



Juristische Mitteilungen 2009 / I

Inhalt

Natur- und Heimatschutzrecht

- 1 Beizug eidgenössischer Gutachter erforderlich? 2

Baurecht

- 2 Privat betriebenes Wohn- und Pflegeheim
in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen 8
- 3 Ermittlung der Gebäudehöhe bei Pultdächern 12
- 4 Gastgewerbepatent nur bei rechtskräftiger Baubewilligung 15

Umweltschutzrecht

- 5 Reduktion der Strahlenbelastung beim Mobilfunk 20

Öffentliches Beschaffungswesen

- 6 Keine nachträgliche Ergänzung des Rechtsbegehrens
im Beschwerdeverfahren 23

Verwaltungsverfahrensrecht

- 7 Nutzungsverbot während hängigem Verfahren 25

Landwirtschaftsrecht

- 8 Die Abparzellierung von landwirtschaftlichen Grundstücken
– Ziel, Anforderungen und Vorgehen 31

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

1

Beizug eidgenössischer Gutachter erforderlich?

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Bundesgerichtes vom 16. Mai 2007 (1A.11/2007; 1P.23/2007)

Gestützt auf das Natur- und Heimatschutzgesetz kann nur dann ein Gutachten einer eidgenössischen Kommission gefordert werden, wenn eine Erfüllung einer Bundesaufgabe vorliegt und das Vorhaben ein in einem Bundesinventar aufgeführtes Objekt von nationaler Bedeutung betrifft.

Ist eine amtliche Mehrfachbefassung (beispielsweise der kantonalen Denkmalpflege) systembedingt und damit unvermeidlich, liegt keine unzulässige Vorbefassung im Sinn von Art. 29 Abs. 1 BV vor.

Einleitung

In den Rechtsmittelverfahren vor Baudepartement wurde in letzter Zeit wiederholt die Einholung eines Gutachtens der eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD) oder der Eidgenössischen Kommission für Natur- und Heimatschutz (ENHK) gefordert. Begründet wird dieses Begehren unter anderem damit, dass sich die kantonale Denkmalpflege bereits im Baubewilligungsverfahren zu den Fragen der Ästhetik und des Ortsbildschutzes geäußert habe, weshalb sie im Rekursverfahren vorbefasst sei und in den Ausstand treten müsse.

Das Bundesgericht hatte sich in einem wegweisenden Entscheid aus dem Jahr 2007 mit dieser Problematik auseinandergesetzt.

Erwägungen

1. Sachverhalt

Die IG Wellness beabsichtigte die Errichtung einer Wellness-Anlage im Dorfkern von Samedan/GR. Hierzu führte sie einen Architektur-Wettbewerb durch. Die Jury, in der auch die kantonale Denkmalpflege vertreten war, erkor das Siegerprojekt und empfahl es zur Realisierung.

Gegen das Baugesuch gingen verschiedene Einsprachen ein. Die Gemeinde erteilte die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen, nachdem sie zuvor ein Gutachten der kantonalen Denkmalpflege eingeholt hatte.

Vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden beantragten verschiedene Anwohner die Einholung eines neutralen Sachverständigen-gutachtens zu den umstrittenen Fragen der Ästhetik und des Ortsbildschutzes. Das Verwaltungsgericht wies diesen Beweisantrag mit der Begründung ab, dass keine konkreten Anhaltspunkte bestünden, die geeignet wären, Zweifel an der Objektivität und Zuverlässigkeit der Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflege zu begründen.

Gegen diesen verwaltungsgerichtlichen Entscheid erhoben die Anwohner Verwaltungsgerichtsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht. Beantragt wurde unter anderem eine Begutachtung durch die EKD und die ENHK.

2. Vorgeschriebene Begutachtung durch EKD/ENHK

Art. 7 Abs. 2 NHG schreibt die Begutachtung durch eine Bundeskommission vor, sofern bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe ein Objekt, das in einem Inventar des Bundes nach Artikel 5 aufgeführt ist, erheblich beeinträchtigt werden kann oder sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen stellen.

Die Entscheidbehörde ist also nur dann verpflichtet, ein Gutachten einer eidgenössischen Kommission einzuholen, wenn es um die Erfüllung einer Bundesaufgabe geht und ein in einem Bundesinventar aufgenommenes Objekt vom Bauvorhaben betroffen ist.

A. Erfüllung einer Bundesaufgabe

Was unter der Erfüllung einer Bundesaufgabe zu verstehen ist, führt Art. 2 Abs. 1 NHG in nicht abschliessender Weise aus. Zu den Bundesaufgaben im Bereich des Natur- und Heimatschutzes nach Art. 78 Abs. 2 BV gehört unter anderem:

- die Planung, Errichtung und Veränderung von Werken und Anlagen durch den Bund, seine Anstalten und Betriebe, wie Bauten und Anlagen der Bundesverwaltung, Nationalstrassen, Bauten und Anlagen der Schweizerischen Bundesbahnen (Bst. a)
- die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen, wie zum Bau und Betrieb von Verkehrsanlagen und Transportanstalten (mit Einschluss der Plangenehmigung), von Werken und Anlagen zur Beförderung von Energie, Flüssigkeiten oder Gasen oder zur Übermitt-

lung von Nachrichten sowie Bewilligungen zur Vornahme von Rodungen (Bst. b)

- die Gewährung von Beiträgen an Planungen, Werke und Anlagen, wie Meliorationen, Sanierungen landwirtschaftlicher Bauten, Gewässerkorrekturen, Anlagen des Gewässerschutzes und Verkehrsanlagen (Bst. c)

Der Erfüllung von Bundesaufgaben gleichgestellt sind Entscheide kantonalen Behörden über Vorhaben, die voraussichtlich nur mit Beiträgen nach Art. 2 Abs.1 Bst. c NHG verwirklicht werden (Art. 2 Abs. 2 NHG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt unter anderem auch die Prüfung der Voraussetzungen und die Handhabung von Art. 24 RPG als Erfüllung einer Bundesaufgabe.

Ist für die Erfüllung der Bundesaufgabe der Kanton zuständig, hat die zuständige kantonale Fachstelle zu beurteilen, ob eine Begutachtung durch eine Kommission erforderlich ist (Art. 7 Abs. 1 NHG). Im Kanton St. Gallen ist für diesen Entscheid je nach betroffenem Bundesinventar (siehe nachfolgender Abschnitt) eine andere Amtsstelle zuständig, beispielsweise das Amt für Natur-, Jagd und Fischerei oder die kantonale Denkmalpflege.

B. Objekt in einem Bundesinventar

Der Bundesrat erstellt nach Anhören der Kantone Inventare von Objekten von nationaler Bedeutung. Dabei kann er sich auf bestehende Inventare von staatlichen Institutionen und von Organisationen stützen, die im Bereich des Naturschutzes, des Heimatschutzes oder der Denkmalpflege tätig sind (Art. 5 Abs. 1 NHG).

Bundesinventare sind beispielsweise das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) oder das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN).

C. Keine Begutachtungspflicht im konkreten Fall

Das Dorf Samedan wird im Anhang der Verordnung vom 9. September 1981 über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (VISOS) als schützenswertes Ortsbild von nationaler Bedeutung genannt. Im dazugehörigen Bundesinventar (ISOS) wird der Dorfkern als Gebiet mit dem Erhaltungsziel A qualifiziert.

Das Bundesgericht stellte fest, dass es beim streitigen Bauvorhaben um eine privat betriebene Wellness-Anlage und nicht um ein Werk oder eine Anlage des Bundes handle. Diese Anlage werde innerhalb der Bauzone errichtet und sei entsprechend im ordentlichen Baubewilligungsverfahren bewilligt worden. Damit sei weder Bst. a noch Bst. b oder Bst. c von Art. 2

Abs. 1 NHG einschlägig. Es handle sich nicht um die Erfüllung einer Bundesaufgabe, weshalb das Verwaltungsgericht auch nicht verpflichtet gewesen sei, gemäss Art. 7 NHG ein Gutachten einer eidgenössischen Kommission einzuholen.

3. Fakultative Begutachtung durch EKD/ENHK

Der ENHK und der EKD kommen nach Art. 25 Abs. 1 NHV insbesondere folgende Aufgaben zu:

- a. sie beraten die Departemente in grundsätzlichen Fragen des Naturschutzes, des Heimatschutzes und der Denkmalpflege;
- b. sie wirken beratend mit beim Vollzug des NHG;
- c. sie wirken mit bei der Vorbereitung und Nachführung der Inventare von Objekten von nationaler Bedeutung;
- d. sie begutachten Fragen des Naturschutzes, des Heimatschutzes und der Denkmalpflege zuhanden der Behörden des Bundes und der Kantone, die Bundesaufgaben nach Artikel 2 NHG zu erfüllen haben (Art. 7 und 8 NHG);
- e. sie erstatten besondere Gutachten (Art. 17a NHG), sofern ein Vorhaben, das keine Bundesaufgabe nach Artikel 2 NHG darstellt, ein Objekt beeinträchtigen könnte, das in einem Inventar des Bundes nach Artikel 5 NHG aufgeführt oder anderweitig von besonderer Bedeutung ist.

Die eidgenössischen Kommissionen sind also von Gesetzes wegen gehalten, auch dann eine Begutachtung vorzunehmen, wenn zwar keine Bundesaufgabe erfüllt wird aber dennoch ein Objekt beeinträchtigt werden könnte, welches in einem Bundesinventar aufgeführt oder sonstwie von besonderer Bedeutung ist (Art. 25 Abs. 1 Bst. e NHV). Eine derartige Begutachtung erfolgt von sich aus oder auf Ersuchen Dritter und setzt die Zustimmung des Kantons voraus (Art. 17a NHG).

Zu beachten ist auch, dass es der Behörde nach Art. 12 Abs. 1 VRP freisteht, zur Sachverhaltsermittlung Amtsberichte oder Sachverständige beizuziehen. Das Verwaltungsgericht hat kürzlich entschieden, dass es insofern im pflichtgemässen Ermessen der Entscheidbehörde steht, auch dann ein Gutachten der EKD oder der ENHK einzufordern, wenn das Vorhaben keine Bundesaufgabe darstellt und das betroffene Objekt weder in einem Inventar des Bundes aufgeführt noch sonstwie von besonderer Bedeutung ist.

4. Unzulässige Vorbefassung der kantonalen Denkmalpflege?

Der Beizug einer eidgenössischen Kommission kann dann erforderlich werden, wenn die Stellungnahmen der kantonalen Sachverständigen

(beispielsweise der kantonalen Denkmalpflege) aufgrund von Art. 29 Abs. 1 BV nicht berücksichtigt werden dürfen.

Fraglich ist beispielsweise, ob die Denkmalpflege aufgrund von Äusserungen in der Projektierungsphase vorbefasst ist, weshalb ihre Teilnahme am späteren Baubewilligungsverfahren den Anspruch der Bürger auf ein faires und gerechtes Verfahren verletzt.

A. Nutzen eines frühzeitigen Beizugs der Denkmalpflege

Durch den frühzeitigen Beizug der Fachbehörden kann verhindert werden, dass die Bauherrschaft Zeit und Aufwand in ein aus Ortsbildschutzgründen nicht bewilligungsfähiges Projekt investiert.

Gleichzeitig kann vermieden werden, dass die erst zu einem späteren Zeitpunkt beigezogenen Behörden - insbesondere die Denkmalpflege - faktisch unter Druck gesetzt werden, ein nicht wirklich befriedigendes Projekt aufgrund bereits getätigter grosser Aufwendungen bewilligen "zu müssen".

B. Verfahrensgarantien nach Bundesrecht

Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Zudem hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegen, wenn dieser bereits in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst war und dabei eine ähnliche oder qualitativ gleiche Frage zu beurteilen hatte.

Diese Rechtsprechung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Gerichtsbehörden kann jedoch nicht ohne Weiteres auf Verwaltungsverfahren übertragen werden. Vielmehr müssen die Anforderungen an die Unparteilichkeit von Verwaltungs- und Exekutivbehörden in jedem Einzelfall, unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation, ermittelt werden. Eine amtliche Mehrfachbefassung bedeutet nach der Rechtsprechung zumindest dann keine unzulässige Vorbefassung im Sinn von Art. 29 Abs. 1 BV, wenn sie systembedingt und damit unvermeidlich ist.

C. Keine unzulässige Vorbefassung im konkreten Fall

Das Bundesgericht stellte fest, dass der Mitarbeitende der kantonalen Denkmalpflege nicht als Privatperson, sondern als Vertreter der Denkmalpflege in der Preisjury Einsitz genommen hatte. Seine Teilnahme sollte sicherstellen, dass die Interessen des Denkmal- und des Ortsbildschutzes schon bei der Auswahl des Projekts gebührende Beachtung fanden. Der kantonale Denkmalpfleger äusserte sich somit bereits im Rahmen des Architekturwettbewerbs zu Fragen, die ihm dann im späteren Baubewilligungsverfahren unterbreitet wurden. Durch seine Zustimmung zum Siegerprojekt brachte er zum Ausdruck, dass er das Vorhaben - auch aus Sicht von Ortsbildschutz und Denkmalpflege - für gelungen erachtete. Insofern war zu erwarten, dass auch seine Stellungnahme im Baubewilligungsverfahren - von Detailkritik abgesehen - grundsätzlich positiv ausfallen würde.

Da jedoch das Baugesetz der Gemeinde Samedan den frühzeitigen Bezug der kommunalen und kantonalen Fachstellen für Ortsbildschutz und Denkmalpflege in gewissen Fällen schon in der Projektierungsphase vorschreibt, entsprach es nach Ansicht des Bundesgerichtes Sinn und Zweck dieser Bestimmungen, die Fachbehörden für Ortsbild- und Denkmalschutz bereits im Projektwettbewerb zu beteiligen. Die Mitwirkung der kantonalen Denkmalpflege am Wettbewerb entspreche den gesetzlichen Vorgaben, weshalb dieser Umstand allein keinen Ausschlussgrund für das anschliessende Baubewilligungsverfahren darstellen könne.

Das Verwaltungsgericht hatte somit zu Recht die bei den Akten liegende Stellungnahme des kantonalen Denkmalpflegers trotz dessen Tätigkeit als Juror des Architekturwettbewerbs berücksichtigt. Es war daher nicht verpflichtet, dem Antrag der Beschwerdeführer auf Einholung eines Gutachtens der EKD/ENHK stattzugeben.

Hinweise

BGE 131 I 113; 125 I 119; 127 II 273; 114 Ib 268

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2008/100 vom 16. Dezember 2008

GVP 2001 Nr. 12

Jean-Baptiste Zufferey in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer [Hrsg.], Kommentar NHG, Zürich 1997, N 7 zu Art. 2 NHG

B. Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 150 ff.

2

Privat betriebenes Wohn- und Pflegeheim in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen

Zusammenfassung

Entscheid Nr. 10/2009 des Baudepartementes vom 27. Februar 2009

Ein Wohn- und Pflegeheim, das von einer privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaft im Auftrag der Gemeinde erstellt und betrieben wird, ist in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zonenkonform.

Entscheidend für die Beurteilung der Zonenkonformität ist allein die Zweckbestimmung der geplanten Baute. Diese muss einem breiten Bedürfnis der Allgemeinheit entsprechen. Nicht massgebend ist ihre eigentumsmäßige Zugehörigkeit oder die Grösse ihres Benutzerkreises.

Einleitung

Eine Gemeinde hatte die Führung des bisher selbst betriebenen Alters- und Pflegeheims einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft übertragen. Dieser wurde gleichzeitig der Auftrag erteilt, auf einem von der Gemeinde im Baurecht zur Verfügung gestellten, in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen gelegenen Grundstück ein neues Pflegeheim mit Alterswohnungen zu erstellen.

Die beauftragte Aktiengesellschaft reichte daraufhin ein Baugesuch für den Neubau eines Wohn- und Pflegeheims mit 13 Wohnungen, 33 Pflegezimmern, einer öffentlichen Cafeteria, Infrastrukturräumen, Räumen für Spitem, Spielgruppe und Ludothek, einer Tiefgarage sowie Nebengebäuden ein, das von der Gemeinde bewilligt wurde.

Gegen die erteilte Baubewilligung erhoben die Nachbarn und unterlegenen Einsprecher Rekurs beim Baudepartement. Zur Begründung brachten sie vor, das private Wohn- und Pflegeheim sei in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen nicht zonenkonform. Der Bau des Heims liege weder im öffentlichen Interesse noch befriedige dieses ein Bedürfnis der Allgemeinheit.

1. Zonenkonformität: Funktionaler Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck

Zentrale und allgemeine Bauvoraussetzung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG).

Die abstrakte Zonenkonformität ergibt sich aus dem Nutzungsplan und den zugehörigen Nutzungsvorschriften. Sie ist nicht schon damit erwiesen, dass das Bauwerk dem Zonenzweck - besonders was Immissionen angeht – nicht entgegensteht. Die Zonenkonformität verlangt vielmehr einen positiven, funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck.

2. Zonenzweck der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen

Nach Art. 18 BauG sind Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen für bestehende und künftige öffentliche Bauten und Anlagen bestimmt.

A. Beispiele zulässiger Bauten und Anlagen

Als Bauten und Anlagen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und daher in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zonenkonform sind, kommen unter anderem Schulhäuser, Kirchen, Friedhöfe, Sportanlagen, Spielplätze, Freibäder, Kurhäuser, Pflegeheime und dergleichen in Frage.

B. Beurteilungskriterien: Öffentliches Interesse und allgemeines Bedürfnis

Dem Zonenzweck entsprechend müssen Bauten oder Anlagen im öffentlichen Interesse liegen und ein allgemeines Bedürfnis befriedigen. Sie sollen grundsätzlich der Allgemeinheit dienstbar sein und nicht nur einem privilegierten, bestimmt eingegrenzten Personenkreis.

Es ist nicht gefordert, dass die Baute oder Anlage im Eigentum des Gemeinwesens steht. Denkbar ist auch eine private Trägerschaft.

Weil für die Frage der Zonenkonformität in einer Zone für öffentliche Bauten und Anlagen weder die eigentumsmäßige Zugehörigkeit der Sache noch die Grösse ihres Benutzerkreises, sondern allein ihre Zweckbestimmung massgebend ist, ist auch eine Baute mit einem beschränkten

Benutzerkreis in dieser Zone zulässig, sofern sie im Dienst einer öffentlichen Aufgabe steht. So kann eine Schulsportanlage neben Unterrichtszwecken für gewisse Zeit auch ausschliesslich für die Mitglieder eines privaten Vereins zur Verfügung stehen. Auch ist es möglich, ein Alterswohnheim in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zu realisieren, in dem wesensmässig einzelne Nutzniesser zeitweilig die Sache in ausschliesslicher Weise nutzen können.

3. Beurteilung durch das Baudepartement

A. Bereitstellung altersgerechter Wohn- und Pflegeplätze als öffentliche Aufgabe

Für das bisher von der politischen Gemeinde betriebene Alters- und Pflegeheim mit 40 Zimmern ergab eine Projektstudie im Jahr 2001, dass sich ein erneuter Umbau des fast 100-jährigen und mehrfach umgenutzten Gebäudes im Vergleich zu einem Neubau, namentlich aus betrieblicher Sicht, nicht mehr lohnen würde. Gemeinderat und Bevölkerung erarbeiteten darauf ein neues Altersleitbild und kamen im Jahr 2003 zum Schluss, dass in der Gemeinde zusätzlich Alterswohnungen mit Betreuungsmöglichkeiten nötig seien.

Mit Vereinbarung vom März/April 2007 wurde der beauftragten privatrechtlichen Aktiengesellschaft per 1. Januar 2008 die Führung des noch bestehenden Alters- und Pflegeheims übertragen. Gleichzeitig verpflichtete sich diese, bis Ende des Jahres 2011 auf dem von der Gemeinde zur Verfügung gestellten Grundstück ein neues Heim mit 33 bis 44 Betten zu bauen und dort die fachgerechte Pflege und ganzheitliche Betreuung für die betagten, vorrangig aus der eigenen Gemeinde stammenden Bewohnerinnen und Bewohner zu gewährleisten. Die politische Gemeinde verpflichtete sich im Gegenzug, für die Dauer des entsprechenden Baurechtsvertrags weder ein eigenes Wohn- und Pflegeheim zu errichten oder zu betreiben, noch eine Kooperation mit anderen Heimbetrieben einzugehen.

Mit der geplanten Infrastrukturbau, die das gemeindeeigene Alters- und Pflegeheim ersetzen und nicht - wie die Rekurrenten offenbar glauben – ergänzen soll, erfüllt die politische Gemeinde ihren gesetzlichen und politischen Auftrag, Wohnungen und Pflegeplätze für Senioren und Betagte anzubieten.

Die Aufgaben der anderen Institutionen, die zusätzlich im geplanten Gebäude untergebracht werden sollen, wie Spitex, Spielgruppe und Ludothek, liegen ebenfalls im öffentlichen Interesse.

B. Fortdauernde Aufsicht durch die Gemeinde

Die politische Gemeinde bleibt auf Grund einer Leistungsvereinbarung zudem Aufsichtsorgan über das Heim, auch wenn die beauftragte privatrechtliche Aktiengesellschaft das Wohn- und Pflegeheim auf eigene Kosten und Risiken betreibt. So wird die Aufsicht dem Heimrat obliegen, der - wie die bisherige Betriebskommission - aus zwei Mitgliedern des Gemeinderates und drei weiteren vom Gemeinderat gewählten Mitgliedern bestehen wird.

Auch die Heimtaxen und Pflorgetarife werden nicht von der privaten Trägerin frei bestimmt. Diese haben sich laut Leistungsvereinbarung vielmehr im regionalen Rahmen zu bewegen, der durch die Tarife der nahegelegenen Referenzheime bestimmt wird.

C. Offener Benützerkreis

Hinzu kommt, dass die privatrechtlich organisierte Betreiberin des Alters- und Pflegeheims, die Spitex, die Spielgruppe und die Ludothek nicht frei entscheiden, welche Personen ihre Einrichtungen nutzen und ihre Dienstleistungen in Anspruch nehmen dürfen und was sie dafür verlangen wollen. Das Heim steht vielmehr allen betagten Einwohnerinnen und Einwohnern, vorab der Gemeinde und bei Möglichkeit sämtlichen Einwohnerinnen und Einwohnern der Region offen.

D. Fazit: Öffentliches Bedürfnis gegeben

Daraus folgt, dass mit dem Neubau für das Wohn- und Pflegeheim und den verschiedenen Nebennutzungen öffentliche Bedürfnisse der Gemeinde und der näheren Region befriedigt werden. Dieser ist daher in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zonenkonform.

Hinweise

GVP 1983 Nr. 16

P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl. Bern 2008, S. 196

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 387

D. Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Zürich 2000, S. 28

3

Ermittlung der Gebäudehöhe bei Pultdächern

Zusammenfassung

Entscheid Nr. 2/2009 des Baudepartementes vom 28. Januar 2009

Massgebender oberer Bezugspunkt für die Ermittlung der Gebäudehöhe bei Pultdächern ist das Mittel der Schnittpunkte aller traufseitigen Fassaden mit der Dachoberkante in der Fassadenmitte.

Die teilweise angewandte Praxis, bei Pultdächern die tiefere Gebädefassade der Gebäudehöhe und die höhere Gebädefassade der Firsthöhe zuzuordnen, lässt sich mit Art. 60 BauG nicht vereinbaren.

Einleitung

Gegen eine Baubewilligung zur Erstellung einer Gewerbehalle mit Pultdach war ein Rekurs erhoben worden, in dem unter anderem die Überschreitung der reglementarisch zulässigen Gebäudehöhe gerügt worden war.

Die Vorinstanz hatte die Bewilligung mit der Begründung erteilt, dass sie bei Pultdächern praxismässig die tiefere Fassade der Gebäude- und die höhere Fassade der Firsthöhe zuordne. Die reglementarische Gebäudehöhe werde so zwar um 17 cm überschritten, diese geringe Höhenüberschreitung könne aber ausnahmsweise bewilligt werden, weil sie keine wesentlichen Interessen der Nachbarn verletze. Zudem werde die Firsthöhe bei weitem nicht ausgeschöpft.

Erwägungen

1. Ermittlung der Gebäudehöhe im Allgemeinen

Nach 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.

2. Anwendung bei Pultdächern

Der Wortlaut von Art. 60 BauG, der die Ermittlung der Gebäudehöhe im Allgemeinen zum Gegenstand hat, gibt keine Auslegungshilfe dafür, welche Fassade zur Ermittlung der Gebäudehöhe als Bezugsgrösse dienen soll. Dafür ist auf die Zweckrichtung der Gesetzesbestimmung abzustellen.

A. Einbezug aller Fassaden

Die Vorschrift über die Gebäudehöhe dient nicht allein dem Schutz der Interessen eines bestimmten, d.h. des direkt betroffenen Nachbarn. Im Gegensatz zu einem Grenz- und Gebäudeabstand wirkt sich die Gebäudehöhe nach allen Richtungen und Seiten aus. Aus diesem Grund sollen die Interessen aller Nachbarn (Luft, Licht usw.) und die Interessen der Allgemeinheit (Ortsbild, Ortsplanung, allgemeine Sicherheit usw.) gewahrt werden.

Es ist deshalb sinnvoll und zweckmässig, bei der Ermittlung der Gebäudehöhe nicht nur auf eine Fassade, sondern grundsätzlich auf alle Fassaden abzustellen.

B. Oberer Bezugspunkt: Mittel der Schnittpunkte aller Fassaden

Als oberer Bezugspunkt für die Ermittlung der Gebäudehöhe ist nicht der tiefst- oder höchstgelegene Schnittpunkt der Fassade mit der Dachoberkante in der Fassadenmitte massgebend. Vielmehr wird vom Mittel der Schnittpunkte aller Fassaden mit der Dachoberkante in der Fassadenmitte ausgegangen.

Diese Messweise ist nach der vom Verwaltungsgericht als richtig bestätigten Auffassung des Baudepartements auch bei Pultdächern grundsätzlich als zutreffende Auslegung zu betrachten.

Da bei einem Pultdach die beiden giebelseitigen Fassaden kongruent sind und die Höhe der beiden Schnittpunkte stets identisch auf der Höhe des Mittels der beiden Traufseiten liegt, können die giebelseitigen Fassaden bei der Berechnung des Mittels der Schnittpunkte aller Fassaden ausgeblendet werden. Es genügt daher, die Schnittpunkte auf den Traufseiten in die Berechnung einzubeziehen.

3. Beurteilung durch das Baudepartement

Das Baudepartement stellte fest, dass die reglementarisch erlaubte Gebäudehöhe in der Wohn-Gewerbezone WG2, wo die Gewerbehalle er-

stellt werden sollte, 8 m beträgt. Das Pultdach sollte von der 8,17 m hohen Südfassade bis zur 10,65 m hohen Nordfassade ansteigen. Mit der daraus ausgemittelten Gebäudehöhe von 9,41 m war die höchstzulässige Höhe klar überschritten.

An dieser Beurteilung ändert auch nichts, dass – wie von der Bauherrschaft geltend gemacht – statt des geplanten Pultdachs ein (a)symmetrisches Satteldach mit einer Firsthöhe von 12 m errichtet werden könnte, womit statt des Pultdachgebäudes ein höheres und voluminöseres Gebäude mit Giebeldach gebaut werden könnte. Bauprojekte müssen so beurteilt werden, wie sie sich auf Grund der eingereichten und von der Vorinstanz beurteilten Projektplänen darstellen. Sonst müssten regelmässig baurechtswidrige Bauten bewilligt werden, sofern theoretisch ein grösseres, regelbaukonformes Bauvorhaben denkbar wäre. Flachdachbauten z.B. müssten mit dieser Begründung die Gebäudehöhe grundsätzlich nicht einhalten, weil innerhalb der theoretischen Firsthöhe immer ein höheres Gebäude mit Schrägdach und einem grösseren Gebäudevolumen möglich wäre.

Da der nachgesuchte Pultdachbau die vorgeschriebene Gebäudehöhe überschritt und kein Grund für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vorlag, wurde der Rekurs gutgeheissen und die erteilte Baubewilligung aufgehoben.

Hinweise

VerwGE vom 21. Dezember 1987 i.S. P.G.J., S. 12

4

Gastgewerbepatent nur bei rechtskräftiger Baubewilligung

Quelle und Zusammenfassung

Urteile des Verwaltungsgerichts B 2008/90 und 91 vom 19. Februar 2009

Das Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung ist Voraussetzung für die Erteilung eines Gastgewerbepatents.

Aus der Tatsache, dass ein möglicherweise baurechtswidriger Zustand während Jahren geduldet wurde, kann kein Anspruch auf eine Patenterteilung oder -verlängerung abgeleitet werden.

Einleitung

Ein seit Jahrzehnten bestehender Restaurationsbetrieb wurde im Laufe der Zeit ausgebaut und erweitert. Für die gastgewerbliche Nutzung in ihrer heutigen Ausprägung liegt keine rechtskräftige Baubewilligung vor.

Das Verwaltungsgericht hatte zu prüfen, ob die zuständige Gemeindebehörde zu Recht trotz hängigem, nachträglichem Baubewilligungsverfahren das Gastgewerbepatent verlängert hatte.

Erwägungen

1. Baubewilligungspflicht für Gastwirtschaften

Das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen ist baubewilligungspflichtig (Art. 78 Abs. 1 BauG). Für die Beurteilung der Bewilligungspflicht ist entscheidend, ob mit dem Vorhaben so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die nicht abschliessende Aufzählung von Art. 78 Abs. 2 BauG sieht unter anderem für Neu-, Um-, An-, Auf- und Nebenbauten (Bst. a) aber auch für gewisse Zweckänderungen eine Baubewilligungspflicht vor (Bst. o).

Baubewilligungspflichtig sind aber auch Vorhaben, die zusätzliche Immissionen zur Folge haben (beispielsweise Gesuche um verlängerte Öffnungszeiten). Zwar ist Art. 70 Bst. a BauG aufgehoben und materiell durch das Umweltschutzgesetz und die dazugehörigen Verordnungen weitgehend abgelöst worden. Formell jedoch beurteilt sich der öffentlich-rechtliche Immissionsschutz nach wie vor im Baubewilligungsverfahren, zumal dieses Verfahren die Einsprachemöglichkeit der Nachbarn im Sinn von Art. 54 USG gewährleistet.

2. Patentrecht für gastgewerbliche Tätigkeit

Gewerbmässig ausgeübte gastgewerbliche Tätigkeiten in einem Betrieb sind patentrechtlich (Art. 1 Bst. a, Art. 3 Bst. a und Art. 4 Bst. a GWG). Unter den Begriff des Betriebs fällt die Zusammenfassung personeller und sachlicher Mittel zu einem wirtschaftlichen Zweck.

A. Gewerbepatent als Polizeierlaubnis

Sowohl bei der Baubewilligung als auch beim Gastgewerbepatent handelt es sich um eine sogenannte Polizeierlaubnis.

Die Polizeierlaubnis ist die Verfügung, die auf Gesuch hin eine aus polizeilichen Gründen unter Bewilligungspflicht stehende Tätigkeit zulässt, weil die zum Schutz der Polizeigüter aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieser Tätigkeit erfüllt sind. Für die Polizeierlaubnis ist charakteristisch, dass die darum ersuchende Person einen Rechtsanspruch auf Erteilung besitzt, wenn sie die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Der Entscheid darüber, ob die Erlaubnis erteilt wird oder nicht, liegt also in der Regel nicht im Ermessen der Bewilligungsbehörde.

B. Voraussetzungen einer Patenterteilung

Ein Patent wird einer natürlichen Person erteilt, sofern sie bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Die für die Patenterteilung zuständige kommunale Stelle (Art. 6 GWG) hat zu prüfen, ob diese Anforderungen im konkreten Fall gegeben sind. Das Patent wird für längstens fünf Kalenderjahre erteilt. Es kann erneuert werden (Art. 10 GWG).

Sind die Voraussetzungen der Erteilung nicht mehr erfüllt, hat die zuständige kommunale Stelle das Patent dem jeweiligen Inhaber zu entziehen (Art. 13 Abs. 1 GWG).

a. *Persönliche Voraussetzungen (Art. 7 und 8 GWG)*

Das Gastgewerbegesetz verlangt für die Patenterteilung vorab die Erfüllung konkreter persönlicher Anforderungen wie die Handlungsfähigkeit oder die Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung.

b. *Bau-, feuer- und lebensmittelpolizeilicher Vorschriften (Art. 9 GWG)*

Der nachgesuchten gastgewerblichen Nutzung dürfen aber auch keine bau-, feuer- oder lebensmittelpolizeilichen Vorschriften entgegenstehen (Art. 9 GWG). Kann der Nachweis, dass die entsprechenden Anforderungen erfüllt sind, nicht erbracht werden, fällt die Erteilung eines Patents ausser Betracht.

Art. 9 GWG will im öffentlichen Interesse sicherstellen, dass die gastgewerbliche Nutzung von Flächen im Innen- und Aussenbereich einer Baute, für die um ein Patent nachgesucht wird, nach den Vorgaben des Bau-, Feuer- und Lebensmittelpolizeirechts zulässig ist. Die Bestimmung lässt aber offen, unter welchen Voraussetzungen dieser Nachweis als erbracht gelten kann.

Fest steht jedenfalls, dass rechtskräftige Verfügungen anderer Behörden in diesem Zusammenhang nicht zu hinterfragen sind, sofern nicht triftige Gründe dafür sprechen. Eine rechtskräftige Baubewilligung beispielsweise ist Beleg für die Beachtung bau- und feuerpolizeilicher Anforderungen.

3. Patentverlängerung kraft Vertrauensschutz?

Der Nachweis, dass eine gastgewerbliche Nutzung unter baurechtlichen Gesichtspunkten zulässig ist, erweist sich insbesondere dann als schwierig, wenn die Erteilung eines Patents für die Weiternutzung von Bauten und Anlagen zur Diskussion steht, für die keine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt, die aber schon länger ganz oder teilweise der Ausübung gastgewerblicher Tätigkeiten gedient haben.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes kann indessen aus der Tatsache, dass die zuständige Gemeindebehörde einen möglicherweise baurechtswidrigen Zustand über längere Zeit hinweg duldete, nicht gefolgert werden, der gastgewerblichen Nutzung stünden im Sinn von Art. 9 GWG keine baupolizeilichen Vorschriften entgegen. Bis zum rechtskräftigen Abschluss des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens steht eben nicht fest, in welchem Ausmass und unter welchen Gesichtspunkten der heutige Zustand baurechtskonform ist. Folglich kann auch erst nach Abschluss des Baubewilligungsverfahrens beurteilt werden, inwiefern die seit Jahren praktizierte gastgewerbliche Nutzung unter bau- und planungsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig ist.

4. "Provisorisches" Patent während hängigem nachträglichem Baubewilligungsverfahren?

Nach Art. 18 Abs. 1 VRP kann die Behörde zur Erhaltung des Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen. Beim Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sind die Interessen des Gesuchstellers gegen die Interessen der übrigen Beteiligten und der Öffentlichkeit abzuwägen.

Ergibt sich für den Betroffenen aus der Unmöglichkeit der Berufsausübung während der Dauer des Baubewilligungsverfahrens eine aktuelle und schwer wiedergutzumachende Beeinträchtigung seiner Interessen, kann – sofern diese Beeinträchtigung nicht durch ein erhebliches öffentliches Interesse gerechtfertigt ist – die vorläufige Zulassung einer bewilligungspflichtigen Berufsausübung in Betracht kommen.

Das Verwaltungsgericht folgert aus Art. 18 Abs. 1 VRP und aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass die Baubehörde bei nachträglichem Baugesuchen darüber zu befinden habe, ob in bestimmten Bereichen der bereits erstellten Bauten und Anlagen unter gewissen Bedingungen eine gastgewerbliche Nutzung zulässig ist. Zu denken ist beispielsweise an einen Restaurationsbetrieb, der über eine rechtskräftige Baubewilligung für 100 Sitzplätze verfügt und nun für die Erweiterung auf 150 Sitzplätze ein nachträgliches Baugesuch eingereicht hat. Das bisherige Patent ist abgelaufen. Im Sinn einer vorsorglichen Massnahme könnte diesfalls im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens festgestellt werden, dass die gastgewerbliche Nutzung im Umfang von 100 Plätzen zulässig ist. Ein Patent für diese 100 Plätze kann jedoch erst nach Rechtskraft der vorsorglichen Massnahme ausgestellt werden.

5. Ungerechtfertigte Patenterteilung im konkreten Fall

Die zuständige Gemeindebehörde verlängerte der langjährigen Pächterin ihr Patent zur Führung der Gastwirtschaft im Januar 2008. Zu jenem Zeitpunkt waren die Bauten und Anlagen der Liegenschaft, die seit längerer Zeit zum gastgewerblich genutzten Betrieb gehören, Gegenstand eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens.

Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass die Gemeindebehörde zu Unrecht davon ausgegangen sei, die baurechtlichen Voraussetzungen im Sinn von Art. 9 GWG für eine künftige gastgewerbliche Nutzung seien erfüllt und der Erneuerung des Patents stehe unter dem Gesichtspunkt des Gastwirtschaftsrechts nichts entgegen.

Hinweise

BGE 119 Ib 226

ABI 1994/2457

GVP 2005 Nr. 25; 1996 Nr. 104

Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 2523 und 3534

E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1985, N 10 zu §§ 130-133

B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 376 und 847

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen St. Gallen 2003, Rz. 1107 ff.

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2005/I/8

5

Reduktion der Strahlenbelastung beim Mobilfunk

Zusammenfassung

Die Strahlenbelastung durch ein Mobiltelefon ist grundsätzlich bedeutend höher als diejenige durch die zum Betrieb erforderlichen Mobilfunkantennen.

Eine Reduktion der Gesamtbelastung lässt sich erreichen, wenn die Distanz zwischen Telefonbenutzer und Mobilfunkantennenanlagen gering gehalten wird, indem diese möglichst zentral im Nutzerkreis errichtet werden.

Erläuterungen

1. Begrenzung der Strahlenbelastung bei Mobilfunkantennen

Die Verordnung über nichtionisierende Strahlung (NISV) regelt die zulässige Belastung durch elektrische und magnetische Felder mit Frequenzen von 0 Hz bis 300 GHz, die durch den Betrieb ortsfester Anlagen erzeugt werden.

Mobilfunkantennenanlagen (Basisstationen) sind ortsfeste Anlagen, welche die durch die NISV festgesetzten Grenzwerte einzuhalten haben.

Die NISV regelt die zulässige Belastung durch ortsfeste Anlagen zweistufig.

A. Erste Stufe: Einhaltung des Immissionsgrenzwerts

Für die erste Stufe gilt der Immissionsgrenzwert (IGW), der überall eingehalten werden muss, wo sich Menschen aufhalten können.

Die Einhaltung des Immissionsgrenzwerts gibt Gewähr, dass nach dem Stand der Wissenschaft und der Erfahrung die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört wird.

B. Zweite Stufe: Einhaltung des Anlagegrenzwerts

Die zweite Stufe stützt sich auf das im Umweltschutzgesetz verankerte Vorsorgeprinzip. Der rund zehn Mal tiefere Anlagegrenzwert (AGW), der z.B. für eine UMTS-Anlage bei 6 V/m liegt, soll allfällige neue Erkenntnisse über mögliche Schäden abdecken.

Der Anlagegrenzwert bezieht sich nur auf die Belastung durch eine einzelne Anlage und gilt nur an Orten mit empfindlicher Nutzung, wie z. B. Wohnräume.

C. Positive Erfahrungswerte

Die Erfahrung hat gezeigt, dass die Mobilfunkantennenanlagen die in der NSIV festgelegten Immissions- sowie Anlagegrenzwerte in der Regel mühelos einhalten. Experten schätzen, dass nur etwa 1 % der Bevölkerung einer Feldstärke von 1 V/m ausgesetzt ist. Für alle Anderen liegt die Belastung sogar noch tiefer.

2. Strahlenbelastung beim Betrieb von Mobiltelefonen

Vom Anwendungsbereich der NISV und damit von den dort festgelegten Grenzwerten ausgenommen ist die Strahlung, die von den Mobiltelefonen erzeugt werden. Sie stellen keine ortsfesten Anlagen im Sinn der Verordnung dar. Dennoch geht von ihnen eine Strahlenbelastung aus.

Mobiltelefon und Mobilfunkantennenanlage (Basisstation) bestehen im Wesentlichen aus je einer Sende- und einer Empfangseinheit. Generell gilt, dass die grösste Strahlenbelastung jeweils in unmittelbarer Nähe des Senders entsteht.

Die Exposition beim mobilen Telefonieren unterscheidet sich aber in mehreren Aspekten von der Exposition gegenüber einer Basisstation. Wird beim Telefonieren keine Freisprechvorrichtung benützt, hält man das Mobiltelefon wie gewohnt an das rechte oder linke Ohr. Dadurch wird die betreffende Kopfseite einem verhältnismässig starken Feld ausgesetzt, das bis zu etwa 50 V/m betragen kann. Aus diesem Grund hat die bisherige Forschung vor allem mögliche Effekte im Zusammenhang mit der Kopfbelastung untersucht, wie z.B. Hirntumore, Hirnströme und kognitive Verarbeitungsprozesse.

Interessant ist nun ein Vergleich zwischen der Belastung einer Basisstation mit derjenigen des Mobiltelefons bezogen auf die Kopfpartie. Eine einzige Minute telefonieren kann ungefähr die gleiche Belastungsdosis erzeugen, wie wenn man 1000 Minuten einer Basisstation ausgesetzt ist.

3. Reduktion der Strahlenbelastung durch zentrale Standortwahl von Mobilfunkantennen

Auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass auch am Kopf die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden, ist es im Sinn der Vorsorge doch ratsam, die Belastung möglichst tief zu halten. Dies wird unter anderem erreicht, wenn die Basisstation möglichst zentral im Nutzerkreis steht, weil dann das Mobiltelefon infolge der kurzen Sendedistanz weniger Sendeleistung braucht. Mobiltelefon und Basisstation sind nämlich schon aus ökonomischen und funktechnischen Gründen so ausgerüstet, dass sie die Sendeleistung stetig dem Bedarf anpassen.

Das oft gehörte und vielfach geglaubte Argument, dass die Bevölkerung besser vor den Strahlen geschützt wird, wenn die Basisstation weit weg von den Nutzern platziert wird, ist daher nicht richtig. Es gilt vielmehr: Je kürzer die Distanz zwischen Basisstation und Telefonbenutzer, desto geringer die erforderliche Sendeleistung und die daraus resultierende Strahlenbelastung.

6

Keine nachträgliche Ergänzung des Rechtsbegehrens im Beschwerdeverfahren

Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2008/161 vom 19. Februar 2009

Im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen der Vergabebehörde ist eine nachträgliche Ergänzung und Erweiterung des Rechtsbegehrens nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht zulässig.

Einleitung

Im Rahmen einer Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren stellte die beschwerdeführende unterlegene Anbieterin zusätzliche, in der Beschwerdeschrift noch nicht enthaltene weitere Rechtsbegehren, unter anderem auch ein Begehren um Zusprechung von Schadenersatz. Das Verwaltungsgericht trat auf diese zusätzlichen Rechtsbegehren nicht ein.

Erwägungen

1. Formale Beschwerdeanforderungen im Allgemeinen

Nach Art. 5 Abs. 1 EGöB richtet sich der Rechtsschutz nach den Bestimmungen der IVöB.

Nach Art. 15 Abs. 3 IVöB sind Beschwerden schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen. Neben dem Erfordernis der Schriftlichkeit und der Frist enthält die IVöB keine weiteren Bestimmungen über die formalen Anforderungen an eine Beschwerde. Ergänzend sind daher die Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegesetzes anzuwenden.

Nach Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP hat die Beschwerde gewissen inhaltlichen Mindestanforderungen zu genügen. Eine Beschwerde muss einen Antrag, eine Darstellung des Sachverhalts und eine Begründung enthalten.

2. Einschränkung der Spezialnorm von Art. 15 Abs. 3 IVöB

Die von der Beschwerdeführerin in ihrer Vernehmlassung vom 5. November 2008 gestellten zusätzlichen vier Anträge waren in ihrer Beschwerdeeingabe vom 8. September 2008 nicht enthalten.

Die in der Praxis auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 VRP gestützte Möglichkeit, eine Beschwerdeschrift und mithin auch ein Rechtsbegehren nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zu ergänzen, wird durch die Spezialnorm von Art. 15 Abs. 3 IVöB beschränkt. Die Verankerung einer kurzen Rechtsmittelfrist und die ausdrückliche Anforderung einer begründeten Beschwerde bedeuten, dass innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen eine vollständige Beschwerdeschrift mit Antrag, Darstellung des Sachverhalts und Begründung einzureichen und eine nachträgliche Ergänzung und Erweiterung des Rechtsbegehrens nicht zulässig ist. Wenn eine Verfügung mangelhaft begründet ist und ihre Motive erst in der Beschwerdeantwort dargelegt werden, so erhält die Beschwerdeführerin zwar Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen und damit ihre Beschwerde gleichsam zu ergänzen. Das Rechtsbegehren kann aber nicht mehr erweitert werden. Vorliegend besteht nach Auffassung des Verwaltungsgerichts kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

3. Unzulässigkeit nachträglicher Schadenersatzbegehren

Zu Art. 4 Abs. 2 EGöB merkt das Verwaltungsgericht zudem an, dass dieser ausdrücklich bestimmt, dass Schadenersatzbegehren bereits mit der Beschwerde zu stellen sind. Hätte der Gesetzgeber ein nachträgliches Geltendmachen von Schadenersatz als zulässig betrachtet, wäre Art. 4 Abs. 2 EGöB anders formuliert worden. Auch der erst in der Vernehmlassung gestellte Antrag auf Zusprechung von Schadenersatz wurde daher als verspätet erachtet und nicht darauf eingetreten.

Hinweise

GVP 2001 Nr. 18

Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 582

Galli/ Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2007, Rz. 948

Cavelti/ Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 911 f.

7

Nutzungsverbot während hängigem Verfahren

Quelle und Zusammenfassung

Verwaltungsgericht, Präsidialurteil B 2009/2 vom 16. Februar 2009

Ist eine Baute oder deren Nutzung formell nicht bewilligt, kann die Nutzung während des hängigen Bewilligungsverfahrens untersagt werden.

Einleitung

Ein Bauunternehmer ist Eigentümer einer der Landwirtschaftszone zugeordneten Liegenschaft. Im Mai 2006 reichte er der zuständigen Gemeindebehörde ein Baugesuch ein für den Umbau eines rund 75 m² umfassenden Bereichs seines Wohnhauses in eine gewerblich genutzte "Wellness-Oase". Der Umbau war zu diesem Zeitpunkt bereits fertiggestellt.

Im November 2007 verweigerte die Gemeinde unter Hinweis auf die kantonale Beurteilung die nachträgliche Bewilligung. Ein gewerblicher Vorbestand sei nicht nachweisbar. Die nun vorgenommene vollständige Zweckänderung in eine Wellness-Oase sei nicht mehr mit dem Kriterium der teilweisen Änderung vereinbar, weshalb hierfür keine nachträgliche Zustimmung erteilt werden könne.

Das vom Gesuchsteller in der Folge angerufene Baudepartement bestätigte im Dezember 2008 den kommunalen Entscheid und verfügte für die Dauer des Verfahrens ein teilweises Nutzungsverbot, indem es die gewerbliche Nutzung der Liegenschaft für Therapie- und Wellnessangebote ab dem 1. April 2009 untersagte.

Das Verwaltungsgericht hatte unter anderem über dieses Nutzungsverbot zu befinden. Das Urteil des Verwaltungsgerichtes wurde an das Bundesgericht weitergezogen. Das Verfahren ist noch hängig.

1. **Sicherung bedrohter Interessen während hängigem Verfahren**

Gewichtige öffentliche Interessen können die Einhaltung der Rechtsordnung bereits während eines Baubewilligungs- oder Rechtsmittelverfahrens gebieten. Der Gesetzgeber stellt zur umgehenden Behebung von rechtswidrigen Zuständen mehrere Instrumente zur Verfügung.

A. Entzug der aufschiebenden Wirkung (Art. 51 VRP)

Ist eine positive Verfügung (z.B. Baubewilligung) umstritten, kann die Bewilligungsbehörde die Behebung eines rechtswidrigen Zustands erwirken, indem sie einem Rekurs ans Baudepartement die aufschiebende Wirkung entzieht. Gelangt die Bewilligungsbehörde beispielsweise zur Überzeugung, dass infolge Einsturzgefahr einer Liegenschaft umgehend mit Sanierungsarbeiten begonnen werden muss, kann sie unter Umständen gestützt auf Art. 51 VRP die sofortige Vollstreckbarkeit ihres Beschlusses anordnen.

Während nach der alten Fassung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes das Kriterium der "Gefahr" für die Aufhebung der aufschiebenden Wirkung und die sofortige Vollstreckbarkeit galt, wurde die Regelung mit dem V. Nachtrag zum Verwaltungsrechtspflegegesetz, der am 1. März 2007 in Kraft trat, flexibler gestaltet. Im Sinn eines Ermessenskriteriums wird in Art. 51 Abs. 1 VRP nunmehr das Vorliegen von "wichtigen Gründen" verlangt. Als wichtiger Grund gilt insbesondere ein öffentliches Interesse, das den sofortigen Vollzug einer Verfügung verlangt.

In Rechtsmittelverfahren steht das Recht, die sofortige Vollstreckbarkeit anzuordnen, der Rekurs- beziehungsweise der Beschwerdeinstanz zu (Art. 51 VPR in Verbindung mit Art. 64 VRP).

B. Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Art. 18 VRP)

a. *Sekundärer einstweiliger Rechtsschutz*

Auch bei negativen Verfügungen (z.B. verweigerte nachträgliche Baubewilligung) können öffentliche Interessen die umgehende Behebung eines rechtswidrigen Zustands gebieten. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung greift hier ins Leere.

Daher wird in diesen Fällen ein bestehendes schutzwürdiges Interesse an der vorläufigen Festlegung der angeordneten Rechtsfolgen durch gleich-

zeitige Anordnung einer positiven vorsorglichen Massnahme – beispielsweise eines Nutzungsverbots für die bereits erstellten Bauten oder Anlagen – befriedigt.

b. Primärer einstweiliger Rechtsschutz

Die Bewilligungsbehörde hat aber auch die Möglichkeit, schon für die Dauer des Bewilligungsverfahrens – also noch vor dem Entscheid in der Hauptsache – ein Nutzungsverbot zu erlassen. Hierbei handelt es sich um eine separate Anordnung noch vor Erlass der dauerhaften Verfügung, die lediglich die Sicherung bestimmter Zustände in Hinblick auf die spätere Verfügung zum Ziel hat.

Die gleiche Befugnis kommt auch den Rechtsmittelinstanzen zu.

2. Nutzungsverbot als vorsorgliche Massnahme

A. Voraussetzung: Interessenabwägung

Bei einem Nutzungsverbot bis zur rechtskräftigen Erteilung oder Verweigerung einer (nachträglichen) Baubewilligung handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme.

Nach Art. 18 Abs. 1 VRP kann die Behörde zur Erhaltung des Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen. Vorsorgliche Massnahmen sind dazu bestimmt, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen. Beim Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sind die Interessen des Gesuchstellers gegen die Interessen der übrigen Beteiligten und der Öffentlichkeit abzuwägen. In die Interessenabwägung können – mit der erforderlichen Zurückhaltung – auch die Aussichten des Verfahrensausgangs in der Hauptsache einbezogen werden.

Die Erstellung einer Baute und die Nutzung der selben sind nicht gleich zu beurteilen. Insbesondere ist ein Nutzungsverbot nicht als Sanktion wegen nicht bewilligter Bautätigkeit oder Zweckänderung angeordnet werden, ist doch das öffentliche Interesse am Verbot der Nutzung einer formell widerrechtlichen Baute in der Regel anders zu gewichten als dasjenige am Verhindern einer solchen Baute. Zur Sanktion nicht bewilligter Bautätigkeit sehen Art. 132 BauG und Art. 292 StGB Strafbestimmungen vor. Für die Anordnung eines Nutzungsverbots hingegen ist entscheidend, ob hinreichende Gründe bestehen, einen Zustand einstweilen zu erhalten oder rechtliche Interessen zu sichern.

B. Separat anfechtbare Verfügung

Das Nutzungsverbot ist entweder als separate Verfügung auszugestalten oder aber im Hauptentscheid in einer separaten Ziffer zu verfügen.

Rekurse gegen von Gemeindebehörden verfügte Nutzungsverbote müssen innert 5 Tagen bei der in der Hauptsache zuständigen Rekursinstanz erhoben werden (Art. 47 Abs. 2 VRP). Wird das Nutzungsverbot von der Rekursinstanz angeordnet, ist eine allfällige Beschwerde innert 5 Tagen beim Präsidenten des Verwaltungsgerichtes einzureichen (Art. 60 Abs. 1 Bst. b VRP).

a. *Beginn des Nutzungsverbots*

Die Interessenabwägung kann es gebieten, für den Beginn des Nutzungsverbots ein bestimmtes Datum in der Zukunft zu wählen. Wird beispielsweise die gewerbliche Nutzung eines Restaurationsbetriebs untersagt, ist zu berücksichtigen, dass möglicherweise bereits Termine mit Kunden vereinbart wurden.

b. *Dauer des Nutzungsverbots*

Als vorsorgliche Massnahme gilt das Nutzungsverbot während der Dauer "des Verfahrens". Für Gemeindebehörden empfiehlt es sich, in ihrem Sachentscheid (Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung) auch über Wiederherstellungsmassnahmen zu befinden. Das Nutzungsverbot gilt alsdann bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

C. Wird mit einem Nutzungsverbot die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln unterlaufen?

Einem Rekurs ans Baudepartement kommt – wie auch der Beschwerde ans Verwaltungsgericht – von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 51 VRP, Art. 64 Abs. 1 VRP). Dies bedeutet, dass der angefochtene Entscheid während der Dauer des Verfahrens noch keine Wirkungen entfalten kann.

Wird eine Baubewilligung erteilt, darf vor Abschluss des Rechtsmittelverfahrens nicht mit dem Bau begonnen werden. Auch wenn eine Baubewilligung verweigert und Wiederherstellungsmassnahmen angeordnet werden, ist diese Frage vor Abschluss des Rechtsmittelverfahrens noch nicht definitiv entschieden. Ob und in welchem Umfang die ohne Baubewilligung vorgenommenen Umbauarbeiten rückgängig gemacht werden müssen, ist bis zum Abschluss der Rechtsmittelverfahren ungewiss. Die aufschiebende Wirkung hat jedoch nach der Rechtsprechung nicht zur Folge, dass der Rechtsmittelkläger während der Dauer des Verfahrens so gestellt wird, wie wenn seinem abgelehnten Begehren entsprochen wor-

den wäre. Zur Vermeidung einer derartigen Folge, beziehungsweise zur Erhaltung eines Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen, kann der Erlass eines Nutzungsverbots erforderlich sein.

Wird also ein Entscheid mit einem Nutzungsverbot verbunden, führt dies nicht dazu, dass die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels unterlaufen wird.

3. Beurteilung des konkret angeordneten Nutzungsverbots

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass aufgrund der Akten eine Bewilligung von gewerblichen Bauten oder Nutzungen nicht ausgewiesen sei. Allein die Bezeichnung als Abstellraum und Werkstatt in Plänen, Baugesuchsunterlagen oder Schätzungskatastern vermöge eine vorbestandene gewerbliche Nutzung nicht nachzuweisen. Ob eine derartige Nutzung vorliege, sei mit der Hauptsache zu entscheiden. Solange aber diese Frage nicht geklärt sei, sei eine gewerbliche Nutzung der Liegenschaft formell als unzulässig zu betrachten.

Weiter hielt das Verwaltungsgericht fest, dass eine formell nicht bewilligte Baute oder deren Nutzung während des hängigen Bewilligungsverfahrens untersagt werden könne. Im konkreten Fall komme hinzu, dass nach der Rechtsprechung an der Durchsetzung der raumplanungsrechtlichen Vorschriften und am Grundsatz der Trennung von landwirtschaftlicher und nichtlandwirtschaftlicher Nutzung ein erhebliches öffentliches Interesse bestehe. Dieses öffentliche Interesse überwiege jenes des Beschwerdeführers an der Nutzung der Wellness-Oase während des hängigen Verfahrens. Das Nutzungsverbot greift nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtes ohnehin nur in geringer Weise in die Rechte des Beschwerdeführers ein, zumal damit keine irreversiblen Massnahmen (wie beispielsweise die Entfernung von ohne Bewilligung erstellten Bauteilen) verbunden seien. Hinzu komme, dass ein Eigentümer, der ohne Bewilligung ein Bauvorhaben verwirklicht, grundsätzlich nicht besser gestellt werden dürfe als jener, der ordnungsgemäss vor der Realisierung seines Vorhabens eine Baubewilligung einholt.

Die Beschwerde gegen das Nutzungsverbot wurde abgewiesen.

Hinweise

GVP 2000 Nr. 48; 1980 Nr. 49

R. Kiener, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St.Gallen 2008, N 7 zu Art. 55

F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 246

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 1096 und 1107 ff.

B. Heer, St.Gallisches Bau und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1202 ff.

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2007/II/20; 2001/I/8

8

Die Abparzellierung von landwirtschaftlichen Grundstücken – Ziel, Anforderungen und Vorgehen

Zusammenfassung

Landwirtschaftliche Gebäude, die nicht mehr zweckentsprechend genutzt werden, können aus dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) entlassen werden, wenn sie aufgrund einer zukunftsgerichteten Beurteilung als für eine rentable und existenzsichernde landwirtschaftliche Nutzung entbehrlich erscheinen.

Die Bewilligungsbehörden haben sich in erster Linie an den Vorgaben des Raumplanungsgesetzes zu orientieren. Das bodenrechtliche ist mit dem raumplanungsrechtlichen Verfahren zu koordinieren. Voraussetzung einer Abparzellierung von landwirtschaftlichen Gebäuden mit Umschwung ist eine Umnutzungsbewilligung nach Art. 24a oder Art. 24d RPG, beziehungsweise eine Feststellungsverfügung nach Art. 24c RPG.

Einleitung

Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke haben das Recht, das kantonale Landwirtschaftsamt (LWA) um Abparzellierung eines Bereichs ihrer Liegenschaft zu ersuchen – beispielsweise eines Wohn- oder allenfalls auch eines Ökonomiegebäudes samt Umschwung. Sind die boden- sowie die raumplanungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, besteht auf die Erteilung einer entsprechenden Bewilligung ein Rechtsanspruch mit der Folge, dass das abparzellierte Grundstück aus dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht entlassen wird.

Für den Verkäufer ist eine solche Abparzellierung darum interessant, weil er damit unter anderem die Freiheit erhält, seinen Käufer frei zu wählen und auch bezüglich Preisgestaltung keinerlei Einschränkungen mehr unterworfen ist.

1. Geltungsbereich des BGG

Dem BGG unterstehen einzelne oder zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörende Grundstücke, die ausserhalb einer Bauzone im Sinn des Raumplanungsgesetzes liegen und für welche die landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGG). Dem BGG unterstehen zudem auch bestehende Gebäude ausserhalb der Bauzonen, deren landwirtschaftliche Nutzung rechtmässig ist und die auch tatsächlich landwirtschaftlich genutzt werden.

Ebenso fallen in den Geltungsbereich des BGG Grundstücke mit gemischter Nutzung, die nicht in einen landwirtschaftlichen und einen nichtlandwirtschaftlichen Bereich aufgeteilt sind (Art. 2 Abs. 2 Bst. d BGG) und gemischte Gewerbe, wenn deren landwirtschaftlicher Charakter überwiegt (Art. 7 Abs. 5 BGG). Gemischte Nutzungen entstehen häufig dadurch, dass ehemals landwirtschaftlich gebrauchte Wohn- oder Ökonomiegebäude leerstehen oder bestimmungswidrig anderen Zwecken, namentlich Wohnzwecken dienen. Dies schliesst nicht aus, dass heute nicht mehr landwirtschaftlich genutzte Wohn- und Ökonomiegebäude künftig wieder bestimmungsgemäss genutzt werden könnten.

Für die Anwendbarkeit des BGG auf die genannten Grundstücke spielt es keine Rolle, ob darauf befindliche Gebäude seinerzeit zonenkonform oder im Ausnahmerecht bewilligt worden sind (Art. 22 und 24 RPG) oder sich kraft Bestandesschutz dort befinden.

2. Ziel der Abparzellierung: Erleichterung des Rechtsverkehrs

Der dritte Titel des BGG unterwirft den Rechtsverkehr mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken verschiedenen öffentlichrechtlichen Beschränkungen.

A. Realteilungs- und Zerstückelungsverbot

Grundsätzlich untersagt ist unter anderem die Abtrennung einzelner Grundstücke oder Grundstücksteile von einem landwirtschaftlichen Gewerbe (Realteilungsverbot) oder die Aufteilung eines landwirtschaftlichen Grundstücks in Teilstücke unter 25 Aren Wies- bzw. unter 10 Aren Rebland (Zerstückelungsverbot; Art. 58 Abs. 1 und 2 BGG).

B. Bewilligungspflichtiger Erwerb

Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks oder Gewerbes ist grundsätzlich bewilligungspflichtig (Art. 61 BGG). Eine solche Erwerbsbewilligung wird grundsätzlich nur erteilt, wenn

- der Erwerber Selbstbewirtschafter (Landwirt) ist (Art. 63 Abs. 1 Bst. a BGG),
- der vereinbarte Preis nicht übersetzt ist, also nicht höher ist als 5% über dem Mittel der Preise für vergleichbare landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke in der betreffenden Gegend liegt (Art. 63 Abs. 1 Bst. b in Verbindung mit Art. 66 BGG) und
- das zu erwerbende Grundstück innerhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs des Gewerbes des Erwerbers liegt (Art. 63 Abs. 1 Bst. d BGG).

C. Einhaltung der pfandrechtlichen Belastungsgrenze

Zur Verhütung der Überschuldung ist die Belastung von landwirtschaftlichen Grundstücken mit Pfandrechten nur beschränkt, nämlich bis zur Belastungsgrenze, möglich (Art. 73 Abs. 1 BGG). Diese entspricht der Summe des um 35 Prozent erhöhten landwirtschaftlichen Ertragswerts.

D. Wegfall der Beschränkungen mit erfolgter Abparzellierung

Durch die Abparzellierung eines Teils von einem landwirtschaftlichen Grundstück oder Gewerbe entsteht ein neues Grundstück. Mit Rechtskraft der Bewilligung zur Abparzellierung wird dieses neu geschaffene Grundstück samt den sich darauf befindlichen Gebäuden aus dem Geltungsbereich des BGG "entlassen". Gleichzeitig entfallen auch die daraus im Rechtsverkehr zu beachtenden öffentlichrechtlichen Beschränkungen. Das neue Grundstück ist damit nicht nur an Nichtlandwirte veräusserbar, Verkäufer und Käufer sind auch in der Preisbildung frei. Zudem entfällt die Beschränkung der Belastung mit Grundpfandrechten. Dies eröffnet einem Nichtlandwirt die Möglichkeit, das für allenfalls am neu erworbenen Gebäude geplante bauliche Massnahmen erforderliche Bankdarlehen höher besichern zu können.

Zonenrechtlich verbleibt das neue Grundstück jedoch nach wie vor in der Landwirtschaftszone.

3. Voraussetzungen für eine Abparzellierung von Landwirtschaftsland

- A. Nach Landwirtschaftsrecht: Entbehrliche Objekte ohne landwirtschaftliche Nutzung

Voraussetzung für eine Abparzellierung von landwirtschaftlichen Liegenschaften ist eine Ausnahmebewilligung vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot nach Art. 60 BGG. Diese wird durch das LWA erteilt.

Der wichtigste Ausnahmegrund, um vom grundsätzlich geltenden vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot (Art. 58 BGG) abzuweichen, besteht darin, dass das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück in einen Teil innerhalb und in einen Teil ausserhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes aufgeteilt wird (Art. 60 Abs. 1 Bst. a BGG).

Beim Entscheid über die Entlassung aus dem BGG ist nicht einfach der aktuelle Zustand massgebend. Massgeblich ist vielmehr, ob die abzuparzellierenden Objekte für die künftige Bewirtschaftung unentbehrlich sind und der betroffene Landwirtschaftsbetrieb auch ohne sie wirtschaftlich rentabel und existenzsichernd ist. Diese Kriterien kommen allerdings erst dann zum Zug, wenn die Bewilligungsbehörde um Entlassung aus dem Geltungsbereich des BGG ersucht wird und feststeht, dass die landwirtschaftliche Nutzung aufgehört hat. Nur in einem solchen Fall rechtfertigt sich eine Ausnahmebewilligung vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot.

- B. Nach Raumplanungsrecht: Umnutzungsbewilligung nach Art. 24a oder Art. 24d RPG/ Feststellungsverfügung nach Art. 24c RPG

Das bäuerliche Bodenrecht regelt den Rechtsverkehr mit landwirtschaftlichen Gewerben und landwirtschaftlichen Grundstücken. Ob eine landwirtschaftsfremde Nutzung von Bauten und Anlagen zulässig ist, beantwortet hingegen das Raumplanungsrecht.

Wie erwähnt, stellt sich in der Praxis die Frage einer Abparzellierung häufig dann, wenn Bauten oder Anlagen ausserhalb Bauzonen an Nichtlandwirte veräussert werden sollen. Ein landwirtschaftliches Gewerbe besteht in der Regel aus einem Wohngebäude und einem oder mehreren Ökonomiegebäuden (Stall, Remise, Garage etc.).

Raumplanungsrechtlich relevant ist die Umnutzung von Ökonomiegebäuden ohne oder mit baulichen Massnahmen (Art. 24a RPG bzw. Art. 24a RPG in Verbindung mit Art. 24d Abs. 1bis RPG) sowie die Umnutzung von Wohngebäuden ohne oder mit untergeordneten baulichen Massnahmen nach Art. 24d RPG. Die genannten Bestimmungen haben zum Ziel,

die Zweckänderung von der landwirtschaftlichen zur nichtlandwirtschaftlichen Nutzung zuzulassen. Voraussetzung für eine Abparzellierung von landwirtschaftlichen Gebäuden mit Umschwung ist mithin eine Umnutzungsbewilligung nach Art. 24a oder Art. 24d RPG – oder aber eine Feststellungsverfügung nach Art. 24c RPG.

a. Umnutzung von Ökonomiebauten (Art. 24a RPG)

Nach Art. 24a Abs. 1 RPG können Bauten und Anlagen umgenutzt werden, wenn keine baulichen Massnahmen erforderlich sind, und wenn:

- a. dadurch keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen; und
- b. die Bewilligung nach keinem anderen Bundeserlass unzulässig ist.

Bei umzunutzenden Ökonomiebauten sind grundsätzlich sämtliche bau-
bewilligungspflichtigen Massnahmen unzulässig.

Davon ausgenommen sind einzig der Einbau von anrechenbarem Wohnraum als Erweiterung der Wohnnutzung einer angebauten Wohnbaute (Art. 24c oder 24d RPG in Verbindung mit Art. 42 bzw. 42a RPV) sowie bauliche Massnahmen zur hobby-mässigen Tierhaltung für Bewohnerinnen und Bewohner einer nahe gelegenen Wohnbaute unter Gewährleistung einer besonders tierfreundlichen Haltung (Art. 24d Abs. 1bis RPG in Verbindung mit Art. 42b und c RPV).

b. Umnutzung landwirtschaftlicher Wohnbauten (Art. 24d RPG)

Bei Wohnbauten, die am 1. Juli 1972 noch landwirtschaftlich genutzt und mithin zonenkonform waren, erfordert die Umnutzung eine Bewilligung nach Art. 24d Abs. 1 und 3 RPG. Ebenfalls davon betroffen sind nach dem 1. Juli 1972 erstellte zonenkonforme Wohnbauten, die für landwirtschaftliche Wohnzwecke nicht mehr benötigt werden.

Nach Art. 24d Abs. 1 RPG können in landwirtschaftlichen Wohnbauten, die in ihrer Substanz erhalten sind, landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen zugelassen werden. Bewilligungen dürfen nur erteilt werden, wenn:

- a. die Baute oder Anlage für den bisherigen Zweck nicht mehr benötigt wird, für die vorgesehene Nutzung geeignet ist und keine Ersatzbaute zur Folge hat, die nicht notwendig ist;
- b. die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert bleiben;
- c. höchstens eine geringfügige Erweiterung der bestehenden Erschliessung notwendig ist und sämtliche Infrastrukturkosten, die im Zusammenhang mit der vollständigen Zweckänderung der Bauten und Anlagen anfallen, auf deren Eigentümer überwältzt werden;

- d. die landwirtschaftliche Bewirtschaftung des umliegenden Grundstücks nicht gefährdet ist;
- e. keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

Art. 24d RPG setzt voraus, dass die Wohnbaute in ihrer Substanz erhalten ist. Die statisch wichtigen Teile des Gebäudes müssen sich insgesamt in einem guten Zustand befinden und dürfen nur zu einem kleinen Teil erneuerungsbedürftig sein. Zu beachten sind dabei insbesondere der Zustand des Fundaments, der tragenden Wände, der Böden und der Dachkonstruktion. Eingriffe in die tragende Substanz sind nur begrenzt zulässig.

c. *Bestehende zonenfremde Bauten und Anlagen
(Feststellung nach Art. 24c RPG)*

Ebenfalls von einer Abparzellierung betroffen sein können zonenfremde Bauten und Anlagen als Bestandteile eines landwirtschaftlichen Grundstücks oder Gewerbes. In den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG in Verbindung mit Art. 42 RPV fallen nach Art. 41 RPV Bauten und Anlagen, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind.

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

Im Gegensatz zu den am Stichtag 1. Juli 1972 landwirtschaftlich genutzten Wohnbauten benötigen damals bereits zonenfremd (z.B. durch einen Nichtlandwirt oder Freizeitlandwirt) genutzte Wohnbauten keine Umnutzungsbewilligung. Angesichts der umfassenderen Bestandes- und Erweiterungsgarantie der nach Art. 24c RPG zu beurteilenden Wohnbauten mit dem Recht auf Ersatzbau steht diesfalls der Nachweis im Vordergrund, dass die Wohnbaute bereits am 1. Juli 1972 nicht oder nicht mehr landwirtschaftlich genutzt war. Dieser Nachweis obliegt den Gesuchstellenden und wird in der Praxis durch Schätzungsprotokolle, Verträge, Korrespondenz, Fotos und immer seltener durch Aussagen von Zeitzeugen erbracht. Die Folgen der Beweislosigkeit betreffend zonenfremde Nutzung per 1. Juli 1972 trägt in der Regel der Gesuchsteller. Folge davon ist, dass Art. 24d RPG mit den entsprechend eingeschränkten baulichen Möglichkeiten zur Anwendung gelangt.

In der Praxis möchten Gesuchstellende vor Erwerb einer Liegenschaft oftmals rechtlich verbindlich festgestellt haben, ob bezüglich einer Baute

oder Anlage Art. 24c oder Art. 24d RPG anwendbar ist. Gelingt der Nachweis, dass eine Baute oder Anlage per 1. Juli 1972 bereits nichtlandwirtschaftlich genutzt war, steht einer entsprechenden Feststellungsverfügung im Falle eines ansonsten rechtmässigen Zustandes der Liegenschaft nichts im Wege. Im Gegensatz zur Umnutzungsbewilligung ist dafür kein Baugesuchsverfahren erforderlich. Ein solches ist erst bei bewilligungspflichtigen baulichen Änderungen durchzuführen. Eine reine Feststellungsverfügung nach Art. 24c RPG kann daher direkt beim Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) beantragt werden. Die Gemeinden werden diesfalls nachträglich orientiert.

4. Abparzellierungsgesuch und Verfahren

Die Abparzellierung kann im Rahmen einer Vorabklärung oder eines definitiven Gesuchs beim LWA erfolgen. Diese prüft das Gesuch und koordiniert das Verfahren von Amtes wegen mit dem raumplanungsrechtlichen Verfahren.

A. Beim LWA einzureichende Gesuchsunterlagen

Folgende Unterlagen sind durch Gesuchstellende beim LWA einzureichen:

- Gesuchsformular (mit dort erwähnten Beilagen; abzurufen unter www.landwirtschaft.sg.ch);
- Formular D (mit dort erwähnten Beilagen; abzurufen unter www.landwirtschaft.sg.ch);
- Situationsplan mit dem gewünschten neuen Grenzverlauf (erhältlich beim Grundbuchamt);
- Grundbuchauszug (erhältlich beim Grundbuchamt);
- Kopie des Schätzungskatasters (erhältlich beim Grundbuchamt);
- Vollständige Adressliste der rekursberechtigten Personen nach Art. 83 Abs. 2 BGG (Pächter sowie Kaufs-, Vorkaufs- oder Zuweisungsberechtigte)

B. Raumplanungsrechtliches Verfahren

Bestandteil der Gesuchsunterlagen bildet an sich – sofern sich auf dem abzutrennenden Grundstücksteil ein Gebäude befindet – auch die raumplanungsrechtliche Teilverfügung des AREG (Umnutzungsbewilligung nach Art. 24a oder 24d RPG oder Feststellungsverfügung nach Art. 24c

RPG). In der Regel liegt diese Bewilligung bei Anhängigmachung des Gesuchs um Abparzellierung noch nicht vor. Diesfalls sistiert das LWA das Abparzellierungsverfahren und leitet das Gesuch weiter an das AREG.

Das AREG prüft, ob eine bereits per 1. Juli 1972 nichtlandwirtschaftlich genutzte Baute oder Anlage betroffen ist und erlässt gegebenenfalls eine Feststellungsverfügung nach Art. 24c RPG.

Kommt das AREG demgegenüber zum Schluss, dass eine Umnutzungsbewilligung nach Art. 24a Abs. 1 RPG oder Art. 24d Abs. 1 RPG erforderlich ist, wird dies dem LWA mitgeteilt. Der Gesuchsteller wird daraufhin aufgefordert, bei der zuständigen Gemeindebehörde ein Umnutzungsgesuch nach Art. 24a Abs. 1 RPG oder Art. 24d Abs. 1 RPG einzureichen. Diese hat das ordentliche Auflage- und Einspracheverfahren durchzuführen und die Zustimmung beim AREG einzuholen (vgl. Art. 87bis Abs. 2 BauG). Eine Umnutzungsbewilligung setzt voraus, dass sich das betroffene Grundstück mit den abzutrennenden Bauten und Anlagen in einem formell und materiell rechtmässigen Zustand befindet. Regelmässig wird geprüft, ob bezüglich der baulichen Änderungen seit 1. Juli 1972 die Zustimmung der massgeblichen kantonalen Stelle vorliegt. Gegebenenfalls ist die Zustimmung im Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens einzuholen und der rechtmässige Zustand vor Bewilligung einer Abparzellierung wiederherzustellen. In der Praxis werden Umnutzungsgesuche oftmals auch mit Gesuchen betreffend geplante bauliche Änderungen – soweit zulässig – kombiniert. Das AREG behandelt diesfalls in der raumplanungsrechtlichen Teilverfügung vorab die Zulässigkeit der Umnutzung und anschliessend die baulichen Änderungen. Es koordiniert das raumplanungsrechtliche Verfahren unter Einbezug allfälliger weiterer betroffener kantonalen Amtsstellen. Anschliessend wird die raumplanungsrechtliche Teilverfügung des AREG der Gemeinde zur Eröffnung zugestellt. Das Umnutzungsgesuch mit der raumplanungsrechtlichen Teilverfügung des AREG ist anschliessend durch die Gemeinde weiterzubehandeln. Zuletzt ergeht ein anfechtbarer Entscheid der Gemeinde mit den zugehörigen Teilverfügungen des AREG und allfälliger weiterer betroffener Amtsstellen.

C. Entscheid des Landwirtschaftamts

Liegt – sofern ein Gebäude mit Umschwung abparzelliert werden soll – die raumplanungsrechtliche Teilverfügung des AREG (Umnutzungsbewilligung nach Art. 24a oder 24d RPG oder Feststellungsverfügung nach Art. 24c RPG) vor, entscheidet das Landwirtschaftsamt über die Abparzellierung und eröffnet dem Gesuchstellenden den Entscheid mit Bedingungen und Auflagen.

Zu Wohnbauten bewilligt das Landwirtschaftsamt in der Regel einen Umschwung von maximal 1'000 m².

5. Folgen der Abparzellierung

Eine Abparzellierung hat verschiedene rechtliche Konsequenzen zur Folge:

- Für das abparzellierte Wohnhaus gilt der Besitzstand. Bei altrechtlichen Wohnbauten ist bezüglich Änderungen und Erweiterungen der Besitzstand per 1. Juli 1972 massgebend.
- Auf der verbleibenden landwirtschaftlichen Nutzfläche können keine neuen Wohnbauten, auch keine zonenkonformen, mehr errichtet werden.
- Das abparzellierte Wohngebäude ist grundsätzlich an die öffentliche Kanalisation anzuschliessen bzw. die gesetzeskonforme Entsorgung des Abwassers ist nachzuweisen.
- Bezüglich des abparzellierten Wohnhauses besteht kein Erschliessungsanspruch. Die Erweiterung einer bestehenden Erschliessung richtet sich bei altrechtlichen Wohnbauten nach dem Besitzstand per 1. Juli 1972.
- Das abparzellierte Wohngebäude inklusive dazugehörendem Umschwung untersteht nicht mehr den Bestimmungen des BGG. Dies ist im Grundbuch anzumerken (Art. 86 BGG).

Hinweise

BGE 125 III 175

Ch. Bandli, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Brugg 1995, N 1 ff. zu Art. 60

B. Stalder, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Brugg 1995, N 1 ff. zu Art. 83

Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 2006, N1 ff zu Art. 24a und N 1 ff. zu Art. 24d

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2000/III/24