



## Juristische Mitteilungen 2008 / III

### Inhalt

#### Baurecht

- |   |  |    |
|---|--|----|
| 1 | Bauvorhaben in Bahnarealen: In- oder ausserhalb Bauzonen?                      | 2  |
| 2 | Landwirtschaftliche Wohnbauten: Abriss und Ersatzbau oder<br>blosse Sanierung? | 7  |
| 3 | Feststellungsverfügungen bei Bauvorhaben ausserhalb<br>Bauzonen                | 16 |
| 4 | Ermittlung der Gebäudehöhe ab gewachsenem Boden                                | 21 |

#### Verwaltungsverfahrensrecht

- |   |  |    |
|---|--|----|
| 5 | Einspracheberechtigung bei Planungszonen | 28 |
|---|--|----|

### Impressum

Baudepartement des Kantons St.Gallen  
Rechtsabteilung  
[www.jumi.sg.ch](http://www.jumi.sg.ch)

Bettina Deillon-Schegg / Kathrin Kuchler-Wacker  
071 229 30 71 / 071 229 39 09  
[bettina.deillon@sg.ch](mailto:bettina.deillon@sg.ch) / [kathrin.kuechler@sg.ch](mailto:kathrin.kuechler@sg.ch)

Zitiervorschlag:

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen Jahr/Band/Nr.

# 1

## Bauvorhaben in Bahnarealen: In- oder ausserhalb Bauzonen?

### Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2008/46 vom 9. September 2008

*Die zonenrechtliche Beurteilung von Bahnarealen ist anhand der bereits erfolgten Überbauung, der Lage des Areals innerhalb der Nutzungszonen und der Überbauung des Bahnareals selbst zu beurteilen. Zu berücksichtigen ist auch, ob umliegende, nicht als Bauzone ausgedehnte Gebiete funktional zum Siedlungsgebiet gehören.*

### Einleitung

Eine Betreiberin von Mobilfunkantennen-Anlagen plant auf einem Areal der Schweizerischen Bundesbahnen SBB eine Mobilfunkantennen-Anlage. Das Areal ist im kommunalen Zonenplan weiss dargestellt.

Nachdem die zuständige Gemeindebehörde die Baubewilligung verweigert hatte, erhob die Anlagebetreiberin Rekurs bei der Regierung. Dieser wurde abgewiesen.

Das in der Folge angerufene Verwaltungsgericht hatte vorab darüber zu befinden, ob es sich um ein Bauvorhaben in- oder ausserhalb der Bauzonen handelt.

### Erwägungen

#### 1. Bewilligung nach eisenbahnrechtlichem Plangenehmigungsverfahren

Bauten und Anlagen, die ganz oder überwiegend dem Bau und Betrieb einer Eisenbahn dienen (sogenannte "Eisenbahnanlagen"), dürfen nur im eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahren nach Art. 18 ff. EBG bewilligt werden (Art. 18 EBG).

Dienen Bauten und Anlagen hingegen nicht ganz oder überwiegend dem Bahnbetrieb, werden sie als "Nebenanlagen" bezeichnet. Deren

Erstellung oder Änderung untersteht dem kantonalen Recht. Falls die Nebenanlage Bahngrundstücke beansprucht oder an solche angrenzt, ist die Zustimmung der Bahnunternehmung erforderlich. Gleiches gilt, wenn die Betriebssicherheit beeinträchtigt werden könnte (Art. 18m Abs. 1 EBG).

Ein auf einem Masten einer Mobilfunkanbieterin lediglich optional vorgemerkter Standort für eine dem Bahnverkehr dienende Antenne (GSM-Rail-Antenne) beispielsweise führt nicht dazu, dass die Mobilfunkantennen-Anlage im eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahren zu bewilligen ist.

## **2. Bewilligung nach kantonalrechtlichem Baubewilligungsverfahren**

Nach Art. 87 Abs. 1 BauG sind Baubewilligungen dann zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen. Eine wesentliche Bewilligungsvoraussetzung ist die Zonenkonformität der geplanten Bauten und Anlagen (vgl. Art. 22 Abs. 2 und 3 RPG).

### **A. Mobilfunkantennen-Anlagen innerhalb Bauzonen**

Mobilfunkantennen-Anlagen sind Infrastruktureinrichtungen, die der Versorgung der Bevölkerung mit Fernmeldediensten dienen. Infrastrukturanlagen sind vergleichbar mit Strassen und anderen Versorgungsanlagen und gehören grundsätzlich in die Bauzonen.

Mobilfunkantennen-Anlagen sind im Grundsatz in allen Bauzonen, einschliesslich reinen Wohnzonen, zonenkonform. Die konkrete Zuweisung zu einer Bauzone erübrigt sich, nachdem die Einhaltung der Regelbauvorschriften keine Probleme aufwirft, welche von den jeweiligen Zonenvorschriften abhängig wären.

### **B. Mobilfunkantennen-Anlagen ausserhalb Bauzonen**

Ausserhalb Bauzonen sind Mobilfunkantennen-Anlagen mangels Zonenkonformität nur dann genehmigungsfähig, wenn sie die Anforderungen der Standortgebundenheit erfüllen. So kann nach Art. 24 RPG eine Ausnahmbewilligung erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (Bst. a) und wenn keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. b). Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Die Standortgebundenheit darf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann bejaht werden, wenn eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffen-

heit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist oder wenn ein Werk aus bestimmten Gründen in einer Bauzone ausgeschlossen ist. Diese Voraussetzungen beurteilen sich nach objektiven Massstäben.

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.

### **3. Zonenrechtliche Zuweisung von Bahnarealen**

Bei Bauvorhaben auf weiss dargestellten Bahnarealen stellt sich regelmässig die Frage, ob diese – sofern sie nicht dem eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahren unterstellt werden – im ordentlichen Baubewilligungsverfahren bewilligt werden können oder ob sie einer Ausnahmewilligung nach Art. 24 RPG bedürfen.

#### **A. Kein bewusster Ausschluss aus der Bauzone**

Das Verwaltungsgericht hat sich im Zusammenhang mit geplanten Mobilfunkantennen-Anlagen wiederholt und unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit der zonenrechtlichen Beurteilung von Bahngrundstücken befasst. Nach dieser Rechtsprechung ist die unterbliebene Zuordnung zu einer bestimmten Nutzung und die weisse Darstellung derartiger Grundstücke im Zonenplan nicht als bewusster Ausschluss des Bahnareals aus der umgebenden Bauzone zu verstehen. Die fehlende Zuordnung ist vielmehr Folge der Zuständigkeitsordnung des Eisenbahngesetzes.

#### **B. Keine Anwendbarkeit der ÜG-Bestimmungen**

Die Nutzung von Grundstücken der SBB, welche im kommunalen Zonenplan weiss dargestellt werden, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht unbestimmt. Da Bahngrundstücke durch die eisenbahnrechtliche Plangenehmigung bewusst dem Eisenbahnverkehr gewidmet wurden, rechtfertigt es sich nicht, die Bestimmungen hinsichtlich des übrigen Gemeindegebiets (ÜG) anzuwenden.

Gleiches gilt im Übrigen auch für die im Zonenplan ebenfalls weiss dargestellten Strassen. Auch sie sind nicht dem übrigen Gemeindegebiet zugehörig.

### C. Zonenrechtliche Zuweisung anhand besonderer Kriterien

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Bahnareal als Bauzone oder Nichtbauzone zu betrachten ist, ist daher nicht allein auf die Darstellung im Zonenplan abzustellen. Nach der Rechtsprechung sind vielmehr weitere Kriterien wie die bereits erfolgte Überbauung oder die Lage des Baugrundstücks innerhalb des Zonenplans beizuziehen.

Diese einzelfallweise Beurteilung führt zu keiner Verletzung der vom Raumplanungsgesetz vorgeschriebenen Entscheidungsfolge: Während bei einer Lücke im Nutzungsplan im allgemeinen ein Handlungsbedarf für die Nutzungsplanung besteht, ist eine kommunale Planung von Bahnarealen erst möglich, wenn der dortige Bahnbetrieb einmal aufgegeben werden sollte. Ein Interesse an der Freihaltung solcher Areale besteht nicht.

## 4. Beurteilung des konkreten Falls durch das Verwaltungsgericht

### A. Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse

Im konkreten Fall ist das Bahnareal nur westlich und südlich von Bauzonen und überbauten Gebieten umgeben. Nördlich des Areals befinden sich, von West nach Ost: Ein Hafen, ein Hafenbahnhof, eine Parkanlage (Grünzone), ein Seerestaurant (Kurzone), ein Jachthafen (teils Zone für öffentliche Bauten und Anlagen), eine weitere Grünzone mit einem weiteren Hafen und einem Strandbad, eine weitere Zone für öffentliche Bauten und Anlagen sowie eine Gewerbe-Industriezone.

Das Bahnareal ist nahezu flächendeckend überbaut (Betriebsgebäude und Geleiseanlagen). Die umliegenden Grünzonen sind weitestgehend künstlich gestaltet und enthalten ebenfalls zahlreiche Bauten und Anlagen (Lagerschuppen, Seerestaurant, Jachthafen, Parkplatz und Hafengebäude).

### B. Schlussfolgerung des Verwaltungsgerichtes

Das Verwaltungsgericht hielt vorab fest, dass künstlich gestaltete Grünzonen den Siedlungsgebieten zuzurechnen sind. Vorliegend komme hinzu, dass die in den Grünzonen errichteten Bauten und Anlagen nur teilweise mit dem Zweck der Zone – der Erholungs- und Freizeitnutzung – im Einklang stehen. Insbesondere die Lagerschuppen würden als Siedlungsbestandteile ins Gewicht fallen. Aber auch die intensive Nutzung des Geländes durch Seerestaurant, Jachthafen, Parkplatz und Hafengebäude würden das Gebiet als Siedlungsgebiet erscheinen lassen. Der massgebende Teil des Bahnareals sei somit

mehrheitlich von Bauzonen beziehungsweise überbauten Arealen umgeben. Hinzu komme, dass sich der geplante Antennenstandort in jenem Teil des Bahnareals befindet, der nahezu vollständig überbaut ist. Es handle sich somit um ein Bauvorhaben innerhalb Bauzonen.

Das Verwaltungsgericht wies ergänzend darauf hin, dass mit der Zuordnung des beurteilten Standorts zum Baugebiet die Nutzungsplanung des Bahnareals nicht präjudiziert werde. Auch im Rahmen einer ordentlichen Nutzungsplanung könnten grossflächige Grundstücke verschiedenen Zonen angehören. Im Streitfall sei einzig der konkrete Antennenstandort ausschlaggebend.

#### Hinweise

Urteile des Bundesgerichtes 1A.140/2003 vom 18. März 2004 und 1A.116/2002 vom 17. November 2003

VerwGE vom 21. März 2006 i.S. I. AG

GVP 2006 Nr. 34

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2007/I/10, 2002/II/13

## 2

### Landwirtschaftliche Wohnbauten: Abriss und Ersatzbau oder bloss Sanierung?

#### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 49/2008 des Baudepartementes vom 13. August 2008

*Ob eine vorbestehende landwirtschaftliche Wohnbaute abgerissen und dafür eine Ersatzbaute erstellt oder diese lediglich saniert werden darf, hängt davon ab, ob sie am 1. Juli 1972 landwirtschaftlich genutzt war. Wurde die Landwirtschaft vor diesem Zeitpunkt aufgegeben, sind Abriss und Ersatzbaute zulässig.*

*Als "landwirtschaftlich" gilt eine Nutzung, wenn das massgebliche Grundstück am 1. Juli 1972 landwirtschaftlich geschätzt war und darauf Gross- und Kleinvieh gehalten wurde. Unmassgeblich ist, ob der Betrieb gross genug war, um dem Inhaber ein existenzsicherndes Einkommen zu verschaffen.*

*Am 1. Juli 1972 nur im Nebenerwerb betriebene Klein- und Kleinstlandwirtschaftsbetriebe gelten als "landwirtschaftliche Nutzungen", mit der Folge, dass dazugehörige Wohnbauten Art. 24d RPG unterstehen.*

#### Einleitung

Das Baudepartement hatte ein Baugesuch zur Sanierung eines landwirtschaftlichen Wohnhauses in der Landwirtschaftszone zu beurteilen.

Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) hatte in seiner im vorinstanzlichen Verfahren erlassenen raumplanungsrechtlichen Teilverfügung erwogen, beim Wohnhaus handle es sich um ein Objekt handle, das noch nach dem 1. Juli 1972 landwirtschaftlich genutzt worden sei. Das Bauvorhaben sei daher nach Art. 24d RPG und nicht nach Art. 24c RPG zu behandeln, weshalb kein Abbruch (Ersatzbau), sondern nur eine Sanierung zulässig sei. Dazu erteilte es seine Zustimmung. Gestützt darauf erteilte die zuständige Gemeindebehörde die Baubewilligung.

Entgegen der erteilten Bewilligung musste im Nachhinein festgestellt werden, dass der Grundeigentümer das Wohnhaus komplett abgerissen und neu wieder aufgebaut hatte. Das AREG verweigerte die nachträgliche Zustimmung für den Ersatzbau des Wohnhauses und forder-

te die zuständige Gemeindebehörde auf, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen. Die Gemeinde verweigerte daraufhin die Baubewilligung. Gegen diesen Bauabschlag erhob der Baugesuchsteller Rekurs beim Baudepartement.

Im Verfahren war die grundsätzliche Abgrenzung von Art. 24c RPG und Art. 24d RPG auf landwirtschaftliche Wohnbauten zu beantworten. Damit verbunden musste die Frage beantwortet werden, ob die konkrete Nutzung auf dem Baugrundstück am massgeblichen Stichdatum 1. Juli 1972 (Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8. Oktober 1971 [aGSchG]) als "landwirtschaftlich" eingestuft werden kann.

## Erwägungen

### 1. Begriff der "Zonenkonformität" in Art. 24c Abs. 1 RPG

Nach Art. 24c Abs. 1 RPG werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Sie können nach Abs. 2 mit Bewilligung der zuständigen Behörde und unter Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind.

#### A. Argumentation des Rekurrenten

Der Rekurrent machte geltend, die Auslegung des in Art. 24c Abs. 1 RPG verwendeten Begriffs der "zonenwidrigen Bauten" müsse sich nach der in Art. 16a Abs. 1 RPG sowie Art. 34 RPV enthaltenen Begriffsdefinition der Zonenkonformität ausserhalb Bauzonen richten.

Nach Art. 34 Abs. 3 RPV seien Wohnbauten ausserhalb der Bauzonen nur zonenkonform, wenn sie für den Betrieb eines landwirtschaftlichen Gewerbes nach Art. 7 BGG unentbehrlich seien. Ein landwirtschaftliches Gewerbe sei eine Gesamtheit von Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und für deren Bewirtschaftung mindestens drei Viertel einer Standardarbeitskraft erforderlich sei. Der damalige Nebenerwerbsbetrieb mit einer landwirtschaftlichen Nutzfläche nur 3,85 ha und einem Nutzviehbestand von zwei Kühen sowie einem Kalb sei von diesen Voraussetzungen aber weit entfernt. Das fragliche Wohnhaus sei daher am 1. Juli 1972 zonenwidrig geworden. Daher sei sein Wohnhaus nach

Art. 24c RPG zu behandeln. Abbruch und Wiederaufbau seien daher zulässig und zu bewilligen.

## B. Auslegung nach Wortlaut und Zweck

Art. 24c RPG steht seit 1. September 2000 in Kraft. Der darin verwendete Begriff der Zonenkonformität im Sinn eines positiven funktionalen Zusammenhangs mit einer bestimmten Zone wurde im Bundesrecht erst mit der Inkraftsetzung des RPG am 1. Januar 1980 eingeführt. Die vor Inkrafttreten des RPG für die Erteilung von Baubewilligungen massgebenden Art. 19 und 20 aGSchG unterschieden zwischen Bauten und Anlagen innerhalb oder ausserhalb des generellen Kanalisationsprojektes und legten hierfür je unterschiedliche Bewilligungsvoraussetzungen fest, nämlich die Gewährleistung des Anschlusses der Abwässer an die Kanalisation für Bauten und Anlagen innerhalb (Art. 19 aGSchG) bzw. den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses für Bauten ausserhalb des generellen Kanalisationsprojektes (Art. 20 aGSchG). Bis zum Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes musste daher die Zulässigkeit der Erstellung von Bauten und Anlagen bundesrechtlich gar nie unter dem Aspekt der Zonenkonformität beurteilt werden und wurde es auch nicht.

Streng grammatikalisch ausgelegt kann aber nur eine Baute, die vormals zonenkonform war, "nicht mehr zonenkonform" werden. Ein solches Kriterium würden nur die nach dem 1. Januar 1980 unter der Geltung des RPG als zonenkonform bewilligten Bauten und Anlagen erfüllen, nicht hingegen die unter dem Geltungsbereich des damaligen Gewässerschutzgesetzes oder gar die noch vorher bewilligten Bauten und Anlagen. Der Hauptzweck von Art. 24c RPG besteht nun aber gerade darin, für altrechtliche, d.h. vor dem 1. Juli 1972 erstellte Bauten und Anlagen, eine Bestandesgarantie zu statuieren.

Die genannte Zweckrichtung spricht daher nicht nur dagegen, den verwendeten Begriff "nicht mehr zonenkonform" im Sinn der "Zonenkonformität", wie durch das Raumplanungsgesetz festgelegt, auszulegen, sie würde dadurch vielmehr sogar obsolet.

## C. Historische Auslegung

Je neuer ein Gesetz ist, desto grössere Bedeutung kommt nach Auffassung des Bundesgerichtes dem historischen Auslegungselement zu: Bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden. Dem historischen Auslegungselement kommt vorliegend daher eine erhebliche Bedeutung zu.

Die Formulierung "nicht mehr zonenkonform" geht auf die parlamentarische Redaktionskommission zurück. In der von den Eidgenössischen Räten ursprünglich beschlossenen Fassung hiess es noch "zonenwidrig geworden". Es hat sich herausgestellt, dass dieser Gesetzeswortlaut nicht mit der für die Rechtsanwendung genügenden Klarheit wiedergibt, welche Bauten und Anlagen tatsächlich in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG fallen. Unklarheiten ergaben sich insbesondere in Bezug auf Bauten und Anlagen, die zwar rechtmässig erstellt wurden, aber nie zonenkonform waren, da im Zeitpunkt der Erstellung keine bundesrechtlichen Zonenvorschriften bestanden. Da eine bundesrechtliche Zonenordnung in der Regel erst mit der Rechtsänderung infolge des Inkrafttretens des aGSchG geschaffen wurde, wäre es unpräzise zu fordern, die Bauten und Anlagen hätten vor der Rechtsänderung zonenkonform sein müssen. Massgebend ist vielmehr, ob die Erstellung und allfällige seither vorgenommene Änderungen dem jeweils geltenden materiellen Recht entsprachen. Diese Unklarheit wird durch Art. 41 RPV in Übereinstimmung mit den Absichten des Gesetzgebers in dem Sinn klargestellt, als Art. 24c RPG auf Bauten und Anlagen anwendbar ist, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind.

D. Auslegungsergebnis: Eingeschränkte Bedeutung der Zonenkonformität nach Art. 24c Abs. 1 RPG

Unter Berücksichtigung von Wortlaut und Zweck sowie des historischen Elements ergibt die Auslegung von Art. 24c Abs. 1 RPG, dass mit dem Begriff "nicht mehr zonenkonform" nicht auf den Begriff der "Zonenkonformität", wie durch das Raumplanungsgesetz festgelegt, abzustellen ist. Die Bedeutung von "zonenkonform" im Sinn von Art. 24c Abs. 1 RPG beschränkt sich vielmehr auf die Beantwortung der Frage, ob die zu beurteilende Baute oder Anlage seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert worden ist.

E. Unmassgeblichkeit des landwirtschaftlichen Gewerbebegriffs nach Art. 7 BGG

Die Argumentation des Rekurrenten, wonach die im massgeblichen Zeitpunkt am 1. Juli 1972 auf dem Baugrundstück vom damaligen Eigentümer im Nebenerwerb betriebene Landwirtschaft nicht den von Art. 7 BGG für ein landwirtschaftliches Gewerbe geforderten Mindestumfang aufwies, das Wohnhaus nicht unentbehrlich und daher bereits am 1. Juli 1972 nicht mehr zonenkonform gewesen sei, erachtete das Baudepartement im Lichte des gefundenen Auslegungsergebnisses als unzutreffend.

a. *Unzulässige Rückwirkung*

Träfe die Argumentation des Rekurrenten zu, müsste mit Blick auf eine Anwendung von Art. 24c RPG bei sämtlichen vor dem 1. Juli 1972 erstellten Bauten und Anlagen geprüft werden, ob diese am massgeblichen Stichtatum 1. Juli 1972 die Kriterien erfüllt haben, um als landwirtschaftliches Gewerbe zu gelten. Die Anwendung von Art. 16a Abs. 1 RPG, Art. 34 Abs. 3 RPV sowie Art. 7 BGG auf vor dem 1. Juli 1972 erstellte Bauten und Anlagen käme im Ergebnis einer echten und dem Grundsatz nach verbotenen Rückwirkung gleich. Eine solche ist nur ausnahmsweise und unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig: Sie muss ausdrücklich angeordnet oder dem Sinn des Erlasses nach gewollt, zeitlich mässig sowie durch triftige Gründe gerechtfertigt sein und darf weder zu stossenden Rechtsungleichheiten noch zu einem Eingriff in wohlerworbene Rechte führen.

Im geltenden Raumplanungsgesetz findet sich keine ausdrückliche Anordnung, wonach Art. 16a Abs. 1 RPG und dem gestützt darauf erlassenen Art. 34 Abs. 3 RPV eine Rückwirkung zukommen sollte. Angesichts der daraus sich ergebenden Konsequenzen kann eine solche auch dem Sinn des Erlasses nach nicht gewollt sein. Der zeitliche Abstand zwischen einem Verfahren, in welchem eine rückwirkende Beurteilung altrechtlicher Bauten und Anlagen erforderlich wird und dem auf den 1. Juli 1972 festgelegten Stichtag beträgt bereits jetzt mehr als 35 Jahre und wird mit fortschreitender Zeit je länger desto grösser; es fehlt daher an der zeitlichen Mässigkeit der Rückwirkung. Auch lassen sich keine sachlichen Gründe für eine solche Rückwirkung finden, ganz im Gegenteil: Müsste bei altrechtlichen Bauten und Anlagen abgeklärt werden, ob es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinn der heutigen Begriffsbestimmung gehandelt habe, würde dies auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten stossen, da wohl in den meisten Fällen die zur Prüfung erforderlichen Daten und Unterlagen aufgrund des eingetretenen Zeitablaufs nicht mehr verfügbar sind.

b. *Gefahr der Ungleichbehandlung*

Hinzu kommt, dass bei einer solchen Beurteilung auf die im jeweiligen Beurteilungszeitpunkt gültigen Beurteilungskriterien des "Landwirtschaftlichen Gewerbes" im Sinn von Art. 7 BGG abgestellt werden müsste. Da sich diese Kriterien bereits einmal geändert haben und sich in absehbarer Zeit wohl wieder ändern werden, erschiene eine solche "dynamische Anknüpfung" vor allem unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit als bedenklich.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Anwendung von Art. 24c Abs. 1 RPG mit der vom Rekurrenten verlangten Auslegung zu Ergebnissen führen würde, die unter verfassungsrechtlichen Aspekten nicht haltbar wären.

## 2. Beurteilung der landwirtschaftlichen Nutzung

### A. Argumentation des Rekurrenten

Der Rekurrent machte geltend, am 1. Juli 1972 habe die landwirtschaftliche Nutzfläche des Baugrundstücks nur 3,85 ha und der Nutzviehbestand zwei Kühe sowie ein Kalb betragen. Der damalige Eigentümer habe sein Einkommen als Säger verdient, die Landwirtschaft habe im besten Fall einen Nebenerwerb gebildet. Die Wohnnutzung auf einem solchen, nicht existenzsichernden Kleinstbetrieb könne daher nicht als "landwirtschaftliche Nutzung" gelten, sie sei daher am 1. Juli 1972 mit Inkrafttreten des aGSchG zonenwidrig geworden.

### B. Standpunkt des AREG

Das AREG hatte erwogen, das Vorhandensein einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von 3,85 ha sowie die Tatsache, dass das Grundstück nach wie vor landwirtschaftlich geschätzt sei, spräche dafür, dass zumindest ein landwirtschaftlicher Nebenerwerbsbetrieb vorhanden war. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum aGSchG sei davon auszugehen, dass auch Wohnhäuser von landwirtschaftlichen Kleinbetrieben als landwirtschaftliche und damit zonenkonforme Wohnbauten betrachtet werden müssten.

### C. Grundsätzliche Problematik: Fehlende Beurteilungskriterien

Art. 24c RPG bezieht sich gemäss Art. 41 RPV auf Bauten und Anlagen, die in Übereinstimmung mit dem seinerzeitigen materiellen Recht erstellt worden sind, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind. Für den Stichtag zur Bestimmung der so genannten "altrechtlichen" Bauten und Anlagen ist in erster Linie auf den 1. Juli 1972 abzustellen, das Datum des Inkrafttretens des früheren Gewässerschutzgesetzes, mit dem erstmals eine klare Trennung von Bau- und Nichtbaugebieten vorgenommen wurde.

Nach Auffassung der Lehre sowie des Bundesamtes für Raumentwicklung sind Bauten, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des aGSchG nach wie vor landwirtschaftlich genutzt waren, nicht zonenwidrig geworden, sondern nach wie vor zonenkonform.

Weder Gesetz noch Lehre beantworten indessen die sich stellende Frage, welchen Umfang bzw. welche Intensität die damalige landwirtschaftliche Nutzung aufweisen musste, um nach wie vor als zonenkonform zu gelten bzw. nach welchen Kriterien (Erwerbseinkommen, landwirtschaftliche Nutzfläche bzw. Viehbestand usw.) diese zu beurteilen ist. Aufgrund der vorherigen Erwägungen steht zumindest fest,

dass zur Abgrenzung dessen, was als landwirtschaftliche Nutzung gelten konnte, nicht auf den heutigen Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes abgestellt werden darf.

D. Anhaltspunkte: Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum aG-SchG sowie Statistik

Für die Beurteilung dafür, was vor Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes als landwirtschaftliche Nutzung galt, stellte das Baudepartement zum einen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum aG-SchG, zum andern auf einschlägige statistische Angaben ab.

a. *Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum aGSchG*

In BGE 100 Ib 86 ff. war die Zulässigkeit des Baus eines Wohnhauses auf einem 2,6 ha grossen landwirtschaftlichen Grundstück samt Scheune zu beurteilen, das von einem Biologielehrer, der neben seinem Hauptberuf auch Landwirtschaft (hauptsächlich zum Zweck der Tierbeobachtung [Verhaltensforschung]) betrieb, als Ersatzbau für ein bereits bestehendes Wohnhaus beantragt worden war.

Das Bundesgericht erwog in diesem Zusammenhang, es komme nicht darauf an, ob die Landwirtschaft im Haupt- oder im Nebenberuf und ausschliesslich oder vorwiegend aus ökonomischen oder ideellen Gründen (aus Liebhaberei, zu Forschungszwecken) betrieben werde, bei der Haltung von Gross- und Kleinvieh handle es sich um "Landwirtschaft" und diese erfordere, dass sich die Wohnung des Betriebsinhabers auf dem Gehöft oder doch in dessen unmittelbarer Nähe befinde. Mit der ausdrücklichen Begründung, ein Landwirtschaftsbetrieb müsse nicht unbedingt existenzsichernd sein, damit ein sachlicher Grund im Sinn von Art. 20 aGSchG angenommen werden könne und es auch nicht darauf ankomme, ob ein Gesuchsteller die Landwirtschaft im Haupt- oder Nebenberuf betreiben wolle, bejahte das Bundesgericht sowohl das Vorliegen eines Landwirtschaftsbetriebs wie auch den sachlichen Grund im Sinn von Art. 20 aGSchG für ein dazugehöriges Wohnhaus.

Der Zweck des aGSchG bestand zudem nicht darin, bestehende Gebäude ausserhalb des generellen Kanalisationsprojekts zum Verschwinden zu bringen. Wohnhäuser, die zu herkömmlichen landwirtschaftlichen Kleinbetrieben gehörten, durften erneuert und ersetzt werden, selbst wenn diese Betriebe keine Grundlage für eine hauptberufliche Tätigkeit boten und unrentabel waren.

## b. Statistische Angaben

Nach dem Statistischen Jahrbuch der Schweiz bestanden in der Schweiz im Jahr 1965 insgesamt 162'414 Landwirtschaftsbetriebe, von denen

- 30'459 (18,75 Prozent) eine landwirtschaftliche Nutzfläche von 0 bis 1 ha,
- 44'340 (27,3 Prozent) eine landwirtschaftliche Nutzfläche von 1,01 bis 5 ha aufwiesen.

Rund 45 Prozent aller Landwirtschaftsbetriebe wiesen damit weniger als 5 ha landwirtschaftliche Nutzfläche auf.

Im Jahr 1975 waren es insgesamt 133'126 Landwirtschaftsbetriebe, davon

- 27'429 (20,6 Prozent) mit einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von 0 bis 1 ha und
- 30'080 (22,5 Prozent) mit einer solchen zwischen 1,01 bis 5 ha.

Trotz des gesamthaften Rückgangs der Landwirtschaftsbetriebe blieb im Zeitraum zwischen den Jahren 1965 und 1975 der prozentuale Anteil der kleineren Landwirtschaftsbetriebe mit Nutzflächen bis zu 5 ha am Gesamtbestand der Landwirtschaftsbetriebe somit praktisch unverändert. Die schweizerische Landwirtschaft war im genannten Zeitraum von Klein- und Kleinstbetrieben geprägt.

## E. Schlussfolgerung des Baudepartementes

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie vor dem Hintergrund der sich aus den statistischen Angaben ergebenden sehr kleinräumigen Strukturverhältnisse der damaligen Landwirtschaft leitete das Baudepartement ab, dass der Begriff der "landwirtschaftlichen Nutzung" und damit auch des "landwirtschaftlichen Wohnens" grundsätzlich weit auszulegen ist; er umfasst auch nicht existenzsichernde, bloss als Nebenerwerb betriebene Klein- und Kleinstlandwirtschaftsbetriebe.

Im vorliegenden Fall wies das Baugrundstück am massgeblichen Stichtag eine landwirtschaftliche Nutzfläche von 3,85 ha und einen Nutzviehbestand von zwei Kühen sowie einem Kalb auf; es war zudem landwirtschaftlich geschätzt. Obschon kaum bestritten werden kann, dass ein solcher Kleinbetrieb nicht existenzsichernd und der damalige Eigentümer auf ein Zusatzeinkommen angewiesen war, sind doch aufgrund des Gesagten gerade diese Kriterien nicht ausschlaggebend.

Ein Grundstück wie das zu beurteilende Baugrundstück mit einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von 3,85 ha und zwei Kühen und einem Kalb ist als landwirtschaftlich genutzt und daher im Einklang mit den Bestimmungen des altrechtlichen Gewässerschutzgesetzes einzustufen. Eine solche landwirtschaftliche Nutzung, selbst wenn sie nicht existenzsichernd war, sowie die dazugehörige Wohnnutzung wurde durch das Inkrafttreten desselben am 1. Juli 1972 grundsätzlich nicht zonenfremd.

#### F. Entscheid des Baudepartementes

Das Baudepartement entschied zwar, auf die Grösse (Fläche, Viehbestand) und damit die Fähigkeit eines landwirtschaftlichen Betriebs, ein existenzsicherndes Einkommen für den Bewirtschafter abzuwerfen, komme es bei der Beurteilung, ob die konkrete Nutzung am 1. Juli 1972 als "landwirtschaftlich" eingestuft werden könne, nicht an und verwarf daher den vom Rekurrenten eingenommenen Standpunkt als unzutreffend. Da sich während des Rekursverfahrens aber ergeben hatte, dass der damalige Eigentümer des betroffenen Baugrundstücks die landwirtschaftliche Nutzung aus subjektiven Gründen bereits vor dem massgeblichen Stichdatum 1. Juli 1972 aufgegeben hatte, wurde das darauf stehende Wohnhaus als zonenfremd im Sinn von Art. 24c Abs. 1 RPG eingestuft.

Der Rekurs war daher gutzuheissen und die Angelegenheit zur Erteilung der nachträglichen Baubewilligung an die Gemeinde zurückzuweisen.

#### Hinweise

BGE 112 Ia 104, 103 Ib 110 ff., 113 Erw. 2b, 102 Ib 215 Erw. 1c, 100 Ib 86 ff., 92 Erw. 5

Bundesamt für Raumentwicklung, Neues Raumplanungsrecht, Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung und Empfehlungen für den Vollzug, Bern 2000/01, S. 42 f.

Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1997, Zürich 1996, Tabelle T 7.2, S. 192

Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Bern 2006, Art. 24c N 4

Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 329 f., 331

# 3

## Feststellungsverfügungen bei Bauvorhaben ausserhalb Bauzonen

### Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2008/11 vom 19. August 2008

*Sofern dies für die einheitliche Anwendung des Raumplanungsgesetzes erforderlich erscheint, ist das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) zuständig und befugt, bezüglich Zonenkonformität und Erteilung von Ausnahmegewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone kostenpflichtige Feststellungsverfügungen zu erlassen.*

### Einleitung

Der Eigentümer eines in der Landwirtschaftszone gelegenen Rebbaugrundstücks hatte ohne vorgängiges Baugesuch und ohne die erforderliche Zustimmung des AREG umfangreiche Hangterrassierungen vorgenommen.

Nach Durchführung eines Augenscheins vor Ort stellte sich das AREG auf den Standpunkt, die bereits abgeschlossenen Terrassierungsarbeiten seien baubewilligungspflichtig und es forderte die Gemeinde auf, nachträglich ein ordentliches Baubewilligungsverfahren einzuleiten.

Die Gemeinde teilte dem AREG mit, der Grundeigentümer weigere sich, ein Baugesuch einzureichen, da er sich auf den Standpunkt stelle, bei den ausgeführten Arbeiten handle es sich lediglich um nicht baubewilligungspflichtige Unterhaltsarbeiten. Die Gemeinde teile diese Auffassung, sie werde keine Verfügung über die Baubewilligungspflicht erlassen. Daraufhin erliess das AREG eine entsprechende Verfügung, in der es feststellte, die auf dem Rebbaugrundstück vorgenommenen Hangterrassierungen seien baubewilligungspflichtig und für die ausgeführten Arbeiten läge keine Zustimmung des AREG vor.

Der Grundeigentümer erhob gegen diese Verfügung Rekurs beim Baudepartement, der abgewiesen wurde.

Mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht verlangte der Grundeigentümer nebst der Aufhebung des vorinstanzlichen Departementsentscheids insbesondere die Feststellung, dass die Verfügung des AREG

nichtig sei. Dies mit der Begründung, zum einen sei das AREG für den Erlass der angefochtenen Feststellungsverfügung nicht zuständig gewesen und zum andern sei es unzulässig, das Bestehen einer Baubewilligungspflicht für die umstrittene Hangterrassierung in Verfügungsform und mit Kostenfolge festzustellen. Das Verwaltungsgericht hat diese Rügen als unbegründet abgewiesen.

## Erwägungen

### 1. Zuständigkeiten und Verfahren im Bereich der Raumplanung

#### A. Bundesrechtlicher Grundsatz: Kantonale Verfahrensautonomie

Nach Art. 25 Abs. 1 RPG ordnen die Kantone die Zuständigkeit und das Verfahren im Bereich der Raumplanung. Sie legen für alle Verfahren zur Errichtung, Änderung oder Zweckänderung von Bauten und Anlagen Fristen und deren Wirkungen fest (Art. 25 Abs. 1bis RPG).

Die bundesrechtliche Regelung umfasst einerseits die kantonale Zuständigkeit und das Verfahren der Bewilligungen im Einzelfall, andererseits haben die Kantone auch Zuständigkeiten und Verfahren zum Erlass von weiteren Planarten (namentlich von Richtplänen) zu regeln. Die Kantone sind insbesondere zuständig zur Bestimmung derjenigen Behörde, die das Baubewilligungsverfahren (Art. 22 ff. RPG) und die Koordination auf kantonaler Ebene (Art. 25a RPG) zu regeln hat.

#### B. Ausnahme: Bauvorhaben ausserhalb Bauzonen

Die kantonale Verfahrensautonomie wird durch das übergeordnete Bundesrecht eingeschränkt. Bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen hat nach Art. 25 Abs. 2 RPG die zuständige kantonale Behörde zu entscheiden, ob diese zonenkonform sind oder ob für sie bei fehlender Zonenkonformität eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Als direkt anwendbares Bundesrecht untersagt Art. 25 Abs. 2 RPG den Kantonen die Übertragung der Entscheidkompetenz auf eine regionale oder kommunale Behörde.

Mit der Bestellung einer zentralen kantonalen Instanz soll der Gefahr einer rechtsungleichen Behandlung des Baugesuchs durch die Gemeindebehörde vorgebeugt und die Durchsetzung einheitlicher Grundsätze für das gesamte Kantonsgebiet ermöglicht werden.

### C. Kantonale Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben

Der kantonale Gesetzgeber erfüllt die Vorgabe von Art. 25 Abs. 2 RPG in Art. 87bis Abs. 1 BauG, wonach vor Erteilung der Baubewilligung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen die von der Regierung bezeichnete kantonale Stelle angehört werden muss. Diese hat zu prüfen, ob die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen.

### D. Verfügungskompetenz bei Bauvorhaben ausserhalb Bauzonen

#### a. *AREG: Zonenkonformität und Erteilung von Ausnahmegewilligungen*

Art. 2 des Regierungsbeschlusses über den Vollzug von Art. 77 Abs. 2 und Art. 87bis BauG erklärt das AREG zu der bei allen Bauvorhaben ausserhalb Bauzonen zuständigen Stelle des Kantons für den Entscheid, ob diese zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.

Sodann bestimmt Art. 5 Bst. a VKoG, dass das AREG das Gesuch im Rahmen seiner Zuständigkeit abweist, wenn die Baute oder Anlage offensichtlich nicht bewilligt werden kann. "Im Rahmen seiner Zuständigkeit" bezieht sich gemäss Art. 25 Abs. 2 RPG auf die Fragen der Zonenkonformität und die Erteilung von Ausnahmegewilligungen. Vor diesem Hintergrund kommt dem AREG entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht nur eine Anhörungs- und Prüfungsbefugnis, sondern auch eine Entscheid- und Verfügungskompetenz zu. Nachdem sowohl die Frage der Zonenkonformität als auch die Frage der Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens zu prüfen sind, bezieht sich die Verfügungskompetenz des AREG auf das Bewilligungsverfahren. Daran ändert auch nichts, dass das Baugesuch nach Art. 3 VKoG bei der politischen Gemeinde einzureichen ist und die politische Gemeinde das Baugesuch nach Art. 4 Bst. b VKoG im Rahmen ihrer Zuständigkeit abweist, wenn die Baute oder Anlage offensichtlich nicht bewilligt werden kann.

#### b. *Politische Gemeinde: Beschränkung auf kantonales und kommunales Baupolizeirecht*

Aus Art. 4 Bst. b VKoG ergibt sich, dass der politischen Gemeinde bei Baubewilligungsverfahren betreffend Bauten ausserhalb Bauzonen "im Rahmen ihrer Zuständigkeit" ebenfalls eine Verfügungskompetenz zukommt. Diese ist aber auf den Bereich des kantonalen und kommunalen Baupolizeirechts beschränkt und umfasst namentlich die wichtigen Fragen der Zonenkonformität und der Erteilung der Ausnahmegewilligung nicht. Dieses koordinierte Vorgehen entspricht der in Art. 25 Abs. 2 RPG vorgegebenen Kompetenzaufteilung zwischen der

politischen Gemeinde und den kantonalen Behörden. Art. 25 Abs. 2 RPG hat eine abschliessende Regelung getroffen und den Gemeinden keine Kompetenz für autonome Regelungen zugestanden.

#### E. Fazit

Zum Erlass einer Feststellungsverfügung betreffend Baubewilligungspflicht von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen ist das AREG zuständig. Soweit die Feststellung der Nichtigkeit der Feststellungsverfügung als Folge der behaupteten sachlichen Unzuständigkeit des AREG beantragt wird, hat das Verwaltungsgericht die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

## 2. Zulässigkeit einer Feststellungsverfügung

### A. Inhalt und Zweck von Feststellungsverfügungen im Allgemeinen

Durch die Feststellungsverfügung werden keine neuen Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben; sie dient lediglich der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt wird

Die zum Erlass von Gestaltungsverfügungen ermächtigte Behörde kann auch eine Feststellungsverfügung erlassen. Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus. Es muss ein berechtigtes Bedürfnis an der unmittelbaren Klärung eines konkreten Rechtszustands bestehen. Die Feststellungsverfügung dient damit auch der Rechtssicherheit.

### B. Feststellungsinteresse im beurteilten Fall

Im beurteilten Fall stand fest, dass sich der Gemeinderat auch noch weigerte, ohne schriftliche Anweisung des AREG ein Baugesuch einzufordern oder die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen, nachdem das AREG die Baubewilligungspflicht der getätigten Hangarbeiten bejaht hatte. In der Folge stellte das AREG mit Verfügung die Bewilligungspflicht der Hangterrassierung gegenüber dem Beschwerdeführer fest.

Wiederherstellungsmassnahmen gemäss Art. 130 BauG können ausschliesslich von der Gemeinde angeordnet werden. Das AREG seinerseits durfte daher keine Wiederherstellungsverfügung erlassen. Die Vorinstanz vertrat deshalb zu Recht die Auffassung, dass das AREG

unter den gegebenen Umständen ein erhebliches Interesse an der verbindlichen Feststellung des streitigen Rechtszustands hatte.

Der Erlass einer Feststellungsverfügung steht nicht unter dem Vorbehalt aufsichtsrechtlicher Massnahmen, da die beiden Rechtsinstrumente unterschiedliche Ziele verfolgen. Während erstere der Klärung einer Rechtslage dient, bezwecken letztere die Disziplinierung und Sanktionierung einer der Aufsicht einer oberen Instanz unterliegenden Behörde. Mit dem Erlass der Feststellungsverfügung durch die zuständige kantonale Bewilligungsbehörde, die direkt an den Bauherrn gerichtet ist, kann die einheitliche Anwendung des RPG sichergestellt werden.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung durch das AREG betreffend die Baubewilligungspflicht der Hangterrassierung, insbesondere das schutzwürdige Feststellungsinteresse, waren deshalb gegeben.

#### Hinweise

BGE 115 Ib 308 f., 129 I 320, 108 Ib 547, 114 Ib 53 f.

Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung: Grundlagen für die Raumplanung, Bern 1981, Art. 25 N 5

A. Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 25 N 4, 26

Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Bern 2006, Art. 25 N 4

Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 895

Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, § 28 N 60 f.

# 4

## Ermittlung der Gebäudehöhe ab gewachsenem Boden

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 51/2008 des Baudepartementes vom 14. August 2008

*Die Gebäudehöhe wird nach Art. 60 BauG unter Bezug des gewachsenen Bodens ermittelt. Unter diesem Begriff ist das letzte bekannte gewachsene Terrain zu verstehen.*

*Führen kommunale Vorschriften zur Umgehung von Art. 60 BauG, sind sie nicht anwendbar.*

### Einleitung

In der Stadt St.Gallen wurde die Bewilligung für den Neubau eines Einfamilienhauses unter anderem mit der Begründung erteilt, dass die Höhenlage des Gebäudes den kommunalen Einfügevoraussetzungen entspreche.

Das Baudepartement hiess den von Anwohnern erhobenen Rekurs gut. Die Rekurrenten hatten geltend gemacht, dass nicht die Höhenlage, sondern die Gebäudehöhe massgebend sei. Diese werde vorliegend überschritten.

Der Gesuchsteller hat gegen den Entscheid des Baudepartementes Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben. Das Verfahren ist noch hängig.

### Erwägungen

#### 1. Ermittlung der Gebäudehöhe

Nach der Definition von Art. 60 BauG bezeichnet die Gebäudehöhe den senkrechten Abstand zwischen dem Niveaupunkt und dem ausgemittelten Schnittpunkt der Fassade mit der Dachoberkante in der Fassadenmitte. Als Niveaupunkt gilt der Schwerpunkt des Gebäudegrundrisses auf dem gewachsenen Boden.

Das Baugesetz gibt also vor, dass die Gebäudehöhe unter Bezug des "gewachsenen Bodens" ermittelt wird. Eine gesetzliche Definition dieses Begriffes fehlt.

#### A. Problematik beim Abstellen auf das jeweils aktuelle Terrain

Wird der Niveaupunkt auf dem jeweils aktuellen Terrain festgelegt, bemisst sich die Maximalhöhe von Neubauten von einer immer höheren Höhenkote aus. Damit würden diese Neubauten im Laufe der Jahre die umliegenden, älteren Häuser überragen – eine Folge, die mit den Prinzipien der Raumplanung nicht vereinbar ist.

Eine solche Folge kann verhindert werden, indem für die Bestimmung des Niveaupunkts auf den natürlichen Terrainverlauf abgestellt wird. Da die Gebäudehöhe sämtlicher bestehender Bauten ebenfalls aufgrund dieses natürlichen Terrains berechnet wurde, muss ein Neubau lediglich das schon damals für die Gebäudehöhe massgebende Gelände berücksichtigen. Nur so wird sichergestellt, dass sich die maximal zulässige Höhe eines Neubaus von jenem Terrainverlauf aus berechnet, welcher bereits den umliegenden Bauten zugrunde lag.

#### B. Problematik einer zeitlich starren Frist

Einige Kantone haben den Begriff des gewachsenen Bodens gesetzlich definiert als "das Terrain bei Einreichung des Baugesuchs – sofern in den letzten 10 Jahren keine Terrainveränderung erfolgte und das Terrain nicht im Hinblick auf das Bauvorhaben verändert wurde". Liegt die Umgebungsgestaltung weniger als zehn Jahre zurück, ist auf – nicht näher definierte – "frühere Verhältnisse" abzustellen.

Nach diesen kantonalen Regeln werden also selbst bekannte, nachweisbare Umgebungsgestaltungen rund um Bauten bereits zehn Jahre später massgebend für die Bemessung des Niveaupunktes und die zulässige Gebäudehöhe von Neubauten. Eine in Bezug auf die Gebäudehöhe auch nach Jahren noch homogene Überbauung wird dadurch verunmöglicht. Dies gilt nicht nur für Neubauten. So kann bei einer zeitlich starren Frist eine Erweiterung einer Wohnbaute bereits zehn Jahre nach ihrer Erstellung dazu führen, dass sich ihr Niveaupunkt neu auf das gestaltete Terrain verschiebt. Dies wiederum hat zur Folge, dass das Gebäude neu um (möglicherweise) mehrere Meter erhöht werden dürfte. Umgekehrt führen grossflächige Abgrabungen rund um Bauten (beispielsweise in Hanglagen) dazu, dass die Höhe von benachbarten Neubauten schon zehn Jahre später von diesem gestalteten (tieferen) Terrain aus berechnet werden muss.

Die Gebäudehöhen sind mit anderen Worten nach den erwähnten kantonalen Regelungen im Ergebnis einzig von der zuvor erfolgten Umge-

bungsgestaltung abhängig. Diese Folge ist mit dem Zweck des Raumplanungsrechts nicht vereinbar.

C. Bedeutung des "gewachsenen Bodens" nach st.gallischer Praxis

a. *Regel: Natürlicher Terrainverlauf*

Der gewachsene Boden entspricht nach ständiger Praxis des Baudepartementes dem natürlichen Terrainverlauf und damit jenem Gelände, wie es ohne künstliche Eingriffe des Menschen vorgefunden wird.

Geländeänderungen basieren aber nicht nur auf menschlichen Gestaltungen, sondern auch auf natürlichen Veränderungen infolge von Erosion, Hangrutschungen oder ähnlichen Naturereignissen. Der ursprüngliche Geländeverlauf kann daher – insbesondere bei der erstmaligen Überbauung eines Geländes – nur in seltenen Fällen über mehrere Jahrzehnte zurückverfolgt werden. Eine Ermittlung des ursprünglichen Terrainverlaufs ist aber etwa dann möglich, wenn das Terrain für ein früheres Bauvorhaben sorgfältig aufgenommen wurde.

Liegen keine derartigen Erhebungen vor, ist von den Umständen im Einzelfall auszugehen, wobei in erster Linie auf das letzte bekannte gewachsene Terrain abzustellen ist. Dies muss unabhängig davon gelten, ob eine (bekannte) Geländeänderung vor zehn mehr Jahren erfolgte.

b. *Ausnahme: Gestaltetes Terrain*

Das gestaltete Terrain gilt nur dann ausnahmsweise als gewachsener Boden, wenn das natürliche Terrain im Lauf der Zeit grossräumig (mehrere Parzellen umfassend, wie beispielsweise im Rahmen eines Nationalstrassenprojekts) gestaltet wurde und die Geländeänderungen durch einzelne Grundeigentümer nicht rückgängig gemacht werden können.

Bei kleinräumigen Geländeänderungen kann das gestaltete Terrain nur dann als gewachsener Boden angesehen werden, wenn die Geländeänderungen – aus Gründen, die nicht in den Verantwortungsbereich des Grundeigentümers fallen – nicht wieder hergestellt werden können oder die Wiederherstellung zu stossenden Ergebnissen führen würde.

D. Beurteilung des konkreten Falls durch das Baudepartement

a. *Natürlicher Terrainverlauf eruierbar*

Das Baudepartement stellt fest, dass die zuständige Gemeindebehörde im Mai 1977 die Erschliessungsstrasse des damals noch unüberbauten Gebiets bewilligt hatte. Gemäss den bei den Akten liegenden Querprofilen wurde die Strasse möglichst natürlich in den Hang gelegt. Es wurden

nur sehr geringfügige Anböschungen vorgenommen. Damit steht fest, dass das Strassenprojekt keine grossflächigen Geländeanpassungen erforderte.

Im Februar 1980 bewilligte die zuständige Gemeindebehörde den Bau des Einfamilienhauses auf dem heutigen Baugrundstück; im Mai 1981 wurden Geländeaufschüttungen im Norden und Westen dieses Grundstücks (nachträglich) bewilligt. Diese Geländeänderungen ermöglichen dem damaligen Bauherrn eine bessere Nutzung der Liegenschaft. Es handelt sich mit anderen Worten nicht um eine von den Behörden veranlasste, bewusste grossräumige Neugestaltung des Terrains.

Mit Hilfe der damaligen Baugesuchspläne lässt sich der ursprüngliche Verlauf des gewachsenen Bodens auf dem Baugrundstück auch heute noch feststellen. Es besteht folglich keinerlei Veranlassung, für die Bestimmung der Gebäudehöhe und dem ihr zugrunde liegenden Niveaupunkt auf den heutigen Verlauf des Terrains abzustellen.

#### *b. Vorgenommene Geländeänderungen unerheblich*

Die im Jahr 1980/1981 bewilligten Geländeanpassungen waren nach Auffassung des Baudepartementes nicht unausweichlich. Vielmehr ermöglichten sie dem damaligen Baugesuchsteller eine bessere – nicht aber die einzig mögliche – Nutzung seines Grundstücks. Es steht dem heutigen Gesuchsteller frei, die in den Jahren 1980/1981 bewilligten Geländeaufschüttungen rund um das abzubrechende Einfamilienhaus wieder rückgängig zu machen. Sein Wunsch nach einem freigelegten Erdgeschoss berechtigt ihn jedenfalls nicht dazu, dieses auf dem geschütteten Terrain zu planen.

#### *c. Überschreitung der Gebäudehöhe*

Bei einem Vergleich der geplanten Situierung des Neubaus mit dem bestehenden, abzubrechenden Wohnhaus und der Hangneigung kommt das Baudepartement zum Schluss, dass sich der Niveaupunkt des Neubaus unter jenem der bestehenden Wohnbaute befinden muss. Damit steht fest, dass der angegebene Niveaupunkt des Neubaus falsch festgelegt wurde und der geplante Neubau die zulässige Gebäudehöhe überschreitet.

## **2. Verhältnis der Gebäudehöhe zur städtischen Einfügevorschrift**

### **A. Kommunale Normen**

Die Stadt St.Gallen brachte folgende Bestimmungen ihrer Bauordnung zur Anwendung:

#### **Art. 19 BO**

<sup>1</sup>Die Höhenlage des untersten der nach Art. 13 zulässigen Geschosse ist so festzulegen, dass sich die Baute gut in das Strassen- und Siedlungsbild einfügt.

<sup>2</sup>Ergibt sich die Höhenlage nicht aus dem Strassen- und Siedlungsbild, so darf der Fussboden des untersten der nach Art. 13 zulässigen Geschosse 1,2 m über dem Niveaupunkt liegen.

<sup>3</sup>Dieses Mass darf in Hanglagen soweit überschritten werden, bis das unterste der nach Art. 13 zulässigen Geschosse im Ausmass der ordentlichen Gebäudetiefe über dem gewachsenen Terrain liegt.

#### **Art. 20 BO**

<sup>1</sup>Die Gebäudehöhe bemisst sich nach Art. 60 BauG

<sup>2</sup>Die zulässige Gebäudehöhe darf überschritten werden, soweit die Bestimmungen zur Höhenlage (Art. 19) es erfordern.

### **B. Schranken der kommunalen Gesetzgebung**

Art. 2 Abs. 1 BauG ermächtigt die politischen Gemeinden, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen öffentlichrechtliche Bauvorschriften zu erlassen. Damit wird in Übereinstimmung mit Art. 89 KV und Art. 4 GG festgehalten, dass die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden Schranken unterliegt. Auch Art. 8 BauG schreibt ausdrücklich vor, dass kommunale Normen jenen von Bund und Kanton nicht widersprechen dürfen (derogatorische Kraft des übergeordneten Rechts).

Das kantonale Recht regelt beispielsweise die Frage der Ästhetik von Bauten und Anlagen, insbesondere den Begriff der Verunstaltung, abschliessend. Gemeinden können nur für bestimmte Teile ihres Gemeindegebiets besondere, über das allgemeine Verunstaltungsverbot von Art. 93 Abs. 1 BauG hinausgehende ästhetische Anforderungen erlassen (Art. 93 Abs. 4 BauG). Es ist den Gemeinden also untersagt, Gestaltungsvorschriften über das ganze Gemeindegebiet zu erlassen.

### **C. Beurteilung des konkreten Falls durch das Baudepartement**

#### *a. Argumentation des Rekursgegners*

Nach Auffassung des Rekursgegners hat Art. 19 Abs. 1 BO nur untergeordnet ästhetischen Charakter. Der Bestimmung komme primär wohnhygienische und baupolizeiliche Bedeutung zu. Indem sich Neubauten gut ins Strassen- und Siedlungsbild einfügen müssten, werde die genügende Belichtung und Besonnung von Wohngeschossen sichergestellt. Weiter werde gewährleistet, dass Wohngeschosse nicht im Erdboden versinken und Leitungsanschlüsse ohne technischen Mehraufwand gewährleistet

werden können. Für die Bestimmung des Niveaupunkts sei gemäss Art. 19 Abs. 1 BO auf das heutige Strassen- und Siedlungsbild abzustellen.

*b. Bedeutung von Art. 19 Abs. 1 BO*

Das Baudepartement hält fest, dass sich Bauten nach Art. 19 Abs. 1 BO gut in das Strassen- und Siedlungsbild einfügen haben. Diese Bestimmung gilt für das ganze Gemeindegebiet. Es handelt sich folglich um eine über das Verunstaltungsverbot von Art. 93 Abs. 1 BauG hinausgehende, nach Art. 93 Abs. 4 BauG unzulässige positive Gestaltungsvorschrift. Art. 19 Abs. 1 BO kann nur die Bedeutung einer Ausnahmebestimmung zu der in Art. 19 Abs. 2 und 3 BO definierten Höhenlage zukommen, indem eine andere Höhenlage des untersten Vollgeschosses möglich ist, wenn die Baute ansonsten mit Blick auf das Strassen- und Siedlungsbild verunstaltend wäre.

Den Ausführungen des Rekursgegners folgt das Baudepartement nicht. Die Einfügung einer Baute ins Siedlungsbild bedeutet nicht zwingend, dass deren Wohngeschosse ausreichend belichtet und besonnt werden. Auch ist mit der Festlegung der Höhenlage noch keine Aussage über die Art der Erschliessung der Neubaute verbunden. Art. 19 Abs. 1 BO stellt vielmehr eine unzulässige, positive Gestaltungsvorschrift dar.

Unzutreffend ist schliesslich auch die Folgerung des Rekursgegners, wonach für die Bestimmung des Niveaupunktes auf das heutige Strassen- und Siedlungsbild abzustellen sei. Der Niveaupunkt wird – was auch in Art. 20 Abs. 1 BO anerkannt wird – allein durch das kantonale Recht (Art. 60 Abs. 2 BauG) bestimmt.

*c. Bedeutung von Art. 20 Abs. 2 BO*

Nach dem Gesagten ist also Art. 19 Abs. 1 BO insoweit nicht anwendbar, als eine gute Einfügung der Bauten ins Strassen- und Siedlungsbild verlangt wird. Entsprechend kann die Voraussetzung der guten Einfügung auch nicht Massstab sein für ein Abweichen von der gesetzlich festgelegten Gebäudehöhe. Insoweit Art. 20 Abs. 2 BO also zur Umgehung von Art. 60 BauG führt, ist die Bestimmung nicht anwendbar.

Hinzu kommt, dass im Baureglement nicht von Definitionen, welche das Baugesetz vornimmt, abgewichen werden darf. Art. 20 Abs. 2 BO kann folglich nur so verstanden werden, dass in Ausnahmesituationen von dem in der Bauordnung festgelegten Mass der Höhe abgewichen werden kann. Ein Abweichen ist aber grundsätzlich nur innerhalb der nach Art. 60 BauG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 BO festgelegten Grenzen möglich.

Soll das Mass der im Anhang zu Art. 13 Abs. 1 BO festgelegten maximalen Gebäudehöhe überschritten werden, müssen die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung nach Art. 77 BauG erfüllt sein. Im konkreten Fall konnte infolge Fehlens einer Ausnahmesituation für die

Überschreitung der Gebäudehöhe keine Ausnahmegewilligung erteilt werden.

#### Hinweise

GVP 2002 Nr. 12

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 77

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2007/IV/34 und 1999/I/7

# 5

## Einspracheberechtigung bei Planungszonen

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 42/2008 des Baudepartementes vom 3. Juli 2008

*Zur Erhebung einer Einsprache gegen eine erlassene Planungszone ist nur berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann. Dem Eigentümer eines ausserhalb des Planungsgebiets gelegenen Grundstückes, dem innerhalb des Planungsgebiets weder dingliche noch obligatorische Rechte an den betroffenen Grundstücken zustehen, fehlt ein solches Interesse grundsätzlich.*

### Einleitung

Zur Sicherung einer geplanten Regionalverbindungsstrasse hatte die zuständige Gemeindebehörde für ein planlich definiertes Gebiet eine Planungszone erlassen. Während der Dauer der Planungszone sollte nichts unternommen werden dürfen, was die Nutzungsplanung erschweren könnte. Diese Planungszone sollte bis zum Inkrafttreten der Baulinienpläne für die Regionalverbindungsstrasse, längstens aber für drei Jahre ab dem getroffenen Beschluss gelten, unter Vorbehalt der Verlängerung gemäss Art. 107 Abs. 2 BauG. Die erlassene Planungszone wurde öffentlich bekannt gemacht und den betroffenen Grundeigentümern angezeigt.

Während der Einsprachefrist erhob der Eigentümer eines ausserhalb der Planungszone gelegenen Grundstückes Einsprache und verlangte deren Aufhebung. Die zuständige Gemeindebehörde trat auf seine Einsprache nicht ein.

Gegen diesen Nichteintretensentscheid erhob der Grundeigentümer Rekurs beim Baudepartement, wiederum mit dem Antrag auf Aufhebung der Planungszone. Zur Begründung machte er geltend, sein Grundstück sei zwar nicht direkt von der Planungszone betroffen, es liege aber nur 20 m vom Plangebiet entfernt. Als Anstösser sei er zur Einsprache berechtigt. Die Aussicht, dass in unmittelbarer Nähe eine stark befahrene Strasse gebaut werde, verringere den Wert seines Grundstückes. Zudem könne er nicht mehr unbeschwert bauliche Massnahmen treffen, weil diese auf Grund des beabsichtigten Strassenbaus wertlos werden könnten oder wegen allfälliger Lärmschutzvorkehrungen eventuell sogar wieder beseitigt werden müssten.

Das Baudepartement hat den Rekurs abgewiesen und den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid bestätigt.

## Erwägungen

Der Rekurrent rügt, dass die Vorinstanz auf seine Einsprache nicht eingetreten ist. Als direkter Anstösser zum Plangebiet glaubt er, zum Rekurs berechtigt zu sein.

### **1. Voraussetzung der Einspracheberechtigung im Allgemeinen: Schutzwürdiges Interesse**

Die Einspracheberechtigung richtet sich nach Art. 45 VRP. Demnach kann Rekurs bzw. Einsprache erheben, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut.

Die Rechtsmittelbefugnis des Nachbarn hängt davon ab, ob bei ihm räumlich die erforderliche enge nachbarliche Beziehung zum Baugrundstück bzw. zum Plangebiet gegeben ist und ob er durch den Sachentscheid der Vorinstanz in höherem Ausmass als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit in eigenen, aktuellen tatsächlichen oder rechtlichen Interessen beeinträchtigt wird.

Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Anfechtung dem Rechtsmittelkläger in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation bringen würde.

### **2. Einspracheberechtigung bei Planungszonen im Besonderen**

Ob die Einspracheberechtigung gegen eine Planungszone gegeben ist, hängt davon ab, ob der Einsprecher an einem Grundstück innerhalb oder ausserhalb des betroffenen Planungsgebiets berechtigt ist. Dies wiederum hängt mit den Wirkungen der Planungszone zusammen.

#### **A. Wirkung der Planungszone**

##### **a. Grundstücke innerhalb des Planungsgebiets**

Die Planungszonen im Sinn von Art. 27 RPG, Art. 103 StrG und Art. 105 ff. BauG stellen öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkun-

gen dar und treffen somit in erster Linie Eigentümer und Personen, die an Grundstücken, die innerhalb des Gebiets der Planungszone liegen, dinglich oder obligatorisch berechtigt sind.

Die Festsetzung von Planungszone bewirkt kein absolutes Bauverbot. Die Planungszone stellt eine vorsorgliche, sichernde Massnahme dar und verschafft dem im Entstehen begriffenen Nutzungsplan lediglich eine gewisse (negative) Vorwirkung. Sie ändert das geltende Recht nicht, sondern schränkt es in seiner Anwendbarkeit nur insoweit ein, als innerhalb der Planungszone nichts unternommen werden darf, was die geplante Nutzung erschweren und den Planungszweck beeinträchtigen könnte.

#### *b. Grundstücke ausserhalb des Planungsgebiets*

Ausserhalb des Plangebiets hat die Planungszone keinerlei Wirkung. Namentlich bewirkt sie auf die Nachbargrundstücke keine Eigentumsbeschränkung. Will der Eigentümer auf seinem Grundstück ausserhalb der Planungszone etwas bauen, so ist die Baubewilligung dafür ungeachtet der mit der Planungszone gesicherten Nutzungsplanung zu erteilen. Die Baubehörde prüft einzig, ob andere im öffentlichen Recht begründete Hindernisse vorliegen (Art. 87 Abs. 1 BauG).

Anders als im Baubewilligungsverfahren, in dem Anstössern nach Art. 82 BauG in einem Umkreis von 30 m vom Baugesuch Kenntnis zu geben ist, müssen geplante Nutzungspläne und erlassene Planungszone den benachbarten Grundeigentümern nicht angezeigt werden.

Materiell hängt die Einsprache- und Rekursbefugnis des Eigentümers einer benachbarten Liegenschaft davon ab, ob die Planfestsetzung ihn in seinen verfassungsmässigen Rechten verletzt, weil dadurch Normen, die auch seinem Schutz dienen, nicht mehr oder in geänderter Form gelten würden oder weil sie die Nutzung seiner Liegenschaft beschränken. In beiden Fällen reicht die Anfechtungsbefugnis nur so weit, als die Auswirkungen des Plans auf das eigene Grundstück in Frage stehen. Beschwerden, die zur Wahrung des allgemeinen Interesses eingereicht wurden oder die den Schutz bloss tatsächlicher Interessen bezwecken, sind hingegen unzulässig.

#### **B. Beurteilung im konkreten Fall**

Das Grundstück des Rekurrenten liegt ausserhalb der Planungszone. Er weist nicht nach, dass er im Planungsgebiet sonst über dingliche Rechte verfüge. Auch auf obligatorische Rechte (Miete, Pacht) an Grundstücken im Planungsgebiet beruft sich der Rekurrent nicht. Als Eigentümer eines ausserhalb der Planungszone gelegenen Grundstücks ist er nicht stärker von dieser Planungszone und den der daraus fliessenden öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung betref-

fen als die Allgemeinheit. Mit der Verhinderung der Planungszone vermöchte er daher keinen handfesten Vorteil für sich zu erzielen.

Da dem Rekurrenten die erforderliche Einspracheberechtigung fehlte, ist die Vorinstanz nach Auffassung des Baudepartements zu Recht nicht auf seine Einsprache eingetreten.

#### Hinweise

BGE 133 II 357

Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Bern 2006, Art. 27 N 27

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 204, 236, 933

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

P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2002, S. 220