass die Entlüftung des Rauchzimmers die Belüftung der rauchfreien Räume nicht beeinträchtigt und namentlich kein Rauch in andere Räume des Gebäudes entweicht. Bei der Entlüftung des Rauchzimmers ist weiter zu beachten, dass die Abluft möglichst vollständig zu fassen und grundsätzlich über Dach auszustossen ist. Ein Ausstossen der Abluft über die Fassade kann sich allerdings aufgrund der baulichen Situation als unausweichlich herausstellen; abhängig von den räumlichen Verhältnissen sollte – um unerwünschte Immissionen zu vermeiden – ein Aktivkohlefilter eingesetzt werden, dessen Wirkung durch einen langfristigen Servicevertrag sicher zu stellen ist.

Die Lüftung darf in der Nachbarschaft keine übermässigen Immissionen verursachen. Welche Immissionen mit einer Lüftung verbunden sind, hängt vom eingesetzten System, der Ablufführung, dem Gerät, den Betriebszeiten und den örtlichen Verhältnissen ab.

Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einrichtung eines Rauchzimmers, abhängig von den baulichen Vorkehrungen, den eingesetzten Geräten, der vorgesehenen Nutzung und den räumlichen Verhältnissen, eine Baubewilligungspflicht auslöst.

C. Raucherbetrieb

Ein Raucherbetrieb entspricht einem herkömmlichen Gastwirtschaftsbetrieb und ändert deshalb an der bau- und umweltschutzrechtlichen Beurteilung grundsätzlich nichts.

Einzig die Pflicht, einen Raucherbetrieb zu kennzeichnen, kann baurechtlich relevant werden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass solche Kennzeichen als Aussenreklame zu werten sind und damit ästhetischen Anforderungen (befriedigende Gesamtwirkung) zu genügen haben.

5. Baubewilligungsverfahren empfehlenswert

Sowohl die Einrichtung eines "Rauchplatzes" im Freien bei einem vollständig rauchfreien Betrieb wie auch die Einrichtung eines Rauchzimmers können im Einzelfall eine Baubewilligungspflicht auslösen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, lässt sich wohl nur aufgrund der konkreten Gegebenheiten und Vorkehrungen beurteilen.

Es empfiehlt sich jedenfalls, die bau- und umweltschutzrechtlichen Anforderungen in einem Baubewilligungsverfahren abzuhandeln, da so der Betreiber einen Investitionsschutz erhält.

Hinweis

Botschaft und Entwürfe der Regierung vom 3. Juli 2007 zum IX. und X. Nachtrag zum Gesundheitsgesetz; ABl 2007, 2197 ff.

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2000/II/21 und 2005/I/8

2

Verhältnismässige Wiederherstellung widerrechtlicher Ablagerungen ausserhalb Bauzonen

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Bundesgerichts 1C_397/2007 vom 27. Mai 2008

Die widerrechtliche Ablagerung von Bauaushub in der Landwirtschaftszone zur Vornahme von Geländeauffüllungen verletzt gewichtige Grundsätze des Raumplanungs- und Umweltrechts. Im Vergleich dazu erweist sich eine im Hinblick auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnete Rückführung von rund 7'000 m³ Bauaushub als verhältnismässig.

Aufgrund der betroffenen, gewichtigen öffentlichen Interessen sind durch die erforderlichen Wiederherstellungsarbeiten bedingte kurzfristige Umweltbelastungen, wie zahlreiche Lastwagenfahrten oder Flurschäden, von untergeordneter Bedeutung und daher hinzunehmen.

Einleitung

Ein Landwirt hatte auf seinem in der Landwirtschaftszone gelegenen Grundstück ohne Bewilligung mit Bauaushub mehrere Geländeauffüllungen erheblichen Ausmasses ausgeführt.

Die zuständige Gemeindebehörde hatte ihm gegenüber auf Aufforderung des Amtes für Raumentwicklung und Geoinformation im September 2005 eine Wiederherstellungsverfügung erlassen und verlangt, die unbewilligten Geländeauffüllungen vollständig zu entfernen. Den vom betroffenen Grundeigentümer gegen diesen Entscheid erhobene Rekurs wies die Regierung des Kantons St.Gallen im Januar 2007 ab.

Der betroffene Grundeigentümer wandte sich daraufhin an das Verwaltungsgericht. Seine Beschwerde wurde im September 2007 gutgeheissen und entschieden, auf die Abtragung der nicht bewilligten Aufschüttung im Ausmass von rund 7'000 m³ auf einer Fläche von rund 4'200 m² sowie auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verzichten.

Gegen den verwaltungsgerichtlichen Entscheid erhoben sowohl der Kanton St.Gallen als auch das Bundesamt für Raumentwicklung Beschwerde beim Bundesgericht.

1. Nachträgliche Bewilligung der Geländeaufschüttungen?

Ob die auf dem betroffenen Grundstück vorgenommenen Geländeaufschüttungen formell und materiell rechtswidrig sind, war im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht nicht mehr zu prüfen, da dies durch das Verwaltungsgericht als Vorinstanz bereits abschliessend entschieden worden war.

Das Verwaltungsgericht hatte ausgeführt, die Auffüllungen der Geländesenken würden dem Zweck der Landwirtschaftszone widersprechen, weshalb dafür keine ordentliche Bewilligung nach Art. 22 Abs. 2 RPG erteilt werden könne. Namentlich sei die Beseitigung der Geländemulden für die Steigerung der Bodenfruchtbarkeit nicht erforderlich gewesen und habe keine ins Gewicht fallende Auswirkungen auf das Betriebsergebnis. Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG komme nicht in Frage. Mit den Geländeaufschüttungen seien überdies der gesetzliche Waldabstand verletzt und ein Gewässer widerrechtlich überschüttet worden.

Da die bereits vorgenommenen Geländeaufschüttungen weder als zonenkonform beurteilt wurden noch eine Ausnahmegewilligung erteilt werden konnte und diese zudem weitere öffentlichrechtlichen Bestimmungen verletzen, kam die Erteilung einer nachträglichen Bewilligung nicht in Frage.

2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

A. Auffassung des Verwaltungsgerichts

Bei der Prüfung der Wiederherstellung hielt das Verwaltungsgericht fest, dass die Geländeänderungen bösgläubig vorgenommen worden seien. Der Eingriff ins Landschaftsbild – die weitgehende Beseitigung einer Geländesenke sowie das Durchschneiden einer weiteren Senke mit einem künstlichen Damm – wurde als erheblich eingestuft. An der Erhaltung der für das Toggenburg charakteristischen Landschaftselemente bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse. Der Grundeigentümer habe wider besseres Wissen und in schwerwiegender Weise gegen die Bauordnung verstossen, indem er das Terrain durch Ablagerung von Aushubmaterial im Umfang von rund 10'000 m³ eigenmächtig aufgefüllt habe. Angesichts der Tatsache, dass ausserhalb der Bauzone vermehrt Auffüllungen zu verzeichnen seien, bestehe schon aus präjudiziellen Gründen ein erhebliches Interesse, den ursprünglichen Geländeverlauf wiederherzustellen. Auch wenn die Wiederherstellungskosten für die rund 10'000 m³ sich auf ungefähr CHF 350'000.00 belaufen würden, müsse

der betroffene Grundeigentümer, der zwei Baustopps missachtet habe und daher bösgläubig sei, in Kauf nehmen, dass seine finanziellen Interessen bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht oder nur in geringem Masse berücksichtigt würden.

Das Verwaltungsgericht gelangte dennoch zum Schluss, dass die Wiederherstellung des grösseren Teils der gesamthaften Aufschüttungen, nämlich rund 7'000 m³ auf einer Fläche von rund 4'200 m², unverhältnismässig sei. Dies mit der Begründung, dass dafür hunderte von Lastwagenfahrten erforderlich seien, womit eine erhebliche Belastung der Umwelt und ein schwerer Flurschaden verbunden wären. Der Rückbau des Geländes sei unter dem Gesichtspunkt des Landschaftsschutzes zudem nicht zwingend.

Insgesamt stünden daher die erforderlichen Vorkehren zur Entfernung des abgelagerten Materials und deren Auswirkungen auf die Umwelt in einem Missverhältnis zum angestrebten Ziel.

B. Auffassung des Kantons St.Gallen

Nach Auffassung des Kantons St.Gallen verletzt der teilweise Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands den fundamentalen Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet. Von einer Wiederherstellung könne nur bei geringfügigen Abweichungen oder besonders gewichtigen privaten Interessen abgesehen werden.

Vorliegend handle es sich um eine massive Verletzung des Raumplanungsrechts, daher bestehe ein entsprechend hoch zu gewichtiges öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, das die hohen Wiederherstellungskosten von CHF 300'000.00 und die negativen Umweltauswirkungen bei Weitem überwiege.

Besonderes Gewicht sei vorliegend der Präjudizwirkung beizumessen: Werde auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet, sei nicht nur der raumplanungsrechtliche Trennungsgrundsatz in Frage gestellt, die Vollzugsbehörden müssten künftig zudem sämtliche unrechtmässigen Terrainveränderungen dulden, die im Gelände nicht leicht erkennbar seien. Damit würde der illegalen Deponierung von Bauschutt, dem Verlust von Kulturlandschaft und der unrechtmässigen Veränderung der Landschaft Vorschub geleistet, was nicht toleriert werden könne. Dies hätte zur Folge, dass künftig Aushubmaterial in grossem Stil ausserhalb der Bauzone illegal entsorgt würde, statt in die dafür vorgesehenen Deponien gebracht zu werden.

C. Beurteilung durch das Bundesgericht

a. *Gewichtige öffentliche Interessen betroffen*

Bei der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt nach Auffassung des Bundesgerichts den öffentlichen Interessen an einem ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungs- und Umweltrechts massgebendes Gewicht zu. Dies gilt insbesondere für die vorliegend betroffenen Grundsätze der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet sowie desjenigen, dass nicht verwertbare Abfälle nur auf dafür vorgesehenen Deponien abgelagert werden dürfen.

b. *Untergeordnete Bedeutung kurzfristiger, durch die Wiederherstellung bedingter Umweltbelastungen*

Mit der Belastung der Umwelt und den vorübergehenden Flurschäden habe das Verwaltungsgericht zwar öffentliche Interessen genannt, die gegen eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechen könnten. Eben solche Gründe könnten aber grundsätzlich gegen jede Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in vergleichbaren Situationen angeführt werden. Je umfangreicher eine nicht bewilligte Umgestaltung sei, desto aufwendiger erscheine in der Regel auch die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und desto grösser seien die damit verbundenen kurzfristigen Nachteile für die Umwelt. Solche Gesichtspunkte können nach Ansicht des Bundesgerichts im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung nur eine untergeordnete Rolle spielen.

c. *Verhältnismässigkeit der verlangten Wiederherstellung*

Als unverhältnismässig erweist sich ein Wiederherstellungsbefehl nach Auffassung des Bundesgerichts dann, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten öffentlichen Interessen den Schaden, der dem betroffenen Eigentümer erwächst, nicht zu rechtfertigen vermögen.

Die vom betroffenen Grundeigentümer bewusst eigenmächtig und ohne die erforderliche Bewilligung vorgenommenen Aufschüttungen stellen nach Ansicht des Bundesgerichts schwerwiegende Verletzungen des Raumplanungs- und Umweltrechts dar. Bei der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet und dem Grundsatz, wonach nicht verwertbare Abfälle nur auf dafür vorgesehenen Deponien abgelagert werden dürfen, handelt es sich um grundlegende Prinzipien des Raumplanungs- und Abfallrechts. Die Abweichung vom Gesetz kann daher keinesfalls als geringfügig eingestuft werden. Zudem ist das öffentliche Interesse an einem ordentlichen Vollzug des Bau-, Planungs- und Umweltrechts durch die Kantone und den Bund gebührend zu berücksichtigen.

Diesen gewichtigen öffentlichen Interessen hatte das Verwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid offensichtlich zu wenig Rechnung getragen, dafür aber die mit den Wiederherstellungsarbeiten verbundenen Nachteile zu stark gewichtet.

Insgesamt kam das Bundesgericht daher zur Auffassung, dass die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und damit die Rückführung von rund 7'000 m³ Bauaushub auf einer rund 4'200 m² grossen Fläche nicht unverhältnismässig sei. Die Beschwerde des Kantons St.Gallen sowie des Bundesamtes für Raumentwicklung wurden gutgeheissen und der Entscheid des Verwaltungsgerichts aufgehoben, insoweit damit die Pflicht zur Wiederherstellung verneint worden war.

Hinweise

BGE 132 II 21 E. 6.4

Urteile des Bundesgerichts 1A.290/2004 vom 7. April 2005, E. 3.2 und 1A.171/1994 vom 24. Februar 1995

Waldmann/Hänni, Kommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 14 N 7

3

Windenergieanlagen ausserhalb Bauzonen

Quelle und Zusammenfassung

Baudepartement St.Gallen, Wegleitung zur Beurteilung der Zonenkonformität von Windenergieanlagen ausserhalb von Bauzonen; Bericht vom 27. August 2008

Entspricht eine Windenergieanlage bestimmten technischen Anforderungen und liegt ihr Standort innerhalb des Hofbereichs, kann sie ausserhalb Bauzonen als zonenkonform bewilligt werden – sofern keine überwiegenden Interessen gegen die Errichtung sprechen und der Betriebsinhaber die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Betriebs nachweisen kann.

Ausgangslage

Mit der Revision des eidgenössischen Energiegesetzes hat der Gesetzgeber den Willen bekundet, einheimische und erneuerbare Energien verstärkt zu nutzen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c und Art. 3 Abs. 1 Bst. b EnG). Konkret wird eine Erhöhung der Erzeugung von Alternativenergien auf rund zehn Prozent des heutigen Verbrauchs angestrebt. Zur Erreichung dieses Ziels werden Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen durch die Nutzung von Sonnenenergie, Geothermie, Windenergie, Wasserkraft bis zu 10 MW, sowie Biomasse und Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten, sofern sich diese Neuanlagen am betreffenden Standort eignen. Als Neuanlagen gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden (Art. 7a Abs. 1 EnG). Als weiteres Instrument zur Erhöhung des Anteils an Alternativenergien wurde die Einführung einer kostendeckenden Einspeisevergütung beschlossen (Art. 7a Abs. 2 EnG).

Am 1. September 2007 trat mit Art. 16a Abs. 1bis RPG eine neue Gesetzesbestimmung in Kraft, nach der Bauten und Anlagen, die zur Gewinnung von Energie aus Biomasse oder für damit im Zusammenhang stehende Kompostanlagen nötig sind, auf einem Landwirtschaftsbetrieb als zonenkonform bewilligt werden können, wenn die verarbeitete Biomasse einen engen Bezug zur Landwirtschaft sowie zum Standortbetrieb hat. Gleichzeitig wurde mit Art. 18a RPG die Rechtsgrundlage geschaffen, um in Bau- und Landwirtschaftszonen sorgfältig in Dach- und Fassadenflächen integrierte Solaranlagen zu bewilligen, sofern keine Kultur- und Na-

turdenkmäler von kantonaler oder nationaler Bedeutung beeinträchtigt werden.

Ausser Energie aus Biomasse und Sonnenkraft setzt das Programm EnergieSchweiz im Bereich der erneuerbaren Energien auch auf die Windenergie. Bis ins Jahr 2010 sollen in der Schweiz fünf bis zehn Windparks (räumliche Ansammlung von drei oder mehr Klein- oder Grossanlagen) zur Erzeugung von total 50-100 GWh an landschaftlich geeigneten Stellen errichtet werden. Damit kann der Bedarf von 20 bis 30 Tausend Haushalten gedeckt werden. Neben den Betreibern von Windparks und Grossanlagen (Richtwerte: Leistung 750 kW, 60 m Nabenhöhe, Rotor-durchmesser 48 m) drängen aufgrund der neuen Rahmenbedingungen immer mehr kleinere, unabhängige Produzenten auf den Markt, die elektrische Energie mittels Windkraftanlagen erzeugen wollen. Das Baudepartement hat deshalb beschlossen, eine Wegleitung zu erlassen und damit eine einheitliche Regelung für die Bewilligung von Windenergieanlagen zu schaffen.

Wegleitung Windenergie

1. Geltungsbereich der Wegleitung

Weil der Standort für Windenergieanlagen naturgemäss nur selten im besiedelten Gebiet und damit innerhalb einer Bauzone liegt, gelten die nachfolgenden Ausführungen nur für deren Bau und Betrieb ausserhalb Bauzonen. Ausserdem werden nur Kleinanlagen erfasst.

Die Frage der Zonenkonformität von Windenergieanlagen stellt sich zudem nur, soweit eine Anlage zur Energieerzeugung für die Landwirtschaft oder den produzierenden Gartenbau, für eine innere Aufstockung in diesen Bereichen oder in einer Intensivlandwirtschaftszone erstellt werden soll (Art. 16a RPG). Dementsprechend sind die Ausführungen nur auf solche Fälle anwendbar, nicht aber auf Anlageprojekte, die gestützt auf eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG bewilligt werden müssen.

Nicht anwendbar ist die Wegleitung nach dem Gesagten auf Anlagen innerhalb Bauzonen. Hier ist ausschliesslich das Baurecht, das Umweltschutzrecht und die übrige einschlägige Gesetzgebung anwendbar.

Ebenfalls nicht massgebend sind die Ausführungen, soweit eine Windenergieanlage aufgrund ihrer Auswirkungen auf die Nutzungsordnung der Planungspflicht gemäss Art. 2 RPG unterliegt (v.a. Windparks und Grossanlagen).

2. Überlegungen zur Zonenkonformität

In der Landwirtschaftszone sind Bauten und Anlagen gemäss Art. 34 Abs. 1 RPV zonenkonform, wenn sie der bodenabhängigen Bewirtschaftung oder der inneren Aufstockung dienen oder - in den dafür vorgesehenen Gebieten gemäss Art. 16a Abs. 3 RPG - für eine Bewirtschaftung benötigt werden, die über eine innere Aufstockung hinausgeht.

Die Bewilligung darf nach Art. 16a Abs. 4 RPV nur erteilt werden, wenn:

- die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (Bst. a);
- der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. b); und
- der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Bst. c).

Die vorgenannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine Baute oder Anlage als zonenkonform bewilligt werden kann.

A. Notwendigkeit der Anlage (Art. 34 Abs. 4 Bst. a RPV)

a. *Konkreter Eigenbedarf als Kriterium?*

Die Notwendigkeit einer Anlage zur Erzeugung von Windenergie müsste grundsätzlich stets im Einzelfall und in Abhängigkeit zur Bewirtschaftungsform des nachfragenden Betriebs beurteilt werden. Hierzu wäre jeweils dessen konkreter Bedarf an Energie zu ermitteln. Eine Anlage dürfte nur insoweit als notwendig betrachtet werden, als mit ihr der festgestellte Eigenbedarf (zuzüglich einer angemessenen Reservemenge) gedeckt werden kann. Die Erstellung einer Anlage mit dem Ziel, möglichst viel Überschussenergie zu produzieren und diese gegen Entgelt ins allgemeine Versorgungsnetz einzuspeisen, könnte demnach nicht bewilligt werden.

Diese individuelle Ermittlung des Eigenbedarfs an Energie wird allerdings durch verschiedene Umstände erschwert. So sind landwirtschaftliche und gartenbauliche Betriebe äusserst vielfältig ausgestaltet (reiner Milchwirtschafts-, Ackerbau-, Mast-, Viehzuchtbetrieb usw.) und der Eigenbedarf an Energie wird von Betrieb zu Betrieb grosse Unterschiede aufweisen. Auch jährliche Schwankungen aufgrund äusserer Umstände (z.B. Klimateinflüsse) sind nur schwer oder gar nicht abzuschätzen. Weiter kann sich der Energiebedarf durch eine Änderung der Bewirtschaftungsform jederzeit ändern. Die Ermittlung des Energiebedarfs wäre zudem mit etlichem personellem und finanziellem Aufwand verbunden, der auch auf Seiten der Bewilligungsbehörden nur schwer zu bewältigen wäre.

b. Standardbetrieb als Kriterium?

Im Sinn einer einheitlichen und einfachen Bewilligungspraxis soll statt des Kriteriums des konkreten betrieblichen Eigenbedarfs an Energie in der Regel auf einen Standardwert für einen Standardbetrieb abgestellt werden. Gemäss den statistischen Erhebungen der Forschungsanstalt Agroscope in Tänikon ist für einen landwirtschaftlichen Betrieb von einem jährlichen Strombedarf zwischen 15'000 und 25'000 kWh auszugehen.

Heute verfügbare Kleinanlagen zur Erzeugung von Windenergie erbringen eine Nennleistung von 5 bis 15 kW, weisen eine Nabenhöhe zwischen 9 und 24 m und einen Rotordurchmesser zwischen 5 und 13 m auf. Unter der Annahme, dass eine Anlage rund 2'000 Volllaststunden pro Jahr in Betrieb ist, können so zwischen 10'000 und 30'000 kWh Strom produziert werden, womit der Strombedarf der meisten Landwirtschaftsbetriebe abgedeckt werden kann.

Soll eine Anlage an einem Standort errichtet werden, an dem aufgrund der Windverhältnisse eine Betriebszeit von 2'000 Volllaststunden pro Jahr nicht erreicht wird, kann auch eine grössere Anlage als nötig betrachtet werden. Gleiches gilt, wenn der betriebliche Energiebedarf den oberen Standardwert von 30'000 kWh überschreitet. In beiden Fällen hat der Baugesuchsteller jedoch den konkreten Nachweis zu erbringen, dass die Anlage zur Deckung seines betrieblichen Energiebedarfs erforderlich ist.

c. Fazit: Grundsätze für die Beurteilung der Notwendigkeit

Zusammenfassend sind bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer Windenergieanlage folgende Grundsätze zu beachten:

- Eine Windenergieanlage gilt für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau in der Regel dann als nötig, wenn sie in 2'000 Volllaststunden eine Strommenge zwischen 10'000 und 30'000 kWh erzeugen kann und eine Nabenhöhe von 25 m und einen Rotordurchmesser von 15 m nicht wesentlich überschreitet.
- Soll eine Windenergieanlage erstellt werden, welche die vorgenannten Ausmasse wesentlich überschreitet, ist der Nachweis zu erbringen, dass die Anlage zur Deckung des betrieblichen Eigenbedarfs an Energie objektiv erforderlich ist.

B. Keine Beeinträchtigung überwiegender Interessen
(Art. 34 Abs. 4 Bst. b RPV)

Einer (nötigen) Anlage muss die Zonenkonformität abgesprochen werden, wenn ihr am vorgesehenen Standort überwiegende Interessen entgegenstehen. Lenkender Massstab der verlangten Interessenabwägung bilden namentlich die Ziele und Grundsätze der Raumplanung (Art. 1 und 3 RPG). Von besonderer Bedeutung sind neben raumplanerischen Anliegen auch Vorschriften der Immissionsschutzgesetzgebung des Umweltschutzgesetzes, das Natur- und Landschaftsschutzrecht des Bundes und des Kantons, die Gewässerschutz-, Wasserbau-, Jagd-, Tierschutz- sowie Waldgesetzgebung.

Die gewichtigen Landschaftsschutzinteressen gebieten grundsätzlich, dass Windenergieanlagen nicht freistehend in der intakten Landschaft errichtet werden. Vielmehr ist zu verlangen, dass sie eine örtliche Nähe zum Betrieb aufweisen und dadurch zusammen mit den übrigen betrieblichen Bauten und Anlagen als Ganzes gesehen werden können. Der Standort der Anlage muss sich deshalb in der Regel im sog. Hofbereich befinden, damit eine Bewilligung erteilt werden kann.

Im Rahmen des Bewilligungsverfahrens ist also im Einzelfall eine Abwägung aller berührten Interessen vorzunehmen und die Bewilligung in der Regel zu verweigern, wenn der Standort der Anlage ausserhalb des Hofbereichs liegt oder andere überwiegende Interessen gegen deren Errichtung sprechen.

C. Längerfristige Sicherung der betrieblichen Existenz
(Art. 34 Abs. 4 Bst. c RPV)

Mit dem Erfordernis der längerfristig gesicherten Existenz soll gewährleistet werden, dass in der Landwirtschaftszone keine unnötigen neuen Bauten und Anlagen bewilligt werden, die bereits nach kurzer Zeit wieder leer stehen oder nicht mehr gebraucht werden. Demnach kann es sinnvoll sein, vor der Erteilung der Bewilligung vom Betriebsinhaber ein Betriebskonzept zu verlangen, aus dem sich die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Betriebs ergibt. Das Betriebskonzept hat sich allerdings nicht über die Rentabilität der Windenergieanlage zu äussern, sondern nur zum Betrieb des Gesuchstellers. Ob und wie weit die geplante Energieproduktion mittels Wind ökonomisch sinnvoll ist, entscheidet allein der Betriebsinhaber.

Dennoch ist es denkbar, dass eine bewilligte und erstellte Windenergieanlage später nicht mehr benötigt und stillgelegt wird. Für diesen Fall ist in die Baubewilligung zwingend eine Rückbauverpflichtung im Sinn von Art. 16b RPG aufzunehmen.

3. Anforderungen an die Zonenkonformität (Zusammenfassung)

Windenergieanlagen können als zonenkonform bewilligt werden, wenn:

- mit der Anlage, die eine Nabenhöhe von 25 m und einen Rotordurchmesser von 15 m nicht wesentlich überschreitet, in 2'000 Volllaststunden pro Jahr eine Leistung zwischen 10'000 und 30'000 kWh erzielt werden kann oder der Nachweis erbracht wird, dass eine grössere und/oder leistungsstärkere Anlage zur Deckung des betrieblichen Eigenbedarfs an Energie objektiv erforderlich ist;
- der Standort der Anlage innerhalb des Hofbereichs liegt und keine überwiegenden Interessen gegen die Errichtung sprechen; und
- der Betriebsinhaber den Nachweis erbringt, dass sein Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann.

Hinweis

BGE 128 II 122

4

Geländer und Brüstungen – Anforderungen und Haftung

Zusammenfassung

Begehbbare Flächen, bei denen die Absturzhöhe mehr als 1.0 m beträgt, müssen grundsätzlich durch ein mindestens 1.0 m hohes Schutzzelement gesichert werden.

Bei Unfällen haftet der Eigentümer des Bauwerks unabhängig davon, ob ihm Unsorgfalt vorzuwerfen ist. Eine Sanierung von unzureichenden Absturzsicherungen ist daher zu empfehlen.

Problemstellung

In den letzten Monaten war in der Presse wiederholt von Unfällen zu lesen, welche auf ungenügende Höhen von Brüstungen und Geländern zurückzuführen waren. Dabei stellte sich auch die Frage nach den relevanten Sicherheitsanforderungen und nach den Haftungsfolgen im Schadensfall.

Erläuterungen

1. Rechtliche Grundlagen

A. Öffentlichrechtliche Sicherheitsvorschrift

Nach Art. 52 BauG haben Bauten und Anlagen "sowohl während der Erstellung als auch während der Dauer des Bestandes gemäss den Regeln der Baukunde den notwendigen Erfordernissen der Sicherheit zu entsprechen".

Die Sicherheit muss also nicht nur während der Bauphase, sondern auch bei der späteren Benutzung der Baute oder Anlage gewährleistet sein. Die "Regeln der Baukunde" sind gesetzlichen Vorschriften, gesamtschweizerisch anerkannten Normen, Richtlinien von Fachstellen oder auch Regeln der betroffenen Berufe zu entnehmen.

Bauten und Anlagen, die den Erfordernissen der Sicherheit nicht entsprechen, dürfen nicht bewilligt werden.

B. Privatrechtliche Haftungsvorschrift

Nach Art. 58 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen, den dieses infolge fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder wegen mangelhafter Unterhaltung verursacht (Abs. 1). Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff auf andere, die ihm hierfür verantwortlich sind (Abs. 2).

a. *Vorliegen eines Werkmangels erforderlich*

Die Haftungsbestimmung von Art. 58 OR greift nur dann, wenn der Schaden auf einen Werkmangel (fehlerhafte Anlage/Herstellung, mangelhafter Unterhalt) zurückzuführen ist.

Nach geltender Rechtssprechung gilt ein Werk dann als mangelhaft, wenn es bei bestimmungsgemäsem Gebrauch seine Zweckbestimmung nicht oder nur ungenügend erfüllt. An öffentliche Werke oder private Werke mit Publikumsverkehr werden höhere Anforderungen gestellt.

Eine ungenügende Absturzsicherung beispielsweise fällt zweifellos unter den Begriff des "Werkmangels".

b. *Kein Sorgfaltsbeweis möglich*

Bei der privatrechtlichen Norm von Art. 58 OR handelt es sich um eine äusserst strenge Bestimmung des ausservertraglichen Haftpflichtrechts. Der in Anspruch genommene Werkeigentümer hat keinerlei Möglichkeit, sich durch das Erbringen eines Sorgfaltsbeweises von der Haftpflicht zu befreien. Wenn ein Werkmangel vorliegt, haftet er also selbst dann, wenn ihm keine Unsorgfalt vorzuwerfen ist.

C. SIA-Norm 358

Ausschlaggebende Bedeutung bei der Eruiierung der geltenden Sicherheitsstandards kommt den schweizerisch anerkannten Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins (SIA-Normen) zu. SIA-Normen haben zwar keine Gesetzeskraft. Dennoch werden sie regelmässig als "Regeln der Baukunde" bei der Beurteilung von Bauvorhaben beigezogen.

SIA-Norm 358 befasst sich mit Geländern und Brüstungen bei Wohn- und öffentlich zugänglichen Bauten (mit Ausnahme von Industrie- und Gewerbebauten; vgl. Ziff. 0 1).

a. *Regelungsgegenstand (Ziff. 1)*

Die SIA-Norm 358 regelt die konkreten Anforderungen an Geländer und Brüstungen bei Normalbenutzung der Gebäude und normalem Verhalten. Berücksichtigt werden aber auch ausserordentliche Situationen wie Gedränge und Panik oder mögliches Fehlverhalten von unbeaufsichtigten Kindern, Behinderten oder Gebrechlichen.

Ziel der SIA-Norm 358 ist es, Personen durch bauliche Massnahmen vor Sturz und Absturz zu sichern.

b. *Erfordernis von Geländern oder Brüstungen (Ziff. 2)*

Jede bei Normalbenutzung begehbare Fläche, bei der die Absturzhöhe mehr als 1.0 m beträgt, muss durch ein Schutzelement gesichert sein.

Bei Absturzhöhen bis 1.5 m kann der Schutz auch darin bestehen, dass die Zugänglichkeit des Randes begehbbarer Flächen durch geeignete Massnahmen wie Bepflanzung oder dergleichen erschwert wird.

Bei grosser Absturzgefahr (z.B. Räume mit grossen Menschenansammlungen oder bei erwartetem Gedränge) können Schutzelemente schon bei einer Absturzhöhe unter 1.0 m erforderlich sein.

c. *Anforderungen an Geländer oder Brüstungen (Ziff. 3)*

Ein Schutzelement hat grundsätzlich mindestens eine Höhe von 1.0 m aufzuweisen. Bei festen Brüstungen von mindestens 0.20 m Dicke und bei Treppenläufen genügt eine Mindesthöhe von 0.90 m. Bei grossen Absturzhöhen, zur Vermeidung von Unsicherheits- und Schwindelgefühlen, muss die Höhe des Schutzelements allenfalls vergrössert werden.

Geländer und Brüstungen müssen auch vor dem Hindurchfallen Schutz bieten. Gefordert wird mindestens eine obere Traverse und eine Mittelleiste in halber Höhe, beziehungsweise ein Abstand von höchstens 0.30 m zwischen vertikalen Stäben. Falls mit Fehlverhalten von unbeaufsichtigten Kindern gerechnet werden muss, gelten besondere Vorschriften.

Weiter wird gefordert, dass Geländer und Brüstungen hinsichtlich ihrer Festigkeit der zu erwartenden Beanspruchung genügen und – sofern sie aus einem korrosionsgefährdeten oder verwitterbaren Werkstoff bestehen – entsprechend geschützt sind und unterhalten werden können.

d. Keine Ausnahmeregelung für Bewilligungen

Gemäss Ziffer 0 3 der SIA-Norm 358 sind unter anderem bei Wohnbauten, welche der Eigentümer selbst nutzt, Ausnahmen von den erwähnten Vorschriften möglich. Vorausgesetzt wird einzig das ausdrückliche Einverständnis des Werkeigentümers.

Führt man sich vor Augen, dass die SIA-Norm 358 der Konkretisierung der in Art. 52 BauG festgehaltenen sicherheitspolizeilichen Anforderungen an eine Baute dient, kann einer derartigen Einwilligung nur zwischen Privatpersonen Rechtswirkung zukommen (beispielsweise zwischen dem Bauherrn und seinem Architekt). Die Baubewilligungsbehörde hingegen wird durch eine solche Vereinbarung nicht von ihrer Pflicht nach Art. 52 BauG entbunden, Bauten nur bei Vorliegen der sicherheitspolizeilichen Anforderungen zu bewilligen. Gleiches gilt, wenn sich ein Werkeigentümer direkt gegenüber der Bewilligungsbehörde mit einer ungenügenden Absturzsicherung einverstanden erklären würde.

2. Vorgehen bei unzureichender Absturzsicherung

A. Gesetzliche Handlungspflicht

Gefährden Bauten und Anlagen die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Sicherheit von Personen und Sachen, sind sie nach Art. 129 Abs. 1 BauG durch den Eigentümer instand zu stellen oder zu beseitigen. Falls eine Baute oder Anlage nicht mehr benützt wird und wegen ihrer Baufähigkeit eine Gefährdung bewirkt oder verunstaltend wirkt, kann ihr Abbruch verlangt werden (Art. 129 Abs. 2 BauG). Der Gemeinderat erlässt die zur Beseitigung der Gefahr nötigen Verfügungen. Vor der Anordnung des Abbruchs setzt er aber dem Eigentümer eine angemessene Frist, um die Baute oder Anlage so instand zu stellen, dass sie weder eine Gefährdung noch eine Verunstaltung bewirkt.

Insofern gibt es also eine gesetzliche Pflicht, Brüstungen oder Geländer einer Baute, welche den aktuell geltenden Mindesthöhen nach SIA-Norm 358 nicht (mehr) entsprechen, anzupassen. Dem jeweiligen Grundeigentümer ist daher – nicht zuletzt auch aufgrund der strengen Haftungsnorm von Art. 58 OR – zu empfehlen, seine Bauten regelmässig auf den sicherheitstechnischen Zustand zu überprüfen und erkannte Gefahrenbereiche zu beseitigen. Dies gilt in besonderem Masse für den Kanton und die Gemeinden als Eigentümer zahlreicher öffentlich zugänglicher Bauten und Anlagen (wie Schulen, Spitäler oder Altersheime).

B. Priorisierung mehrerer Gefahrenquellen

Eigentümer mehrerer Bauten und Anlagen ist es in der Regel sowohl in wirtschaftlicher als auch zeitlicher Hinsicht nicht möglich, sämtliche Gefahrenquellen auf einmal zu beseitigen. Diesfalls drängt sich eine Priorisierung der erkannten Gefahren auf. Eine mögliche, objektivierbare Formel wäre:

Eintretenswahrscheinlichkeit x Schadenssumme \geq Kosten der Schutzmassnahme

Der Wert aus dem Produkt von Eintretenswahrscheinlichkeit und Schadenssumme kann der Klassierung und Priorisierung der erkannten Gefahrenquellen dienen. Gefahrenquellen mit einem erhöhten Gefährdungspotential (hoher Wert) sind vorrangig zu beheben.

a. Eintretenswahrscheinlichkeit

Für die Festlegung der Eintretenswahrscheinlichkeit ist der Durchschnittswert verschiedener, zuvor bewerteter Kriterien zu bestimmen. Kommen mehrere Unterkriterien vor, ist auch deren Durchschnittswert zu berechnen.

Kriterium:	Klassierung:	Bewertung:
- Frequentierung des Gefahrenbereichs	Monatlich / wöchentlich / täglich	1 / 2 / 3
- Anzahl der Personen	Bis 2 Personen / 3 bis 10 Personen / über 10 Personen	1 / 2 / 3
Zusammensetzung des Publikums	Vernünftig (z.B. Erwachsene) / beschränkt vernünftig (z.B. Jugendliche) / unvernünftig (z.B. Kinder)	1 / 2 / 3 Falls gemischt: 3 einsetzen
Erfahrungen der Vergangenheit	Unfälle oder Zwischenfällen bekannt	nein (1) / ja (3)
Art der Nutzung	Aufenthalt von Personen / Durchgang / Treppenhaus, etc.	1 / 2 / 3
Situation im Gefahrenbereich		
- Platz	Offen / viel Platz für Bewegung / eng	1 / 2 / 3
- Bodenbeschaffenheit	Rau / Rutschig etc.	1 / 2 / 3
- weitere Gefahren	...	1 / 2 / 3

b. Erwartete Schadenssumme

Zu ermitteln ist auch die mutmassliche Schwere der Verletzung (leicht/mittel/schwer), unter Bezugnahme auf die Art der kurzfristigen Beeinträchtigung und die zu erwartenden Langzeitfolgen. Auch hierfür

müssen verschiedene Kriterien bewertet und deren Durchschnittswert ermittelt werden.

Möglicherweise rechtfertigt es sich, einzelne Kriterien (wie z.B. das entscheidende Kriterium Sturzhöhe) doppelt zu bewerten.

Kriterium:	Klassierung:	Bewertung:
Sturzhöhe (evt. doppelt werten)	Bis 1 m / zwischen 1 – 2 m / ab 2 m	1 / 2 / 3
Untergrund im Sturzbereich	Büsche (weich) / Garten (mittel) / Beton (hart)	1 / 2 / 3
Weitere Gefahrenherde (Spitzen, Stangen, Kanten, Glas, etc.)	Keine / vereinzelt / viele	1 / 2 / 3

C. Mögliche Massnahmen zur Gefahrenbehebung

Zur Sanierung ungenügender Geländer oder Brüstungen sind folgende Massnahmen denkbar:

- Verhaltensmassnahmen (z.B. Verbote, Gebote)
- Betriebliche Massnahmen (z.B. Sperrung, Überwachung)
- Bauliche Massnahmen (z.B. Geländer erhöhen)

Gegebenenfalls kann auch eine Kombination der Massnahmen in Betracht gezogen werden. Es gilt allerdings zu berücksichtigen, dass sowohl Verhaltensmassnahmen als auch betriebliche Massnahmen lediglich der vorübergehenden und kurzfristigen Milderung der grössten Gefahrenherde dienen. Für eine langfristige und nachhaltige Gefahrensanierung kommen nur die - in der Regel kostenintensiven - baulichen Massnahmen in Frage.

Hinweise

GVP 1997 Nr. 70

Vito Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich/St.Gallen 2002, N 59

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, St.Gallen 2003, S. 172

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2003/III/31

5

Meldeverfahren und rechtliches Gehör

Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 23/2008 des Baudepartementes vom 28. April 2008

Wird ein Bauvorhaben trotz fehlender gesetzlicher Voraussetzungen zu Unrecht im Meldeverfahren bewilligt, bewirkt dies gegenüber den benachbarten Grundeigentümern eine Verletzung der Anzeigepflicht und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Einleitung

Die Eigentümer eines in der Wohnzone 3 gelegenen Grundstücks hatten anfangs September 2004 bei der Baukommission ein Baugesuch für die Erstellung einer rund 1.2 m hohen Blocksteinmauer gestellt. Diese sollte im Grenzabstand von 0.5 bis 0.1 m zum benachbarten Grundstück erstellt werden. Die Baukommission teilte den Baugesuchstellern darauf mit, dass das Baugesuch für eine Terrainveränderung bzw. eine Stützmauer im Meldeverfahren bewilligt werden könne und ihr Bauvorhaben als bewilligt gelte. Die im Meldeverfahren erteilte Baubewilligung wurde im Mitteilungsblatt der Gemeinde Ende September 2004 öffentlich bekannt gemacht.

Im November 2006 wandten sich die Eigentümer des angrenzenden Grundstücks an die Baukommission, machten geltend, das Baugesuch sei zu Unrecht im Meldeverfahren bewilligt worden und beantragten die Durchführung eines nachträglichen ordentlichen oder vereinfachten Baubewilligungsverfahrens. Nachdem die Baukommission ihnen mitgeteilt hatte, dass sie an ihrer Beurteilung festhalte und auf eine Wiederaufnahme des Bewilligungsverfahrens verzichtet werde, verlangten sie den Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

Der Gemeinderat trat auf das Begehren der benachbarten Grundeigentümer nicht ein. Dies mit der Begründung, die bewilligte Erstellung der Blocksteinmauer verletze keine gesetzlichen Vorschriften und die Baubewilligung sei zu Recht im Meldeverfahren erteilt worden. Gegen diesen Entscheid erhoben die benachbarten Grundeigentümer Rekurs beim Baudepartement.

1. Gesetzliche Voraussetzungen für das Meldeverfahren

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung des Meldeverfahrens sind in Art. 82ter Abs. 1 BauG geregelt. Diese müssen grundsätzlich kumulativ erfüllt sein. Bauten und Anlagen können im Meldeverfahren bewilligt werden, wenn

- weder die Interessen von Einspracheberechtigten
- noch wesentliche öffentliche Interessen berührt werden und
- ein Begehren des Baugesuchstellers vorliegt.

Im Meldeverfahren entfallen die Pflicht zur Visierung sowie das Anzeige- und Auflageverfahren. Das Vorhaben darf ausgeführt werden, wenn die zuständige Gemeindebehörde nicht innert dreissig Tagen nach Eingang des Baugesuches dem Gesuchsteller schriftlich mitteilt, dass das Gesuch in das vereinfachte oder das ordentliche Verfahren verwiesen wird oder das Baugesuch abgelehnt wird (Art. 82ter Abs. 2 BauG).

2. Beurteilung im konkreten Fall

Das Baudepartement erwog, dass die Erstellung einer rund 1.2 m hohen Stützmauer unmittelbar entlang der Grenze zum Grundstück der Nachbarn deren Interessen sehr wohl berühre. Zudem lag im beurteilten Fall kein entsprechendes Begehren auf Bewilligung der Stützmauer im Meldeverfahren vor.

Weil zwei der drei für die Anwendung des Meldeverfahrens kumulativ erforderlichen Voraussetzungen, nämlich, dass keine Interessen von Einspracheberechtigten berührt sind und vom Baugesuchsteller ein entsprechendes Begehren vorliegt, nicht gegeben waren, entschied das Baudepartement, dass die Vorinstanz die Erstellung der Stützmauer zu Unrecht im Meldeverfahren bewilligt hatte.

3. Falsches Verfahren – Verletzung des rechtlichen Gehörs

A. Grundsatz

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes liegt in der Tatsache, dass ein Bauprojekt oder wesentliche Änderungen nicht öffentlich aufge-

legt und publiziert werden sowie in der Verletzung der Anzeige- und Mitteilungspflicht gegenüber Betroffenen bei vereinfachten Baubewilligungsverfahren eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs der Einspracheberechtigten.

In Fällen einer derartigen mangelhaften bzw. fehlenden Eröffnung soll den Einspracheberechtigten daraus kein Nachteil erwachsen, weshalb ein Rechtsmittel noch innerhalb der ordentlichen Frist seit dem Zeitpunkt, in dem von der Verfügung Kenntnis genommen werden kann, eingereicht werden darf.

Die unrechtmässige Bewilligung des Bauvorhabens im Meldeverfahren führte vorliegend gegenüber den benachbarten Grundeigentümern zu einer Verletzung der Anzeigepflicht und damit zu einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

B. Sorgfaltspflicht der Einspracheberechtigten

a. Grundsatz

Nach Treu und Glauben darf ein interessierter Nachbar den Beginn des Fristenlaufs nicht beliebig hinauszögern, wenn er einmal von der ihn berührenden Verfügung Kenntnis erhalten hat. Es ist ihm dann zuzumuten, dafür besorgt zu sein, den Inhalt der Verfügung zu erfahren. Er hat sich danach zu erkundigen, wenn Anzeichen für die Erteilung einer Bewilligung vorliegen.

b. Verletzung der Sorgfaltspflicht im beurteilten Fall

Vorliegend war die zu Unrecht im Meldeverfahren erteilte Baubewilligung bereits im September 2004 im Mitteilungsblatt der Gemeinde öffentlich bekannt gemacht worden. Die Bauausführung erfolgte im Herbst 2004. Zu diesem Zeitpunkt erfuhren die benachbarten Grundeigentümer und Rekurrenten gemäss eigenen Angaben in der Rekurschrift vom Bauvorhaben.

Mit dem Beginn und der Ausführung der Bauarbeiten lagen für die Rekurrenten somit Anzeichen für die Erteilung einer Baubewilligung vor. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hätten sie sich zu jenem Zeitpunkt bei der Vorinstanz erkundigen und sich um die Eröffnung der Baubewilligung bemühen müssen. Sie hätten dann noch innerhalb der ordentlichen Frist von vierzehn Tagen Rekurs gegen das Bauvorhaben erheben können. Die Rekurrenten gelangten aber erst zwei Jahre später, nämlich im November 2006 an die Vorinstanz und verlangten die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens.

Damit stand fest, dass die Rekurrenten zu spät tätig wurden und die Baubewilligung der Stützmauer in formelle Rechtskraft erwachsen ist.

Hinweise

BGE 107 Ia 76 Erw. 4a

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen,
2. Aufl., St.Gallen 2003, N 557

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 1998/II/4 und 2006/I/4

6

Nachfrist zur Rekursergänzung – Sorgfaltspflicht der Rekurrenten

Quelle Zusammenfassung

Entscheid Nr. 38/2008 des Baudepartementes vom 24. Juni 2008

Von einem Rechtsmittelkläger wird eine angemessene Sorgfalt und Umsicht erwartet. Hat er es versäumt, innert der (zu diesem Zweck angesetzten) Nachfrist zur Rekursergänzung frühzeitig einen Rechtsanwalt beizuziehen, trägt er das Risiko, die geforderte Prozesshandlung nicht mehr vornehmen zu können.

Sachverhalt

Ein Ehepaar erhob am 26. Februar 2008 gegen einen abschlägigen Bauentscheid Rekurs beim Baudepartement. Mit dem Vorbringen, dass für die Rekursergänzung ein Rechtsanwalt beigezogen werden müsse, ersuchte das Paar um Fristerstreckung für die Rekursbegründung.

Das Baudepartement gewährte zur Ergänzung des Rekurses eine Frist bis zum 28. März 2008. Zudem wurden die Rekurrenten aufgefordert, innert gleicher Frist einen Kostenvorschuss von CHF 1'000.00 zu leisten. Mit gleichem Schreiben wurde das rekurrierende Ehepaar darauf hingewiesen, dass im Fall einer nicht fristgerecht eingereichten Ergänzung auf den Rekurs nicht eingetreten werde und dass die nicht fristgerechte Leistung des Kostenvorschusses eine Abschreibung des Rekurses zur Folge habe.

Die Rekurrenten leisteten den Kostenvorschuss innert Frist am 13. März 2008. Eine Rekursergänzung ging innert Frist nicht ein.

Am 31. März 2008 erkundigte sich der rekurrierende Ehemann von seinem Arbeitsplatz aus telefonisch nach der Frist zur Ergänzung des Rekurses. Am 9. April 2008 stellten die Rekurrenten, vertreten durch einen Rechtsanwalt, ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist. Zur Begründung wurde geltend gemacht, dass der rekurrierende Ehemann, der im Rekursverfahren seine Ehefrau vertrete, am 27. März 2008 erkrankt und daher bis zum Fristablauf nicht in der Lage gewesen sei, irgendwelche Handlungen vorzunehmen. Folglich habe er innert der angesetzten Frist auch keinen Rechtsanwalt beiziehen können. Die Erfahrung zeige, dass

Privatpersonen regelmässig erst kurz vor Fristablauf einen Rechtsvertreter mit der Interessenwahrung beauftragen.

Erwägungen

1. Anforderungen an einen formgültigen Rekurs

Nach Art. 47 Abs. 1 VRP ist der Rekurs innert vierzehn Tagen seit der Eröffnung der Verfügung oder des Entscheids bei der Rekursinstanz einzureichen. Er muss einen Antrag, eine Darstellung des Sachverhalts und eine Begründung enthalten und ist zu unterzeichnen (Art. 48 Abs. 1 VRP).

A. Rechtsmittelerklärung als absolutes Gültigkeitserfordernis

Innert der von Art. 47 Abs. 1 VRP geforderten vierzehntägigen Frist muss mindestens die Rechtsmittelerklärung im engeren Sinn schriftlich eingereicht werden. Gemeint ist die Willenserklärung, dass gegen eine bestimmte Verfügung oder einen Entscheid Rekurs erhoben wird.

B. Relative Gültigkeitserfordernisse

Antrag, Sachverhaltsdarstellung, Begründung und Unterschrift sind nicht zwingend innert der vierzehntägigen Rechtsmittelfrist einzureichen, sondern können auch nachträglich, auf behördliche Fristansetzung hin, beigebracht werden.

Entsprechend sieht Art. 48 Abs. 2 erster Satz VRP vor, dass die Rekursinstanz oder ein von ihr beauftragtes Organ bei Fehlen von Antrag, Sachverhaltsdarstellung, Begründung oder Unterschrift den Rekurrenten unter Ansetzung einer Frist zur Ergänzung des Rekurses auffordert. Mit der Aufforderung zur Ergänzung ist anzuordnen, dass nach unbenützter Frist auf den Rekurs nicht eingetreten wird (Art. 48 Abs. 3 VRP). Insofern handelt es sich bei Antrag, Sachverhaltsdarstellung, Begründung und Unterschrift ebenfalls um – wenn auch nur relative – Gültigkeitserfordernisse.

2. Rechtsfolgen eines formungültigen Rekurses

A. Regel: Nichteintretensentscheid

Wenn innert der (möglicherweise behördlich erstreckten) Frist kein formgültiger Rekurs eingereicht wurde, verwirkt in der Regel das Recht zur Einreichung des Rekurses (Art. 77 Abs. 1 GerG in Verbindung mit Art. 30 VRP). Die Rekursinstanz hat – sofern am Rekurs festgehalten wird – einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Zuvor wird jedoch der Betroffene aufgefordert, zur Verspätung Stellung zu nehmen. Hierfür wird ihm in der Regel eine Frist von zehn Tagen angesetzt. Gleichzeitig wird er auf die Möglichkeit hingewiesen, innert derselben Frist ein Wiederherstellungsgesuch einzureichen.

B. Ausnahme: Wiederherstellung der Frist

a. *Begründete Säumnisursache als Voraussetzung*

Die Wiederherstellung dient der Behebung von Prozessnachteilen aus unverschuldet versäumter Prozesshandlung. Entsprechend sieht Art. 85 Abs. 1 GerG – eine Bestimmung, die nach Art. 30 VRP sachgemäss auch im Verwaltungsverfahren gilt – vor, dass eine versäumte Frist wiederherzustellen ist, wenn der Säumige ein unverschuldetes Hindernis als Ursache der Säumnis glaubhaft macht. Unverschuldet sind nach der Praxis jene Versäumnisse, die der Säumige nicht zu vertreten hat. Gemeint sind objektive und subjektive Unmöglichkeiten der Fristeinhaltung wie eine plötzliche, schwere Erkrankung, ein pflichtwidriges Verhalten der Post, Epidemien oder Katastrophenfälle.

Auch ein leichtes Verschulden kann zu einer Wiederherstellung von Fristen führen (Art. 85 Abs. 2 GerG). Ein solches Verschulden wird in der Praxis aber nur dann anerkannt, wenn etwas unbeachtet blieb, was auch ein sorgfältiger Mensch unter den gleichen Umständen nicht hätte beachten müssen.

Die Wiederherstellung einer versäumten Frist erfolgt nur auf Gesuch hin. Bei juristischen Laien werden jedoch an die Gesuchstellung keine hohen Anforderungen gestellt. In der Regel genügt es, wenn Gründe für die Fristversäumnis angeführt werden.

b. *Sorgfaltspflicht des Rechtsmittelklägers*

Von einem Rechtsmittelkläger wird eine angemessene Sorgfalt und Umsicht erwartet. Entsprechend ist er gehalten, alles Zumutbare zur Abwendung eines Nachteils vorzukehren. Nach der Rechtsprechung wird daher eine Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist verweigert, wenn das Ver-

säumnis auf Umstände zurückzuführen ist, die dem Betroffenen als Nachlässigkeit zugerechnet werden müssen

3. Schwere Sorgfaltspflichtverletzung im konkreten Fall

Das Baudepartement betrachtete den Umstand, dass die Rekurrenten im Zeitpunkt der Erkrankung kurz vor Ablauf der Rechtsmittelfrist noch keinen Anwalt beauftragt hatten, als Verletzung der von Parteien geforderten Sorgfalt und Umsicht. Entsprechend hätten die Rekurrenten auch das Risiko zu tragen, die geforderte Prozesshandlung nicht mehr vornehmen, beziehungsweise keinen Anwalt mehr beauftragen zu können. Dies gelte umso mehr, als nicht geltend gemacht werde, dass die entsprechenden Handlungen aus entschuldbaren Gründen schon vor der Erkrankung nicht möglich gewesen seien.

Das Baudepartement wies weiter darauf hin, dass sich die Rekurrenten bereits bei Leistung des Kostenvorschusses mit der Angelegenheit befassen mussten. Zudem sei nicht ersichtlich, warum die erforderlichen Handlungen nicht durch die – ebenfalls rekurrierende und jeweils mitunterzeichnende – Ehefrau vorgenommen werden konnten. Wenn es zutreffen sollte, dass sie im Rekursverfahren durch ihren Ehemann vertreten wurde, lasse dessen Anwesenheit am Arbeitsplatz am 31. März 2008 die geltend gemachte Unfähigkeit, irgendwelche Handlungen vorzunehmen, nicht als derart absolut erscheinen. Es wäre ihm offensichtlich zuzumuten gewesen, innert Frist einen Anwalt mit der ohnehin geplanten Interessenwahrung zu beauftragen.

Aus all diesen Gründen wurde das Versäumnis der Frist für die Rekursergänzung als schwere Verletzung der Sorgfaltspflicht der Rekurrenten gewertet und ihnen als Nachlässigkeit angerechnet. Entsprechend wurde das Gesuch um Wiederherstellung der Frist im Rahmen eines Nichteintretensentscheids abgewiesen.

Hinweise

GVP 1989 Nr. 83; 1980 Nr. 63

VerwGE vom 14. September 2004 i.S. O.C.

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl., St.Gallen 2003, NN 907 und 1143

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2002/II/10 und 2004/IV/42