



## Juristische Mitteilungen 2007 / III

### Inhalt

#### Zivilrecht:

24. Ausschluss negativer Immissionen ..... 2

#### Baurecht:

25. Wiederaufbau von Wohngebäuden ausserhalb der Bauzonen ..... 8  
26. Gegenstand eines Korrekturgesuchs ..... 13  
27. Verhältnismässigkeit einer Abbruchverfügung ..... 16  
28. Abbruch eines wiederaufgebauten Wohnhauses ..... 19

#### Umweltschutzrecht:

29. Kontrollmassnahmen als Nebenbestimmungen ..... 22

#### Verwaltungsverfahrenrecht:

30. Zurückkommen auf eine abgelaufene Bewilligung ..... 27

### Impressum

Herausgeber: Baudepartement des Kantons St.Gallen  
Verantwortung: Rechtsabteilung  
Kontaktperson: Kathrin Kuchler-Wacker  
Direktwahl: 071 229 39 09  
Fax: 071 229 39 70  
E-Mail: [kathrin.kuechler@sg.ch](mailto:kathrin.kuechler@sg.ch)  
Internet: [www.jumi.sg.ch](http://www.jumi.sg.ch)

**24**

Zivilrecht:

**Ausschluss negativer Immissionen****Art. 684 ZGB: Zivilrechtlicher Immissionsschutz**

**Hält ein Bauvorhaben die öffentlichrechtlichen Regelbauvorschriften ein, liegen grundsätzlich keine übermässigen negativen Immissionen zivilrechtlicher Art vor. Allerdings muss im Einzelfall überprüft werden, ob nicht ausnahmsweise eine übermässige Immission vorliegt.**

Gegen die Erstellung eines Einfamilienhauses wurde vorgebracht, dass dieses zu einer unzulässigen Beschattung der Nachbarliegenschaft und damit zu einer übermässigen negativen Immission nach Art. 684 ZGB führe. Das Verwaltungsgericht hatte dieses Vorbringen zu überprüfen.

**1. Beurteilung privatrechtlicher Immissionseinsprachen im Baubewilligungsverfahren**

Nach Art. 84 Abs. 2 BauG entscheidet die zuständige Gemeindebehörde über öffentlichrechtliche Einsprachen gleichzeitig mit der Erteilung oder Ablehnung der Baubewilligung. Bei privatrechtlichen Einsprachen kann der Baugesuchsteller jederzeit das Verfahren auf dem Zivilrechtsweg einleiten. Ist dies nicht erfolgt, setzt die zuständige Gemeindebehörde im Einspracheentscheid dem Einsprecher eine Frist von vierzehn Tagen zur Einleitung dieses Verfahrens an. Verstreicht diese Frist unbenützt, so fällt die privatrechtliche Einsprache dahin (Art. 84 Abs. 3 BauG). Dagegen sind nach Art. 86 Abs. 1 BauG privatrechtliche Einsprachen gegen die Erstellung von Bauten und Anlagen, soweit der Tatbestand einer übermässigen Einwirkung auf fremdes Eigentum gemäss Art. 684 ZGB streitig ist, im öffentlichrechtlichen Verfahren zu entscheiden. Gleichzeitig mit dem Entscheid über die Baubewilligung ist in einer gesonderten Verfügung über die privatrechtliche Einsprache gemäss Art. 684 ZGB zu entscheiden (Art. 86 Abs. 2 BauG).

Im Verfahren vor Verwaltungsgericht sind neue Rechtsbegehren, Behauptungen und Beweisanträge, soweit sie den Tatbestand einer übermässigen Einwirkung betreffen, zulässig. Die privatrechtliche Einsprache muss aber bereits im erstinstanzlichen Bewilligungsverfahren vorgebracht werden. Auf Begehren einer Partei hat das Verwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durchzuführen (Art. 86 Abs. 3 BauG).

Diese Bestimmungen regeln die verfahrensmässige Besonderheit, dass die privatrechtliche Immissionseinsprache gemäss Art. 684 ZGB im öffentlichrechtlichen Verfahren entschieden wird, also nicht durch den Zivilrichter. Nicht nur die zuständige Gemeindebehörde hat gleichzeitig mit dem Entscheid über die Baubewilligung in einer gesonderten Verfügung zu entscheiden, sondern auch die kantonalen Rechtsmittelinstanzen; privatrechtliche Rügen nach Art. 684 ZGB unterliegen der Zivilrechtspflege, öffentlichrechtliche der Verwaltungsrechtspflege des Bundesgerichts.

**a) Erstinstanzliche Beurteilung durch die zuständige Gemeindebehörde**

Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, dass der Gemeinderat wohl in den Erwägungen des Einspracheentscheids auf die zivilrechtliche Immissionseinsprache nach Art. 684 ZGB einging, dies im Dispositiv aber nicht zum Ausdruck brachte.

Der Gemeinderat hielt fest, beim Schattenwurf handle es sich nicht um eine übermässige Einwirkung auf das Eigentum der Beschwerdeführerin. Zudem habe das Bundesgericht festgehalten, dass das bloss Vorhandensein einer Baute keine Einwirkungen im Sinn von Art. 684 ZGB verursache, wie sie nur infolge der Art der Bewirtschaftung oder Nutzung des Grundstücks entstehen könne. Aus Sicht des Gemeinderates sei der Schattenwurf nicht als übermässige Einwirkung zu taxieren und werde damit nicht nach Art. 85 BauG abgehandelt. Deshalb müsse dieser Einsprachepunkt auf den Zivilrechtsweg verweisen werden. In Ziff. 3 des Einspracheentscheids wurde der Verweis auf den Zivilrechtsweg festgehalten.

Der Gemeinderat verneinte somit materiell das Vorliegen einer übermässigen Einwirkung nach Art. 684 ZGB und verwies die Einsprache aus diesem Grund auf den Zivilrechtsweg. Entscheidend für die Behandlung als privatrechtliche Einsprache nach Art. 684 ZGB und für den Rechtsmittelweg ist aber nicht, ob die Einsprache begründet ist oder nicht, sondern ob darin entsprechende Tatsachen- und Rechtsbehauptungen vorgetragen werden. Die Beschwerdeführerin machte in der Einsprache Immissionsrügen nach Art. 684 ZGB geltend. Über diese hätte der Gemeinderat in einer besonderen Ziffer des Dispositivs förmlich entscheiden müssen. Darauf hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend hingewiesen.

**b) Zweitinstanzliche Beurteilung durch das Baudepartement**

Die Vorinstanz behandelte die zivilrechtliche Einsprache nach Art. 684 ZGB materiell und hielt fest, dass damit der Verfahrensfehler des Gemeinderates geheilt werde. Der Beschwerdeführerin ist daraus entgegen ihrer Auffassung kein Nachteil erwachsen. Insbesondere ging ihr keine Instanz verloren. Wie erwähnt, brachte sie im Einspracheverfahren die entsprechende Immissionsrüge vor, und sie konnte sowohl im Rekurs als auch in der Beschwerde neue Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge vorbringen.

Die Heilung eines Verfahrensfehlers wird als zulässig erachtet, wenn die Rechtsmittelinstanz über dieselbe Kognition verfügt wie jene Behörde, welcher der Verfahrensfehler unterlaufen ist, und wenn sie den unterbliebenen Verfahrensschritt tatsächlich nachholt.

Im vorliegenden Fall bestand der formelle Fehler lediglich darin, dass die in den Erwägungen des Einspracheentscheids enthaltene Beurteilung der zivilrechtlichen Immissionsrügen im Dispositiv keinen Ausdruck fand beziehungsweise daraus der fehlerhafte Schluss gezogen wurde, die Einsprache sei auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Die Vorinstanz verfügte zudem über dieselbe Kognition wie der Gemeinderat, und sie holte den unterbliebenen Verfahrensschritt tatsächlich nach. Auch im Umstand, dass der Gemeinderat nach Darstellung der Beschwerdeführerin die zivilrechtliche Einsprache ungenügend behandelt beziehungsweise sich mit den eingereichten Beweismitteln nicht hinreichend auseinandergesetzt hat, ist die Rüge eines Verfahrensfehlers zu erblicken, der im Rekursverfahren geheilt werden konnte.

Wird die Heilung eines Verfahrensfehlers zugelassen, kann stets vom Verlust einer Instanz gesprochen werden. Allein dies begründet aber keinen Nachteil, der einer Heilung in jedem Fall entgegensteht. Rekursinstanzen entscheiden regelmässig reformatorisch, selbst wenn sie den Sachverhalt ergänzen oder neue rechtliche Gründe für ihre Entscheidung anführen. Zudem können bei der zivilrechtlichen Immissionseinsprache nicht nur im Rekursverfahren, sondern auch im Beschwerdeverfahren neue Tatsachen- und Rechtsbehauptungen

vorgetragen werden. Im Weiteren hat die Vorinstanz dem Umstand, dass die Voraussetzungen für die Abweisung des Rekurses erst im Rekursverfahren gegeben waren, bei der Kostenverlegung Rechnung getragen. Unter diesen Umständen kann in der Heilung des Verfahrensfehlers bei der Behandlung der zivilrechtlichen Immissionseinsprache kein erheblicher Nachteil für die Beschwerdeführerin erblickt werden.

## **2. Umfang des zivilrechtlichen Immissionsschutzes**

Nach Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung.

### **a) Beurteilung negativer Immissionen**

Die Vorinstanz hat die bei der Beurteilung negativer Immissionen im Sinne von Art. 684 ZGB massgebenden Grundsätze zutreffend dargelegt.

Das Bundesgericht anerkannte in einem Grundsatzentscheid, dass auch so genannte negative Immissionen unter Art. 684 ZGB zu subsumieren sind. Solche negativen Immissionen sind insbesondere Lichtentzug und Schattenwurf. Jenes Urteil betraf den Lichtentzug beziehungsweise Schattenwurf durch Pflanzungen beziehungsweise Bäume.

Das Bundesgericht hielt fest, seine Erwägungen könnten nicht ohne weiteres auf negative Immissionen übertragen werden, die von Bauten verursacht würden. Im Unterschied zum kantonalen Pflanzenrecht stelle heute das kantonale Baurecht in der Regel ein umfassendes Regelwerk dar, sodass für die Anwendung der Art. 679 und 684 ZGB kaum mehr Raum bestehen dürfte. Dem berechtigten Immissionsschutz der Nachbarn werde im Baubewilligungsverfahren Rechnung getragen. Ohnehin wäre kaum denkbar, dass bei einer rechtmässig erstellten Baute Immissionen, die durch deren blosses Vorhandensein verursacht würden, derart schwer wiegen würden, dass sich ein bundesrechtlicher Beseitigungsanspruch rechtfertigen würde.

### **b) Verhältnis des Bundeszivilrechts zum öffentlichen Baurecht**

In einem späteren Urteil präziserte das Bundesgericht jene Ausführungen und hielt zur Frage des Verhältnisses zwischen Art. 684 ZGB und dem öffentlichen Baurecht fest, dass die Kantone in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt würden (Art. 6 ZGB). Das kantonale öffentliche Recht dürfe zwar nicht Sinn und Zweck des Bundeszivilrechts widersprechen oder gar dessen Anwendung vereiteln, es verfüge jedoch über "expansive Kraft" und bestimme mittels Bauordnung und Zonenplan mehr und mehr, was nach Lage und Ortsgebrauch an Einwirkungen zulässig sei.

Obwohl die öffentlichen Interessen an den Grenz- und Gebäudeabständen primär auf den Gebieten der Feuer- und Gesundheitspolizei, der guten Gestaltung der Siedlungen und der Ästhetik lägen, sollten diese Vorschriften auch die mannigfaltigen Einflüsse von Bauten und ihrer Benutzung auf die Nachbargrundstücke mildern. Freilich verhalte es sich nicht so, dass Zonenordnungen und Baureglemente die Lage der Grundstücke und den Ortsgebrauch im Sinne von Art. 684 ZGB geradezu verbindlich festlegten. Allerdings bilde das öffentliche Baurecht einerseits ein Indiz für den Ortsgebrauch, und andererseits sei es bei der Anwendung von Art. 684 ZGB insofern mitzubedenken, als die Einheit der Rechtsordnung ein beziehungsloses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht verbiete. Art. 6

Abs. 1 ZGB stelle in diesem Sinn nicht nur einen unechten Vorbehalt zugunsten der Kantone dar, sondern verpflichte auch zur Harmonisierung von Bundeszivil- und kantonalem öffentlichem Recht.

Freilich sei nicht zu verkennen, dass die Ausweitung des öffentlichen Baurechts tendenziell auf Kosten des privatrechtlichen Immissionsschutzes gehen könne. Dies sei jedoch insofern sachlich gerechtfertigt und hinzunehmen, als man es mit detaillierten Zonenordnungen und Baureglementen zu tun habe. Nur diese vermöchten der übergeordneten Zielsetzung der Raumplanung und dabei insbesondere dem Grundsatz der rationalen, das ganze Siedlungsgebiet umfassenden Planung zu genügen. Werde daher das Vorliegen einer übermässigen Einwirkung im Sinn von Art. 684 ZGB mit dem Argument verneint, das Bauvorhaben entspreche den massgebenden öffentlichrechtlichen (Bauabstands-)Normen, und handle es sich dabei um Vorschriften, die im Rahmen einer detaillierten, den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts entsprechenden Bau- und Zonenordnung erlassen worden seien, bedeute dies in aller Regel keine Vereitelung von Bundesrecht.

### **3. Prüfung des Vorliegens negativer Immissionen**

Die Vorinstanz hielt unter Berufung auf ein unveröffentlichtes Urteil des Verwaltungsgerichts fest, negative Immissionen seien grundsätzlich unter Art. 684 ZGB zu subsumieren, jedoch nur insofern, als diese nicht die Folge einer zulässigen Überbauung des Ausgangsgrundstückes seien. Der Entzug von Aussicht, Licht oder Sonnenschein, der sich als Folge der Errichtung einer baurechtskonformen Baute einstelle, gehöre grundsätzlich zur zulässigen Ausübung der Eigentumsrechte und stelle keine übermässige Einwirkung dar.

Das Bundesgericht hielt allerdings fest, dass es "in aller Regel" keine Vereitelung von Bundesrecht sei, wenn das Vorliegen einer übermässigen Einwirkung im Sinn von Art. 684 ZGB mit dem Argument verneint werde, das Bauvorhaben entspreche den Bau- und Zonenvorschriften. Dies bedeutet, dass es in Ausnahmefällen möglich sein kann, dass ein dem öffentlichen Baurecht entsprechendes Gebäude übermässige Immissionen im Sinn von Art. 684 ZGB verursachen kann. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist im Folgenden zu prüfen.

#### **a) Beurteilung der generellen Situation**

Im Streitfall entspricht das Bauobjekt den zonenrechtlichen und baureglementarischen Vorschriften. Insbesondere bezüglich Gebäudehöhe und -dimension sowie bezüglich Grenz- und Gebäudeabständen hält es die Vorschriften des Baugesetzes und des Baureglements ein. Dies ist mit Ausnahme der Aufschüttung unbestritten, und auch bezüglich dieses Punktes gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Terrainveränderung rechtmässig ist.

In einem solchen Fall kann, wenn überhaupt, nur in Ausnahmefällen eine übermässige Immission allein durch den Bestand des Gebäudes vorliegen. Das Eigentum an einer Wohnliegenschaft in einer zweigeschossigen Einfamilienhauszone verschafft keinen Anspruch auf zeitlich und örtlich uneingeschränkte Besonnung beziehungsweise auf Abwehr sämtlicher Bauten, welche eine Verkürzung der Sonnenscheindauer oder eine Verringerung der besonnten Grundstücks- und Gebäudeteile verursachen. Insbesondere verschafft Art. 684 ZGB auch keinen Anspruch, dass in einem Einfamilienhausquartier den Nachbarn die Einsicht auf Sitzplätze und Gärten verunmöglicht wird.

## b) Beurteilung der Beschattung

Die Vorinstanz ging davon aus, dass der geplante Neubau am kürzesten Tag des Jahres von 10:30 bis 13:45 Uhr partiell Schatten auf die Liegenschaft der Beschwerdeführerin wirft. Die nach Süden gerichteten Fassaden würden mit je rund 50 Prozent im zweistündigen Dauerschatten liegen. Am 21. November sowie am 21. Januar würde die Südwestfassade mit rund 50 Prozent während etwa eineinhalb Stunden und die Südostfassade schleichend mit rund 30 Prozent während etwa zwei Stunden dauerbeschattet. Mitte Oktober und Mitte Februar werde das Erdgeschoss nur minim durch den Schattenwurf beeinträchtigt. Während der übrigen Monate März bis September werde die Liegenschaft der Beschwerdeführerin nicht vom Schattenwurf tangiert.

Auf Grund der von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen bewirkt der vorgesehene Neubau eine Einbusse der Sonnenscheindauer auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin für gewisse Zimmer sowie den Gartensitzplatz (Pergola) und den Garten (Rasen) bis maximal dreidreiviertel Stunden. Dabei findet der Schattenwurf beziehungsweise die Reduktion der Besonnung vorwiegend in der zweiten Hälfte des Vormittags und am frühen Nachmittag statt.

Die eingereichten Unterlagen betreffen die Zeit vom 21. September bis 21. März des Jahres. Während dieser Zeit ist ein Aufenthalt im Freien beziehungsweise auf dem Balkon, Gartensitzplatz oder Rasen nur selten möglich. Bis 21. September sind nur der Sitzplatz und der Rasen von einer Einbusse an Sonnenschein während zweieinviertel beziehungsweise drei Stunden betroffen, am 21. Oktober während dreidreiviertel beziehungsweise zweieinhalb Stunden und zusätzlich das Elternzimmer während eindreiviertel Stunden. Am 21. November werden auch ein Wohnzimmerfenster während zwei Stunden und ein Kinderzimmer im Erdgeschoss während zweieinviertel Stunden zusätzlich beschattet. Am 21. Dezember dauert die zusätzliche Beschattung des Wohnzimmers zwei beziehungsweise zweieinhalb Stunden und jene des Schlafzimmers im Erdgeschoss zweieinhalb beziehungsweise drei Stunden.

Nach der von der Beschwerdeführerin eingereichten Auswertung der Besonnungsmessungen beträgt selbst am kürzesten Tag des Jahres die Dauer der Besonnung bei den Wohnzimmerfenstern eine beziehungsweise eineinhalb Stunden und beim Balkon zwei Stunden und fünf Minuten. Von einem Dauerschatten, wie er in der Beschwerde behauptet wird, kann also nicht gesprochen werden.

Anlässlich des Augenscheins beschrieb der Lebenspartner der Beschwerdeführerin von deren Balkon aus den Verlauf der Sonne während der kürzesten Tage des Jahres. Das geplante Gebäude überragt aus der Sicht vom Obergeschoss des Hauses der Beschwerdeführerin nach Südwesten den Horizont aber nur in geringfügigem Mass. Im besagten Gebiet findet der Sonnenuntergang in der Zeit von Ende November bis Ende Januar zwischen 14:15 und 14:30 Uhr und Ende Dezember sogar bereits um 13:45 Uhr statt. Auf Grund der Berge ist die natürliche Sonnenscheindauer namentlich im Winter relativ kurz.

Die vom Neubau verursachte zusätzliche beziehungsweise verlängerte Beschattung findet lediglich während rund der Hälfte des Jahres in der zweiten Hälfte des Vormittags und am frühen Nachmittag und damit nicht in jener Tageszeit statt, in der im allgemeinen die Freizeit verbracht wird. Im Weiteren bewirkt die geplante Baute selbst am kürzesten Tag des Jahres keine dauernde Beschattung des Hauses der Beschwerdeführerin; bei sämtlichen betroffenen Räumen bleibt eine wenn auch im Einzelfall relativ kurze Besonnung erhalten.

Von einem unzulässigen massiven Entzug von Sonnenlicht kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern der Sonnenentzug das ästhetische beziehungsweise seelische Wohlbefinden der Beschwerdeführerin massiv beeinträchtigen könnte. Geradezu abwegig ist die Argumentation, es seien noch weitere

Nachteile wie höhere Heiz- und Stromkosten sowie die negative Beeinträchtigung der Gartenvegetation zu erwarten.

Selbst am kürzesten Tag des Jahres beträgt die Sonnenscheindauer für die betroffenen Zimmer noch zwischen einer halben Stunde und rund zwei Stunden. Am kürzesten Tag des Jahres sind zahlreiche Wohnbauten nur während kurzer Zeit besonnt, und aus den schriftlichen Unterlagen ergibt sich für die massgebenden Räume und Plätze eine Sonnenscheindauer mit dem Neubau zwischen fünfzehn Minuten und eineinhalb Stunden. Weiter kommt hinzu, dass der Schattenwurf im Garten sowie auf gewisse Räume des Erdgeschosses auch durch den der Beschwerdeführerin gehörenden Thujahag mitverursacht wird.

Die Einschränkung der Besonnung ist nach den dargelegten Ausführungen nicht als übermässige Einwirkung im Sinn von Art. 684 ZGB zu betrachten und von der Beschwerdeführerin hinzunehmen. Ob die geplante Baute teilweise lichtdurchlässig ist, ist im Übrigen unerheblich und kann offen bleiben.

**Weiterführende Hinweise:**

- BGE 129 III 161 ff.; 126 III 452 ff.
- GVP 1996 Nr. 13
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 961
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, N 731
- Juristische Mitteilungen 2000 Nrn. 3 und 42

**Urteil B 2007/61 des Verwaltungsgerichtes vom 4. Juli 2007**

Weil das streitige Einfamilienhaus zu keinen übermässigen Einwirkungen im Sinn von Art. 684 ZGB führte, wies das Verwaltungsgericht die gegen dieses Bauvorhaben erhobene Beschwerde betreffend privatrechtliche Immissionen ab.

**25**

Baurecht:

**Wiederaufbau von Wohngebäuden ausserhalb der Bauzonen****Art. 24d Abs. 3 RPG: Erhaltung der baulichen Grundstruktur****Art. 42a Abs. 3 RPV: Wiederaufbau bei höherer Gewalt**

**Die Umnutzung von nicht benötigten landwirtschaftlichen Wohnbauten zu landwirtschaftsfremden Wohnzwecken ist nur zulässig, wenn neben anderem die bauliche Grundstruktur erhalten bleibt. Ein freiwilliger Abbruch und anschliessender Wiederaufbau solcher Gebäude ist deshalb nicht zulässig.**

Die Regierung hatte zu prüfen, ob die zuständige Gemeindebehörde die (nachträgliche) Baubewilligung für den Wiederaufbau eines Wohnhauses zu Recht verweigert hatte.

**1. Sachverhalt**

Es ist unbestritten, dass die Rekurrenten das Wohnhaus schrittweise abgebrochen und in der Folge teilweise ersetzt haben. Gemäss den eingereichten Planunterlagen vom 6. Oktober 2006 wurden sämtliche Innen- und Aussenwände des Unter- und Erdgeschosses sowie die Böden des Unter-, Erd- und Obergeschosses abgebrochen. Der Boden des Untergeschosses wurde überdies um 1,45 m nach unten versetzt, jener des Erd- und Obergeschosses um 0,9 m beziehungsweise 0,4 m. Wie aus den bei den Akten liegenden Fotodokumentationen hervorgeht, wurde das Wohnhaus ausgehöhlt und auf Stützen gestellt. Zudem wurde das Untergeschoss ausserhalb des ursprünglichen Bauvolumens erweitert.

**2. Zulässigkeit von Einschränkungen der Eigentumsfreiheit**

Das Recht zu bauen ist Teil der Eigentumsfreiheit, die in Art. 26 Abs. 1 BV gewährleistet wird. Eine andere Frage aber ist, in welchem Rahmen und unter welchen Voraussetzungen diese Baufreiheit gilt. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist die Baufreiheit praktisch und rechtlich auf die Bauzone beschränkt. Weil diese Einschränkung durch das öffentliche Interesse geboten ist, wird der Grundsatz der Baufreiheit dadurch nicht verletzt.

Die Vermutung spricht für die Freiheit des Eigentums, weshalb der Staat das Bedürfnis und die Notwendigkeit von Einschränkungen erbringen muss. Staatliche Beschränkungen sind nur zulässig, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren.

**a) Gesetzliche Grundlage**

Eingriffe in die Eigentumsgarantie müssen also vorab in einer generell-abstrakten Norm vorgesehen sein. Die erforderliche Rechtsetzungsstufe richtet sich nach der Schwere des Eingriffs. Schwerwiegende Eingriffe sind auf der Stufe eines (formellen) Gesetzes zu normieren, während für weniger schwerwiegende Eingriffe eine Verordnung genügt.

### **aa) Regelung im Bundesgesetz über die Raumplanung**

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

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

Wie die bei den Akten liegenden Fotoaufnahmen eindrücklich belegen, wurde vorliegend aber genau so vorgegangen. Das Erd-, Ober- und Dachgeschoss wurden schrittweise unterfangen, ausgehöhlt und teilweise bereits wieder neu errichtet. Nahezu alle Innenwände sowie die Aussenwände des Unter- und Erdgeschosses wurden zerstört.

### **bb) Beurteilung der gesetzlichen Grundlage**

Mit Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG wird also auf Gesetzesstufe festgehalten, dass eine landwirtschaftsfremde Nutzung in landwirtschaftlichen Wohnbauten nicht bewilligungsfähig ist, wenn massiv in die tragende Substanz eingegriffen wird. Nach einem solchen Eingriff kann folglich auch ein Wiederaufbau - der die landwirtschaftsfremde Nutzung des Neubaus bezweckt - nicht zulässig sein. Die grundsätzliche Unzulässigkeit des Wiederaufbaus eines ursprünglich landwirtschaftlich genutzten, vollständig zerstörten Wohnhauses zu landwirtschaftsfremder Wohnnutzung stützt sich demnach auf Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG.

Der durch den verweigerten Wiederaufbau bewirkte Eigentumseingriff beruht somit auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage.

### **cc) Nichtanwendbarkeit kantonalen Rechts**

Anzufügen bleibt, dass gemäss der Ausnahmebestimmung von Art. 42a Abs. 3 RPV in Fällen von Zerstörung durch höhere Gewalt ein Wiederaufbau zugelassen werden kann. Mit Inkrafttreten dieser Bundesrechtsnorm (in Kraft seit 1. Juli 2003) wurde der am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Art. 77quinquies BauG bundesrechtswidrig und damit nicht mehr anwendbar.

## **b) Öffentliches Interesse**

Ein öffentliches Interesse für den durch den verweigerten Wiederaufbau bewirkten Eingriff in die Eigentumsgarantie liegt ebenfalls vor. So gehört das Gebot, Baugebiet von Nichtbaugebiet zu trennen, zu den zentralen Aufgaben des Bundesgesetzes über die Raumplanung. Wegleitend ist der Grundsatz, dass eine der Entwicklung des Landes angemessene Begrenzung und Ordnung des Siedlungsgebiets anzustreben ist, um der Streubauweise entgegenzuwirken und Baugebiet von Nichtbaugebiet zu trennen. Das in Art. 75 Abs. 1 BV und Art. 1 Abs. 1 RPG verankerte Gebot, den Boden "haushälterisch" zu nutzen, weist auf dieses zentrale Anliegen des Planungsrechts hin.

Folgerichtig stellen Art. 24 ff. RPG strenge Bauvoraussetzungen an (zonenwidrige) Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen. Überdies schreibt Art. 16 Abs. 1 RPG ausdrücklich vor, dass Landwirtschaftszonen weitgehend vor Überbauungen freigehalten werden müssen. Es liegt mit anderen Worten im öffentlichen, raumplanerischen Interesse, Landwirtschaftszonen möglichst vor Überbauungen freizuhalten.

### **c) Verhältnismässigkeit**

Zu prüfen ist, ob der Eingriff in die Eigentumsgarantie vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält. Gemäss Art. 36 Abs. 3 BV müssen Einschränkungen von Grundrechten verhältnismässig sein. Dies bedeutet, dass die staatliche Massnahme zweckmässig und erforderlich sein muss, den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck zu verfolgen. Zudem müssen die öffentlichen Interessen gegenüber den privaten Interessen überwiegen.

#### **aa) Geeignetheit**

Im vorliegenden Fall soll ein zerstörtes, ursprünglich landwirtschaftlich genutztes Wohnhaus wieder aufgebaut und in der Folge einer landwirtschaftsfremden Nutzung zugeführt werden. Die verweigerte (nachträgliche) Bewilligung des Wiederaufbaus ist zweifellos geeignet, dem Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet nachzuleben und die Landwirtschaftszone möglichst weitgehend vor Überbauungen freizuhalten.

#### **bb) Erforderlichkeit**

Ausser Frage steht auch, dass dem Grundsatz des Raumplanungsrechts nur dann Rechnung getragen werden kann, wenn zerstörte Wohnhäuser in der Landwirtschaftszone nicht für landwirtschaftsfremde Nutzungen wieder aufgebaut werden dürfen. Die Verweigerung von entsprechenden Baubewilligungen geht nicht über den Rahmen dessen hinaus, was vernünftigerweise zum Schutz der Interessen der Allgemeinheit erforderlich ist.

Vielmehr hat der Bundesrat in seiner Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die Raumplanung ausdrücklich festgehalten, dass das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Siedlungs- und Nichtsiedlungsgebiet die Bewilligungsbehörden zu einer konsequenten Anwendung der in Art. 24d Abs. 3 RPG verankerten Kriterien verpflichtet. In jedem Einzelfall müsse sorgfältig und umfassend geprüft werden, ob die Voraussetzungen auch tatsächlich erfüllt seien.

#### **cc) Zweckproportionalität**

Landwirtschaftszonen dienen der langfristigen Sicherung der Ernährungsbasis des Landes, der Erhaltung der Landschaft und des Erholungsraums oder dem ökologischen Ausgleich (Art. 16 Abs. 1 RPG). Als zonenkonform gelten daher grundsätzlich nur jene Bauten und Anlagen, welche für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder den produzierenden Gartenbau unbedingt erforderlich sind (Art. 16a Abs. 1 RPG). Bauten und Anlagen, die dem Zweck der Landwirtschaftszone nicht entsprechen, sind im Licht der Ausnahmebestimmungen von Art. 24 ff. RPG zu beurteilen - wobei auch hier der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet zu beachten ist.

Wenn auch die Folgen eines ablehnenden Baubescheids für die Rekurrenten gravierend sein mögen, so sind doch die entgegenstehenden öffentlichen Interessen ausserordentlich gewichtig.

Zwar bedeutet ein verweigerter Wiederaufbau für die betroffenen Gesuchsteller eine finanzielle Einbusse und emotionale Belastung. Würde man dieser Tatsache aber Beachtung schenken, müsste künftig der Wiederaufbau von zerstörten Wohnhäusern generell toleriert werden. Dies wiederum führte dazu, dass ursprünglich landwirtschaftlich genutzte Wohnhäuser ohne weiteres zerstört, wieder aufgebaut und einer landwirtschaftsfremden Nutzung zugeführt werden könnten - eine Folge, die klar dem Gedanken der Raumplanungsverordnung zuwiderläuft. Zudem würde die Landwirtschaftszone ihr Wesensmerkmal als eine Zone mit Bauten, die für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder den Gartenbau benötigt werden, verlieren.

Damit steht fest, dass die privaten Interessen der Rekurrenten die öffentlichen, in Art. 75 Abs. 1 BV verankerten raumplanerischen Interessen nicht überwiegen. Eine Beschränkung der Baufreiheit ist somit zulässig.

#### **4. Beurteilung der baulichen Massnahmen**

Die Rekurrenten machen geltend, dass nach den bewilligten Plänen gebaut worden sei. Der Abbruch und Neuaufbau der Erdgeschossdecke beispielsweise sei Folge des bewilligten Abbruchs von Innen- und Aussenwänden gewesen.

##### **a) Wiederaufbau nur nach Zerstörung durch höhere Gewalt**

Wie bereits ausgeführt, lässt das Bundesrecht einen Wiederaufbau landwirtschaftlicher Wohnbauten zwecks landwirtschaftsfremder Wohnnutzung nur nach Zerstörung durch höhere Gewalt zu (Art. 42a Abs. 3 RPV). Musterbeispiele der Zerstörung durch höhere Gewalt sind Zerstörungen durch Naturgewalten. Darunter fallen beispielsweise ein Abbrennen des Gebäudes durch Blitzschlag oder eine Zerstörung durch Sturmwinde. Auch Lawinen, Erdbewegungen und Überschwemmungen können zu einer Zerstörung durch höhere Gewalt führen.

Keine Zerstörung durch höhere Gewalt liegt jedenfalls dann vor, wenn das Gebäude vorsätzlich durch den Eigentümer oder mit dessen ausdrücklichen oder stillschweigenden Duldung zerstört wird.

##### **b) Absichtliche Zerstörung des Wohnhauses**

Aus einem Vergleich der bei den Akten liegenden Fotoaufnahmen wird klar ersichtlich, dass das Wohnhaus schrittweise abgebrochen und ersetzt wurde. Die Rekurrenten bestreiten denn auch nicht, das Wohnhaus teilweise abgebrochen zu haben. Das Gebäude wurde demnach nicht durch Naturgewalten, sondern von Menschenhand - durch die Rekurrenten beziehungsweise in deren Auftrag - absichtlich zerstört. Es handelt sich somit nicht um eine Zerstörung durch höhere Gewalt. Die Gründe, die die Rekurrenten zu ihrem Handeln bewogen, vermögen an dieser Abgrenzung nichts zu ändern.

Damit steht fest, dass der vorliegende Sachverhalt nicht unter die Ausnahmebestimmung von Art. 42a Abs. 3 RPV, sondern unter Art. 24d RPG fällt. Ein Wiederaufbau kann demnach nicht bewilligt werden.

### c) Bewilligte bauliche Massnahmen

Auch aus dem bewilligten Plan (885-01/290304wm) können die Rekurrenten nichts zu ihren Gunsten ableiten. Gemäss diesem Plan sollte das Wohnhaus im Hinblick auf die künftige landwirtschaftsfremde Wohnnutzung bestimmten baulichen Massnahmen unterworfen werden. Entsprechend hatten sowohl das Amt für Raumentwicklung als auch die Vorinstanz die Zustimmung zum Bauvorhaben gestützt auf Art. 24d RPG in Verbindung mit Art. 42a Abs. 1 und 2 RPV erteilt.

Bewilligt wurde mithin die Umnutzung des Wohnhauses mit baulichen Massnahmen - nicht aber dessen Abbruch. Wenn auch das Baugesuch und die darauf folgende Baubewilligung grosszügige Anpassungen der Raumaufteilung ermöglichten, so steht doch fest, dass ein Abbruch der Aussenwände nicht bewilligt wurde.

Dennoch haben die Rekurrenten das Wohnhaus schrittweise abgebrochen. Jeder dieser Schritte beruhte auf einer selbständigen Entscheidung. Ihr Vorbringen, wonach sich der Ersatz der Tragkonstruktion aus statischen Gründen aufgedrängt habe, vermag daran nichts zu ändern. So vermag ein nachträglich festgestelltes Erfordernis zusätzlicher baulicher Massnahmen den Abbruch ganzer Gebäudeteile nicht zu rechtfertigen. Vielmehr wären die Rekurrenten diesfalls gehalten gewesen, der zuständigen Behörde ein entsprechendes Gesuch einzureichen.

## 5. Beurteilung durch die Regierung

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die Rekurrenten in Abweichung zur Baubewilligung vom 15. Juni 2004 das der Landwirtschaftszone zugeteilte Wohnhaus schrittweise abgebrochen, teilweise ersetzt und ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens erweitert haben. Fest steht damit auch, dass das Wohnhaus nicht durch höhere Gewalt zerstört wurde. Der Wiederaufbau kann folglich nicht bewilligt werden (Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG in Verbindung mit Art. 42a Abs. 3 RPV). Die Vorinstanz hat deshalb die Bewilligung zum (nachträglichen) Baugesuch vom 17. Oktober 2006 - welches den Wiederaufbau des Wohnhauses und dessen Erweiterung bezweckte - zu Recht verweigert. Der Rekurs ist daher diesbezüglich abzuweisen.

### Weiterführende Hinweise:

- Botschaft des Bundesrates vom 22. Mai 1996 zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über die Raumplanung, in: BBl 1996, S. 515, 543, 545 und 551
- Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuterungen zu Artikel 42a der Raumplanungsverordnung, S. 4 f.
- P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 26 f. und 65 f.
- Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, NN 310, 320, 599 ff.
- Juristische Mitteilungen 2005 Nr. 32, 2007 Nr. 28

### Beschluss Nr. 580 der Regierung vom 14. August 2007

Die Regierung stützte den Entscheid der Vorinstanz, welche den freiwilligen Wiederaufbau eines ausserhalb der Bauzonen gelegenen, für die zonenfremde Nutzung vorgesehenen Wohnhauses abgelehnt hatte.

**26**

Baurecht:

**Gegenstand eines Korrekturgesuchs****Art. 80 Abs. 2 BauG: Baugesuchsunterlagen**

**Gegenstand eines Korrekturgesuchs bilden die mit dem Gesuch eingereichten Pläne und der Baubeschrieb. Diese müssen aufzeigen, inwieweit von den bewilligten Plänen abgewichen wurde oder abgewichen werden soll.**

Der Eigentümer eines in der Landwirtschaftszone gelegenen, zonenfremd genutzten Wohnhauses hatte für den Umbau dieses Wohnhauses die Baubewilligung erhalten. Nach Aufnahme der Bauarbeiten teilte der Bauherr der zuständigen Gemeindebehörde mit, dass er von der Baubewilligung abgewichen sei. Namentlich habe er die Nutzungen erweitert und das ganze Unter-, Erd- und Obergeschoss schrittweise abgebrochen und neu aufgemauert. Die zuständige Behörde verfügte umgehend einen Baustopp und forderte ein Korrekturgesuch ein.

Der Bauherr reichte deshalb ein Korrekturgesuch mit Plänen und Bauschrieb samt Fotodokumentation und Erklärungen für die erfolgten Änderungen und Erweiterungen ein. Die zuständige Behörde verweigerte jedoch die Baubewilligung und verfügte den Abbruch des wiederaufgebauten Wohnhauses.

Nach Ausschöpfung der kantonalen Rechtsmittel hatte das Bundesgericht zuerst darüber zu entscheiden, welche baulichen Massnahmen zu beurteilen waren.

**1. Umstrittener Inhalt des Korrekturgesuchs**

Der Beschwerdeführer wirft dem Verwaltungsgericht zunächst eine offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung vor. Er macht sinngemäss geltend, das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, bei den im Baubeschrieb aufgeführten Bauarbeiten handle es sich um die nachträglichen Bauarbeiten gemäss Korrekturgesuch. Tatsächlich beschreibe die Auflistung den Endzustand und unterscheide nicht zwischen den bereits bewilligten Bauarbeiten und den gemäss Korrekturgesuch zur Bewilligung beantragten weiteren baulichen Massnahmen. Bereits mit der Baubewilligung seien dem Beschwerdeführer wesentliche Eingriffe in die Substanz bewilligt worden. Diese seien im Baugesuch mit den Farben "Rot" (Neu) und "Gelb" (Abbruch) deklariert worden.

Zudem bestreitet er, das Wohnhaus freiwillig abgebrochen zu haben. Die Bauarbeiten seien vielmehr auf Grund der in der Baubewilligung verlangten Brandschutzmauer sowie wegen des geforderten Energienachweises erforderlich geworden. Deswegen habe er die Zulässigkeit der notwendigen Arbeiten voraussetzen dürfen.

**2. Abweichungen von den bewilligten Plänen**

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war das Korrekturgesuch. Letzteres hat das Verwaltungsgericht der Baubewilligung gegenübergestellt und auf seine Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben geprüft.

Der Baubeschrieb bildete offensichtlich Bestandteil des Korrekturgesuchs, welches von der Architektin des Beschwerdeführers eingereicht wurde. Zudem ergibt sich aus dem Baubeschrieb schon auf Grund des Wortlauts deutlich, was bereits erstellt wurde und welche Massnahmen erst geplant waren.

Dem Baugesuch kann überdies entnommen werden, dass das Wohnhaus nur innen umgebaut und die "nötige Erweiterung im Dachgeschoss ausgebaut" werden sollte. Aus den Plänen geht des Weiteren hervor, dass an den Aussenfassaden mit Ausnahme des Sitzplatzes und einer Erweiterung im Eingangsbereich keine grösseren Änderungen vorgesehen waren. Im Inneren sollte zwar die Raumaufteilung verändert, der Erdgeschossboden abgesenkt, der "Estrich" ausgebaut und im Keller Verschiedenes (Bodenaushub, neue Treppenerschliessung, Einbau von Waschküche, Heizungsraum und separatem Keller-raum) erneuert werden; die Grundstruktur indes wäre nach den bewilligten Pläne erhalten geblieben.

Die vorgesehenen Massnahmen sind denn auch in der Baubewilligung einleitend je pro Geschoss beschrieben. Weiter wurde in der Baubewilligung der Wortlaut von Art. 24d Abs. 3 RPG wiedergegeben, insbesondere Bst. b, wonach die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert zu bleiben haben. Diese Voraussetzung wurde damals - gestützt auf das Baugesuch - als erfüllt erachtet.

Das Verwaltungsgericht hat in der Folge einen Augenschein vor Ort durchgeführt und sich selber ein Bild von den Verhältnissen gemacht. Wenn es dabei zum Schluss kommt, der Beschwerdeführer habe das Wohnhaus Schritt für Schritt bis auf das Dachgeschoss erneuert, ist ihm darin zuzustimmen. Die Feststellungen im angefochtenen Urteil decken sich mit dem Eindruck, der sich aus den in den Akten befindlichen Fotos gewinnen lässt. Der Vergleich zwischen der Bestandesaufnahme und den Bildern, welche der Anzeige der Bauverwaltung ans Untersuchungsamt beigelegt sind, zeigt deutlich, dass das Wohnhaus beinahe gänzlich neu erstellt wurde und heute als massiv gemauerter Bau in Erscheinung tritt.

### **3. Umfang der erteilten Baubewilligung**

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, der von den Behörden verlangte Energienachweis und der Einbau der Brandschutzmauer hätten zwingend weitergehende bauliche Eingriffe erfordert und er diese Massnahmen als von der ursprünglichen Baubewilligung mitumfasst erachtet, verkennt er, dass dafür ein Korrekturgesuch notwendig gewesen wäre.

Die bewilligten Bauarbeiten ergeben sich unmissverständlich aus der Baubewilligung und den dazu gehörenden Plänen. Darüber hinausgehende Arbeiten waren davon nicht erfasst. Die sinngemässe Argumentation des Beschwerdeführers, wonach die mit den Auflagen zusammenhängenden Massnahmen automatisch mitbewilligt gewesen seien, stützt sich auf keinerlei Rechtsgrundlage und überzeugt nicht. Im Gegenteil, es wäre dem Beschwerdeführer durchaus zuzumuten gewesen, im Moment, da sich die seines Erachtens notwendigen zusätzlichen Arbeiten abzeichneten, ein ergänzendes Baugesuch einzureichen oder sich zumindest bei der Baubehörde zu erkundigen, wie vorzugehen sei.

Die Aussage der Architektin anlässlich des verwaltungsgerichtlichen Augenscheins, wonach der Baufortschritt eine frühere Information nicht zugelassen habe, zeigt denn auch, dass sie sich der Bewilligungspflicht bewusst war. Dieses Wissen muss sich der Beschwerdeführer anrechnen lassen.

#### 4. Im Korrekturverfahren zu beurteilendes Bauvorhaben

Auf Grund der geschilderten Umstände kann als erstellt gelten, dass der Beschwerdeführer das Haus nach und nach - abgesehen vom Dachstuhl - vollständig erneuert hat, dies in Abweichung von der Baubewilligung, welche entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers eine Erhaltung der Grundsubstanz vorgesehen hatte. Eine falsche Sachverhaltsfeststellung ist dem Verwaltungsgericht demnach nicht vorzuwerfen. Diese Rüge ist unbegründet.

##### **Weiterführende Hinweise:**

- BGE 111 Ib 213 E. 6a S. 222
- Urteil 1P.708/2007 des Bundesgerichtes vom 13. April 2007, E. 5.5.3
- Juristische Mitteilungen 2007 Nr. 27

#### **Urteil 1A.23/2007 des Bundesgerichtes vom 31. Juli 2007**

Das Bundesgericht stützte das Vorgehen des Verwaltungsgerichtes, den Gegenstand des Korrekturgesuchs auf Grund der eingereichten Unterlagen sowie an Hand der festgestellten Abweichungen von den bewilligten Plänen festzulegen.

**27**

Baurecht:

**Verhältnismässigkeit einer Abbruchverfügung****Art. 130 Abs. 2 BauG: Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands**

**Am Abbruch eines ausserhalb der Bauzonen gelegenen, zonenfremd genutzten Wohnhauses, das in Abweichung von der erteilten Baubewilligung freiwillig abgebrochen und wiederaufgebaut wurde, besteht ein sehr starkes öffentliches Interesse.**

Der Eigentümer eines ausserhalb der Bauzonen gelegenen, zonenfremd genutzten Wohnhauses hatte in Abweichung von der erteilten Baubewilligung (welche die Erhaltung der Grundsubstanz vorgesehen hatte) das Haus nach und nach vollständig erneuert. Die zuständige Gemeindebehörde hatte deshalb den vollständigen Abbruch des wiederaufgebauten Wohnhauses verfügt. Ob diese Abbruchverfügung rechtmässig und vor allem verhältnismässig war, hatte letztinstanzlich das Bundesgericht zu überprüfen.

**1. Voraussetzungen einer Wiederherstellungsverfügung**

Ist eine Baute materiell gesetzeswidrig, hat das noch nicht zur Folge, dass sie abgebrochen werden muss. Auch in einem solchen Falle sind die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätze zu berücksichtigen. Zu ihnen gehören namentlich das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit. Diese Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns werden in Art. 5 Abs. 2 BV ausdrücklich festgehalten.

Ob der verfügte Abbruch im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist, prüft das Bundesgericht grundsätzlich frei. Allerdings auferlegt es sich eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung lokaler Gegebenheiten, welche die kommunalen und kantonalen Behörden besser kennen und überblicken als das Bundesgericht, und um ausgesprochene Ermessensfragen geht.

Vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit hält ein Grundrechtseingriff stand, wenn er zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist und das verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, das heisst den zu seiner Verwirklichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen, steht. Ist die Abweichung vom Gesetz jedoch gering und vermögen die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen, ist ein Beseitigungsbefehl unverhältnismässig.

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

## 2. Beurteilung des Verwaltungsgerichtes

Das Verwaltungsgericht zitiert diese Rechtsprechung im angefochtenen Urteil und führt dazu sinngemäss aus, obwohl der Beschwerdeführer die vorgenommenen Baumassnahmen im Wissen um die fehlende Baubewilligung ausgeführt habe respektive habe ausführen lassen, sei dessen Interesse an der Fertigstellung und am Bewohnen des Hauses gross. Es stehe ausser Frage, dass die Ablehnung des Korrekturgesuchs für den Beschwerdeführer in finanzieller und emotionaler Hinsicht schwerwiegende Folgen nach sich ziehe.

Indes habe die Regierung in ihrem Entscheid zu Recht auf die entgegenstehenden gewichtigen öffentlichen Interessen verwiesen. Wesentlich sei in diesem Zusammenhang namentlich die präjudizielle Bedeutung, die einer Gutheissung des Baugesuchs zukommen würde. Auf Grund der Akten sei ausgewiesen, dass die tragenden Elemente des Gebäudes durch Menschenhand zerstört worden seien; würde ein Wiederaufbau zugelassen, würden den Behörden die Argumente fehlen, um einen solchen in anderen Fällen zu verweigern. Wie gezeigt, habe der Gesetzgeber einen Wiederaufbau von durch Menschenhand abgebrochenen Wohnhäusern im Rahmen von Art. 24d RPG klar ausgeschlossen. Die Interessenabwägung werde damit vom Gesetz vorgegeben.

Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die präjudizielle Bedeutung sei das Interesse an einer Trennung von Baugebiet und Nicht-Baugebiet höher zu gewichten als die vom Beschwerdeführer ins Feld geführten Interessen. Die Abweisung des Korrekturgesuchs erweise sich demnach als verhältnismässig. Gleiches gelte für den verfügten Abbruch des Wohnhauses. Das neu errichtete Haus weiche in erheblichem Mass von der ursprünglich erteilten Baubewilligung ab. Abgesehen vom Dachstuhl sei es vollständig erneuert worden.

Bezüglich der angefallenen Baukosten könne sich der Beschwerdeführer nicht auf den Schutz sämtlicher getätigter Investitionen berufen, da er die Baumassnahmen ohne Baubewilligung und damit auf sein eigenes Risiko vorgenommen habe. Zu berücksichtigen seien die Abbruchkosten, welche sich gemäss Angaben des Beschwerdeführers auf Fr. 50'000.- belaufen würden. Erheblicher als die finanziellen Folgen dürfte nach Auffassung des Verwaltungsgerichts allerdings ins Gewicht fallen, dass der Beschwerdeführer auf eine künftige Wohnnutzung verzichten müsse. Doch bestehe ein gewichtiges Interesse an der Trennung von Bau- und Landwirtschaftsgebiet.

Schliesslich habe der Augenschein gezeigt, dass der Abbruch des Hauses und eine angemessene Rekultivierung des Bodens mit dem Landschaftsbild durchaus zu vereinbaren seien. Die Gegenüberstellung der Interessen führe zu keinem Missverhältnis zwischen den Nachteilen des Beschwerdeführers und den verfolgten öffentlichen Interessen, weshalb der Abbruch gerechtfertigt sei.

## 3. Ausschluss des freiwilligen Wiederaufbaus

Diesen Erwägungen ist zu folgen. Die ursprüngliche Baubewilligung wurde dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 24d RPG erteilt. Ergänzend sieht dazu Art. 42a RPV in Abs. 1 vor, dass im Rahmen von Art. 24d Abs. 1 und 3 RPG Erweiterungen zulässig sind, welche für eine zeitgemässe Wohnnutzung unumgänglich sind. Für landwirtschaftliche Bauten, die rechtmässig bestanden, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugebiets im Sinne des Bundesrechts wurde, können innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens Erweiterungen bis zu den Grenzen von Art. 42 Abs. 3 Bst. a und b zugelassen werden (Art. 42a Abs. 2 RPV). In beiden Fällen kann der Wiederaufbau nach Zerstörung durch höhere Gewalt zugelassen werden (Art. 42a Abs. 3 RPV).

Art. 24d Abs. 1 RPG sieht einen Wiederaufbau eigentlich nicht vor. Im Gegenteil wird dort vorausgesetzt, dass die Substanz erhalten ist und weiter genutzt wird. Wenn der Verord-

nungsgeber in Fällen der Zerstörung durch höhere Gewalt trotzdem einen Wiederaufbau zulässt, so steht dahinter die Absicht, zahlenmässig nicht ins Gewicht fallende Härtefälle zu lösen. Vorliegend ist unbestritten, dass keine höhere Gewalt zum Wiederaufbau des Hauses geführt hat.

#### 4. Beurteilung der Abbruchverfügung

Der Beschwerdeführer hat das Haus sukzessiv umfassend erneuert. Mit Ausnahme des Dachgeschosses entspricht heute kaum mehr ein Gebäudeteil dem ursprünglichen Zustand.

Die Architektin des Beschwerdeführers musste wissen, dass die zusätzlichen baulichen Massnahmen bewilligungspflichtig waren. Wie bereits hiervoor gesehen, muss sich der Beschwerdeführer dieses Wissen anrechnen lassen. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang auch der Einwand des Beschwerdeführers, die zusätzlichen Massnahmen seien durch die Auflagen betreffend Energienachweis und Brandschutzmauer abgedeckt gewesen.

Gegen den Neu- respektive Wiederaufbau spricht einerseits der Schutz der Rechtsgleichheit und andererseits einer der wichtigsten Grundsätze des Raumplanungsrechts, die Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet. Dementsprechend ist das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sehr stark zu gewichten.

Dem stehen an privaten Interessen des Beschwerdeführers im Wesentlichen Vermögensinteressen entgegen, nämlich ein Verlust der Erstellungskosten zuzüglich Abbruch- und Wiederherstellungskosten. Hinzu kommt, dass er auf die vorgesehene Wohnnutzung verzichten muss.

Diese privaten Interessen wiegen zwar nicht leicht, doch werden sie von den öffentlichen, für den Abbruch und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechenden Interessen übertroffen. Es geht denn auch nicht an, dass der Beschwerdeführer entgegen der Baubewilligung das Erscheinungsbild des Hauses selber massgeblich verändert und dann argumentiert, ein Abbruch stehe in Widerspruch zum Schutzplan, welcher die bestehenden Erscheinungsbilder erhalten wolle. Das Verwaltungsgericht hat den Bauabschlag unter diesem Aspekt geprüft und ist zum Schluss gelangt, der Abbruch des Wohnhauses lasse sich mit den Vorgaben des Schutzplanes vereinbaren. Dies ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

#### Weiterführende Hinweise:

- BGE 132 II 21 E. 6.4 S. 39 f.; 128 I 1 E. 3e/cc S. 15; 123 II 248 E. 4a und 4b S. 255; 119 Ia 348 E. 2a S. 353; 119 Ia 445 E. 3c S. 451; 111 Ib 213 E. 6b S. 224 f.
- Urteile des Bundesgerichtes 1P.708/2007 vom 13. April 2007, E. 5.1, und 1A.301/2000 vom 28. Mai 2001, E. 6c S. 30
- Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuterungen zu Art. 42a RPV, Version vom 23. August 2004, S. 4
- Juristische Mitteilungen 2007 Nr. 26

#### Urteil 1A.23/2007 des Bundesgerichtes vom 31. Juli 2007

Gleich wie das Verwaltungsgericht stufte das Bundesgericht das öffentliche Interesse an der Rechtsgleichheit und den Grundsätzen der Raumplanung höher ein als die entgegenstehenden privaten Interessen. Die Abbruchverfügung war deshalb nicht zu beanstanden.

**28**

Baurecht:

**Abbruch eines wiederaufgebauten Wohnhauses****Art. 130 Abs. 2 BauG: Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands****Der Abbruch eines ausserhalb der Bauzonen widerrechtlich wiederaufgebauten, zonenfremd genutzten Wohnhauses ist verhältnismässig.**

Voraussetzung einer Wiederherstellungsverfügung ist unter anderem, dass sich die zu treffenden Wiederherstellungsmassnahmen als verhältnismässig erweisen. Die Regierung hatte im vorliegenden Fall zu beurteilen, ob die Verhältnismässigkeit für den Abbruch eines ausserhalb der Bauzonen gelegenen, zonenfremd genutzten Wohnhauses gegeben ist, welches entgegen der erteilten Baubewilligung vollständig erneuert worden war.

**1. Voraussetzungen einer Wiederherstellungsverfügung**

Widerspricht eine Bauausführung den gesetzlichen Vorschriften oder genehmigten Plänen oder wird sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen, kann die zuständige Behörde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangen (Art. 130 Abs. 2 BauG).

Nach der Rechtsprechung ist die Baupolizeibehörde nicht nur gehalten, sondern vielmehr verpflichtet, eine nicht bewilligte Errichtung, Änderung oder Umnutzung einer Baute zu verbieten, so lange die erforderliche Bewilligung nicht vorliegt. Die Behörde muss die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verfügen oder ein Verbot der Umnutzung erlassen - es sei denn, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit würde dadurch verletzt. Damit ist es grundsätzlich nicht Sache der Rekursinstanz, erstmals über den Umfang der Wiederherstellung zu befinden. Vielmehr hat die Vorinstanz von Amtes wegen zu prüfen, welche Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verhältnismässig sind.

**2. Verhältnismässigkeit von Wiederherstellungsmassnahmen**

Die zuständige Gemeindebehörde verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, indem sie unter Hinweis auf die raumplanungsrechtliche Teilverfügung des Amtes für Raumentwicklung vom 9. November 2006 den Abbruch des Wohnhauses anordnete.

Es ist somit zu prüfen, ob diese Massnahme vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhält. Im Zusammenhang mit der Beseitigung rechtswidriger Bauten bedeutet der Verhältnismässigkeitsgrundsatz, dass eine Abbruchverfügung nur erlassen werden darf, wenn diese Massnahme bei objektiver Betrachtung als die einzig geeignete erscheint, um den aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Sie hat dann zu unterbleiben, wenn die Abweichung von den Bauvorschriften geringfügig ist, wenn der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt oder wenn das öffentliche Interesse am Abbruch den dem Bauherrn entstehenden Schaden nicht zu rechtfertigen vermag.

Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch der bösgläubige Bauherr berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Überlegungen - wie dem Schutz der Rechtsgleichheit oder der baurechtlichen Ordnung - dem Inte-

resse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ein erhöhtes Gewicht beimessen.

#### **a) Öffentliches Interesse an den Wiederherstellungsmassnahmen**

Vorliegend wurden die massgebenden Bauvorschriften in gravierender Weise missachtet. Ein ursprünglich landwirtschaftlich genutztes Wohnhaus wurde schrittweise abgebrochen und teilweise wieder aufgebaut - obwohl ein solcher Wiederaufbau gemäss Art. 42a Abs. 3 RPV nur nach Zerstörung durch höhere Gewalt zulässig ist. Entstanden ist eine leere Gebäudehülle, welche mit Böden und Trennwänden "gefüllt" und in der Folge landwirtschaftsfremd genutzt werden soll. Damit wird auch Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG missachtet, wonach in landwirtschaftlichen Wohnbauten bei einem massiven Eingriff in die tragende Substanz eine landwirtschaftsfremde Wohnnutzung nicht bewilligungsfähig ist. Missachtet werden auch der Gedanke des Raumplanungsrechts und der verfassungsrechtliche Grundsatz von Art. 75 BV.

An der Einhaltung dieser Bestimmungen besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. Hinzu kommt, dass die Südfassade auf Höhe des Erd- und Untergeschosses vollumfänglich zerstört und entfernt wurde, wiewohl diese Fassade gemäss kommunaler Schutzverordnung unter Schutz steht.

Das öffentliche Interesse gebietet mit anderen Worten einen vollumfänglichen Abbruch des Wohnhauses. Dies gilt umso mehr, als auch die Denkmalpflege angesichts des Restbestandes des Wohnhauses festhielt, dass die denkmalpflegerischen Forderungen nicht mehr erfüllt werden können.

#### **b) Fehlender Investitionsschutz**

Das öffentliche Interesse am Abbruch vermag den Schaden, der den Rekurrenten durch den Abbruch erwächst, zweifellos zu rechtfertigen. Getätigte Investitionen sind für die Prüfung der Verhältnismässigkeit des Abbruchs ohne Belang. Wer ohne Baubewilligung baut, tut dies auf eigenes Risiko und auf die Gefahr hin, die Baute nachträglich beseitigen zu müssen. Da die Rekurrenten für den Abbruch und Wiederaufbau des Wohnhauses keine Bewilligung einholten, können sie sich auch nicht auf den Investitionsschutz berufen, der aus Baubewilligungen fliesst.

#### **c) Geeignetheit der Wiederherstellungsmassnahmen**

Der Abbruch des rechtswidrig erstellten Wohnhauses erscheint als die einzig geeignete Massnahme zur Behebung des aktuellen baurechtswidrigen Zustands. Die von den Rekurrenten vorgeschlagene Massnahme - nachträgliche Berücksichtigung der denkmalpflegerischen Auflagen - ist hierzu nicht geeignet. Abgesehen davon, dass selbst nach Ansicht der Denkmalpflege die Substanz des Wohnhauses vollumfänglich zerstört wurde, kann der rechtmässige Zustand durch einen nachträglichen Wiederaufbau nicht wieder hergestellt werden.

#### **d) Fehlende Gutgläubigkeit des Bauherrn**

Anzufügen bleibt, dass die Gutgläubigkeit des Bauherrn mehr als zweifelhaft scheint. Dieser wusste auf Grund diverser Kontakte mit der kantonalen Denkmalpflege um die Schutzwürdigkeit seiner Liegenschaft. Die getroffenen Abmachungen - beispielsweise eine originalgetreue Restaurierung der Ost- und Nordfassade - wurden als Auflage in die Bau-

bewilligung vom 15. Juni 2004 aufgenommen. Der originalgetreue Erhalt der Südfassade wurde gar ausdrücklich im bewilligten Plan Nr. 885-01/290304wm vermerkt.

Der Bauherr wurde überdies mehrfach auf die massgebenden Bestimmungen des Raumplanungsgesetzes und der Raumplanungsverordnung hingewiesen. Es rechtfertigt sich folglich, dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ein besonderes Gewicht zuzumessen.

Damit steht fest, dass sich der angeordnete Abbruch des rechtswidrig erstellten Wohnhauses als verhältnismässig erweist. Der Rekurs ist somit auch diesbezüglich abzuweisen.

**Weiterführende Hinweise:**

- GVP 1980 Nr. 49
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, NN 1211 ff.
- ZBI 81 [1980], S. 7
- Juristische Mitteilungen 2007 Nr. 25

**Beschluss Nr. 580 der Regierung vom 14. August 2007**

Die Regierung stützte den Entscheid der Vorinstanz, welche den Abbruch des widerrechtlich wiederaufgebauten Wohnhauses ausserhalb der Bauzonen verfügt hatte, weil sie den Abbruch als verhältnismässig einstufte.

**29**

Umweltschutzrecht:

**Kontrollmassnahmen als Nebenbestimmungen****Art. 87 Abs. 2 BauG: Nebenbestimmungen**

**Baubewilligungen können mit Nebenbestimmungen verbunden werden, welche die rechtmässige Nutzung des Bauvorhabens sicherstellen.**

Für die Nutzung einer Mobilfunkanlage wurden von der zuständigen Gemeindebehörde folgende Auflagen in die Baubewilligung aufgenommen:

- 3.2 Die Anlage muss nach den Vorgaben des BAFU-Rundschreibens vom 16. Januar 2006 betrieben werden. Die Baugesuchstellerin wird verpflichtet, die bewilligte Mobilfunkanlage in ihr Qualitätssicherungssystem einzubinden.
- 3.3 Die Bewilligungsbehörde kann zu Lasten der Betreiberin jederzeit und ohne Vorankündigung einen Fachmann mit der Überprüfung der Anlage beauftragen. Allfällig festgestellte Mängel müssen innerhalb von 3 Monaten behoben werden. Ansonsten ist die Anlage unverzüglich ausser Betrieb zu setzen.
- 3.4 Unmittelbar nach der Inbetriebnahme der Mobilfunkanlage ist durch die Baugesuchstellerin eine Abnahmemessung vorzunehmen. Der Baukommission ist diese vorgängig anzuzeigen.

Gegen die in Ziffer 3.3 verfügten Auflagen erhob die Anlagenbetreiberin Rekurs beim Baudepartement, welches folglich deren Zulässigkeit zu beurteilen hatte.

**1. Zulässigkeit von Nebenbestimmungen**

Nach Art. 78 Abs. 1 BauG bedarf das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen einer Baubewilligung. Eine solche ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse entgegenstehen (Art. 87 Abs. 1 BauG), wobei die Bewilligung mit einschränkenden Auflagen und Bedingungen verbunden werden kann (Art. 87 Abs. 2 BauG).

Nebenbestimmungen zur Baubewilligung bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, wobei sie nicht in allen Fällen ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen sein müssen, sondern sich ihre Zulässigkeit auch aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergeben und damit aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen kann.

**2. Streitgegenstand**

Vorliegend richtet sich der Rekurs gegen die in Ziffer 3.3 der Baubewilligung vom 29. August 2006 enthaltenen Nebenbestimmungen. Angefochten ist zum einen die der Anlagenbetreiberin übertragene Pflicht zur Übernahme der Kosten, die im Zusammenhang mit allfälligen von der Vorinstanz durchgeführten oder in Auftrag gegebenen Kontrollmass-

nahmen entstehen, sowie zum andern die Festlegung der Frist für eine allfällige Mängelbehebung auf drei Monate.

Unumstritten ist demgegenüber die ebenfalls in Ziffer 3.3 festgehaltene und sich ausdrücklich auch aus Art. 12 NISV (eidgenössische Verordnung zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung, SR 814.710) ergebende allgemeine Berechtigung der Vorinstanz, als Bewilligungsbehörde jederzeit und ohne Vorankündigung die Einhaltung der von ihr verfügten und mit der Bewilligung verknüpften Auflagen und Bedingungen zu überprüfen.

### **3. Kosten von Kontrollmassnahmen**

In der NIS-Verordnung selbst ist die Frage, wer den finanziellen Aufwand für Kontrollen zu tragen hat, nicht geregelt. Art. 48 Abs. 1 USG als Konkretisierung des in Art. 2 USG allgemein festgehaltenen Verursacherprinzips schreibt vor, dass für Bewilligungen, Kontrollen und besondere Dienstleistungen nach diesem Gesetz eine Gebühr erhoben werde.

Die Vorschrift ist jedoch nicht unmittelbar anwendbar und stellt keine genügende gesetzliche Grundlage für die Gebührenerhebung dar. Diese setzt vielmehr ergänzendes Ausführungsrecht voraus, welches den spezifischen abgaberechtlichen Grundsätzen zu genügen hat; der Kreis der Abgabepflichtigen sowie der Gegenstand der Abgabe und deren Bemessung sind zumindest in den Grundzügen in einem referendumpflichtigen Erlass festzulegen. Im Bund bestimmt der Bundesrat, in den Kantonen die nach kantonalem Recht zuständige Behörde die Ansätze (Art. 48 Abs. 2 USG).

#### **a) Kantonalrechtliche Grundlage**

Im Kanton St.Gallen sieht Art. 94 VRP vor, dass die vorgeschriebene Gebühr zu entrichten hat und überdies zum Ersatz der Barauslagen der Behörde verpflichtet werden kann, wer eine Amtshandlung zum eigenen Vorteil oder durch sein Verhalten veranlasst.

Gestützt auf die in Art. 100 VRP erteilte Regelungskompetenz hat die Regierung hierzu in der Verwaltungsgebührenverordnung (sGS 821.1; abgekürzt VGV) ergänzende Vorschriften erlassen und im Gebührentarif (sGS 821.5; abgekürzt GebT) die Gebührenansätze geregelt. So sieht Ziff. 10.17 GebT für amtliche Kontrollen eine Gebühr zwischen Fr. 50.- und Fr. 2'300.- vor.

Für die Erhebung von Gebühren für Kontrollen, mit welchen die Gemeinde die Einhaltung von Auflagen und Bedingungen überprüfen will, liegt folglich zum einen eine genügende gesetzliche Grundlage vor. Zum andern regelt auch Art. 94 VRP die Kostenauflegung nach dem in Art. 48 in Verbindung mit Art. 2 USG festgehaltenen Verursacherprinzip. Offen ist, wer als Verursacher gilt.

#### **b) Kostentragungspflicht bei Kontrollmassnahmen**

Umstritten ist vorliegend die Kostentragungspflicht für Kontrollen, welche nach Aufnahme des Mobilfunkbetriebs und nach der unmittelbar nach Inbetriebnahme durchzuführenden (und ihrerseits unbestrittenen) Abnahmemessung (Ziffer 3.4 der Baubewilligung vom 29. August 2006) vorgenommen werden.

Es handelt sich somit um Nach- oder Stichprobenkontrollen. Während Nachkontrollen einen regelmässig vom - entsprechend kostenpflichtigen - Kontrollierten gesetzten Anlass voraussetzen, sind Stichprobenkontrollen, welche systematisch die Einhaltung des Umweltschutzgesetzes und die Wirkung des Vollzugs überprüfen, nicht Einzelnen zurechen-

bar. Die Kosten einer Kontrolle können nur dann dem Kontrollierten auferlegt werden, wenn sich ergibt, dass tatsächlich Vorschriften nicht eingehalten wurden.

### **c) Ursache der Kontrollmassnahmen**

Aus dem von der Rekurrentin eingereichten Standortdatenblatt vom 23. Juli 2004 ergibt sich, dass der Anlagegrenzwert von 6 V/m am OMEN Nr. 2 mit 4,82 V/m zu über 80 Prozent ausgeschöpft ist (am OMEN Nr. 6 mit 4,34 V/m zu 72 Prozent).

Damit liegt einerseits ein Grund für die bereits erwähnte Abnahmemessung unmittelbar nach der Inbetriebnahme der Anlage vor. Andererseits besteht genügend Anlass, die Einhaltung der massgeblichen Grenzwerte auch nachträglich, während des Betriebs, zu kontrollieren. Da der Anlass von der Rekurrentin als Anlagenbetreiberin gesetzt wird, erscheint eine Kostenaufgabe zu ihren Lasten grundsätzlich gerechtfertigt. Dies kann jedoch nur für Kontrollen gelten, die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit als notwendig beurteilt werden.

### **d) Verhältnismässigkeit der Kontrollmassnahmen**

Wie jedes staatliche Handeln unterstehen auch Kontrollen dem Verhältnismässigkeitsprinzip, das heisst sie haben geeignet und notwendig zu sein; das eingesetzte Mittel muss so dann zum angestrebten Zweck in einem vernünftigen Verhältnis stehen.

Die Beurteilung der Frage, welche Kontrollen in welcher Anzahl noch als verhältnismässig gelten, hat sich vorliegend seit dem Erlass der Baubewilligung vom 29. August 2006 insofern geändert, als mittlerweile das mit Schreiben des Bundesamtes für Umweltschutz vom 16. Januar 2006 in Aussicht gestellte, in Zusammenarbeit mit den Mobilfunkbetreiberinnen sowie den kantonalen und kommunalen NIS-Fachstellen erarbeitete Qualitätssicherungssystem zertifiziert wurde und seit Anfang des Jahres 2007 in Betrieb ist. Das System sieht vor, dass die eingestellten Werte jeder einzelnen Antenne für die Senderichtung und die maximale Sendeleistung in einer Datenbank erfasst und täglich mit den bewilligten Werten verglichen werden. Die Vollzugsbehörden werden über alle allfälligen Überschreitungen informiert und haben zur Kontrolle auch eine uneingeschränkte Einsicht in die Datenbank. Auch die vorliegend bewilligte Mobilfunkanlage wurde in Ziffer 3.2 der Baubewilligung vom 29. August 2006 der Einbindung in das QS-System unterstellt.

Das Bundesgericht hat das QS-System in verschiedenen Entscheiden als wirksames und ausreichendes Instrument zur Kontrolle der Emissionsbegrenzungen bezeichnet. Damit jedoch fehlt es allfälligen weiteren, parallel dazu von der Vorinstanz durchgeführten Kontrollen an der Notwendigkeit beziehungsweise Verhältnismässigkeit. Zusätzliche, separate Kontrollen bleiben wohl zulässig; die entsprechenden Kosten können jedoch nur noch dann der Rekurrentin überbunden werden, wenn eine Unregelmässigkeit oder Verletzung von Vorschriften festgestellt würde. In Ziffer 3.3 der Baubewilligung vom 29. August 2006 wurde der Rekurrentin somit zu Unrecht eine generelle Kostentragungspflicht überbunden. Eine allfällige Kostenaufgabe zu ihren Lasten wäre vielmehr mit separater Verfügung festzulegen.

## **4. Umsetzung der Ergebnisse von Kontrollen**

Angefochten ist im Weiteren die ebenfalls in Ziffer 3.3 der Baubewilligung vom 29. August 2006 enthaltene Anordnung, dass allfällig festgestellte Mängel innerhalb von drei Monaten zu beheben seien, ansonsten die Anlage unverzüglich ausser Betrieb genommen werden müsse.

Die Rekurrentin macht geltend, dass die Anlage gemäss Art. 7 Abs. 1 NISV zu sanieren sei, falls Verstösse gegen die massgeblichen Vorschriften festgestellt würden. Die Sanierungsfrist könne nicht bereits in der Baubewilligung festgelegt werden, sondern sei in einer separaten Sanierungsverfügung zu bestimmen und könne maximal fünf Jahre betragen (Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 NISV). Die bereits erfolgte generelle Reduktion der Frist auf drei Monate sei unzulässig und stelle eine unverhältnismässige Einschränkung dar.

#### **a) Sanierung rechtswidriger Anlagen**

Art. 7 NISV regelt die Sanierungspflicht alter Anlagen. Anlagen gelten gemäss Art. 3 Abs. 1 NISV dann als alt, wenn der Entscheid, der die Bauarbeiten oder die Aufnahme des Betriebs ermöglicht, bei Inkrafttreten der NIS-Verordnung am 1. Februar 2000 (Art. 21 NISV) rechtskräftig war.

Das vorliegende Baugesuch der Rekurrentin bezieht sich auf den Neubau einer Kommunikationsanlage; die Sanierungsvorschriften in Art. 7 ff. NISV sind somit auf diese neue Anlage (Art. 3 Abs. 2 Bst. a NISV) nicht anwendbar. Werden im Rahmen einer Kontrolle Mängel festgestellt, sind vielmehr die allgemeinen Vorschriften über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes heranzuziehen (Art. 130 BauG). Unter anderem ist dem Pflichtigen eine angemessene Frist anzusetzen.

#### **b) Massnahmen zur Einhaltung der Belastungsgrenzwerte**

Im Wortlaut von Ziffer 3.3 wird nicht nach der Art allfälliger Mängel unterschieden; wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 8. Dezember 2006 ausführt, soll sich die Anordnung jedoch ausschliesslich auf die Einhaltung der Belastungsgrenzwerte beziehen.

Diesbezüglich ist ebenfalls die Einbindung der Mobilfunkanlage in das von der Rekurrentin eingerichtete QS-System zu berücksichtigen, sieht dieses doch vor, dass allfällige Überschreitungen der bewilligten Sendeleistungen und Senderichtung innert 24 Stunden behoben werden müssen, sofern dies durch Fernsteuerung möglich ist, andernfalls innerhalb einer Arbeitswoche.

Diese Fristen liegen weit unter der in Ziffer 3.3 der Bewilligung angesetzten Frist von drei Monaten. Sofern es um die Behebung eines im Rahmen des QS-Systems erkannten Mangels geht, erwächst der Rekurrentin aus Ziffer 3.3 somit kein Rechtsnachteil.

#### **c) Frist zur Mängelbehebung**

Von Bedeutung bleibt die bereits fixierte Fristdauer folglich nur für Überschreitungen, welche durch ausserhalb des QS-Systems beziehungsweise zusätzlich durch die Vorinstanz durchgeführte Kontrollen entdeckt würden.

Grundsätzlich ist einem Pflichtigen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes eine angemessene Frist anzusetzen. Auch in Bezug auf allfällige, durch zusätzliche Kontrollen festgestellte Überschreitungen dürfte sich die Angemessenheit in der Regel an den im Rahmen des QS-Systems geltenden relativ kurzen Fristen orientieren und eine allgemeine Frist von drei Monaten in der Mehrzahl der Fälle zu grosszügig sein. Denkbar ist aber auch, dass in begründeten Einzelfällen die Ansetzung einer längeren Frist notwendig und unter Berücksichtigung des Zwecks der nach der NIS-Verordnung festgelegten Belastungsgrenzwerte - den Schutz von Menschen vor schädlicher oder lästiger nichtionisierender Strahlung (Art. 1 NISV) - auch vertretbar ist.

Die in Ziffer 3.3 der Baubewilligung bereits im voraus generell auf drei Monate festgesetzte Instandstellungsfrist erscheint jedenfalls als zu starr; zur Mängelbehebung wäre vielmehr im Einzelfall eine der Art und dem Mass der konkreten Überschreitung angemessene Frist zu verfügen.

#### **d) Massnahmen zur Mängelbehebung**

Entsprechendes lässt sich in Bezug auf die ebenfalls in Ziffer 3.3 enthaltene Anordnung festhalten, wonach die Anlage unverzüglich ausser Betrieb zu nehmen ist, falls allfällige Mängel nicht innerhalb der Dreimonatsfrist behoben werden. Auch die Folgen einer mangelnden oder mangelhaften Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sind im Einzelfall, unter Umständen in Kombination mit der Fristansetzung, in einer Verfügung anzudrohen beziehungsweise festzulegen.

Nach dem Gesagten sind sowohl der zweite als auch der dritte Satz von Ziffer 3.3 der Baubewilligung vom 29. August 2006 aufzuheben.

### **5. Korrektur der Auflagen**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die in Ziffer 3.3 der Baubewilligung vom 29. August 2006 der Anlagenbetreiberin und Rekurrentin auferlegte allgemeine Kostentragungspflicht für Kontrollen als Folge der Einführung und Inbetriebnahme des QS-Systems nicht (mehr) verhältnismässig ist und der Rekurs insofern geschützt wird. Der Zusatz "zu Lasten der Betreiberin" im ersten Satz von Ziffer 3.3 ist zu streichen.

In Bezug auf die ebenfalls angefochtene Festsetzung der Instandstellungs- und Mängelbehebungsfrist auf drei Monate und die Anordnung der ansonsten unverzüglichen Ausserbetriebnahme wäre Ziffer 3.3 der Baubewilligung sodann mit dem ausdrücklichen Hinweis zu ergänzen, dass sich die Regelung ausschliesslich auf allfällige Überschreitungen der Belastungsgrenzwerte und nicht andere Mängel bezieht. Mit der Inbetriebnahme des QS-Systems, welches eine Mängelbehebungsfrist von höchstens einer Arbeitswoche vorsieht, ist die Regelung jedoch ohnehin nur noch auf Überschreitungen anwendbar, die durch unabhängig vom QS-System durchgeführte Kontrollen entdeckt würden. In diesen Fällen dürfte die generelle Frist von drei Monaten in der Regel zu grosszügig beziehungsweise den konkreten Umständen zu wenig angepasst sein, weshalb der zweite wie der dritte Satz von Ziffer 3.3 der Baubewilligung aufzuheben sind. Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes hätte in diesen Fällen mit einer separaten Verfügung zu erfolgen.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- Urteile des Bundesgerichtes 1A.57/2006 vom 6. September 2006; 1A.54/2006 vom 10. Oktober 2006; 1A.129/2006 vom 10. Januar 2007; 1A.140/2006 vom 1. Februar 2007
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 69
- U. Brunner, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2001, Art. 48 NN 1, 1a, 15 und 17
- A. Griffel, Die Grundprinzipien des Schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, N 274
- Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, § 21 NN 2 und 4
- Mitteilungen des BAFU unter [www.bafu.admin.ch/elektrosmog](http://www.bafu.admin.ch/elektrosmog)

### **Entscheid Nr. 20/2007 des Baudepartementes vom 14. August 2007**

Nachdem sich die von der Vorinstanz angeordneten Kontrollmassnahmen als unverhältnismässig herausstellten, wurden sie vom Baudepartement angepasst.

**30**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Zurückkommen auf eine abgelaufene Bewilligung****Art. 27 VRP: Wiedererwägungsgesuch**

**Anspruch auf Wiedererwägung einer befristeten und zwischenzeitlich abgelaufenen gewässernutzungs- und gewässerschutzrechtlichen Bewilligung zum Betrieb einer Grundwasserfassung besteht nur, wenn ausreichende Rückkommensgründe vorliegen. Fehlen solche Gründe, tritt die Behörde auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein.**

Eine Dorfkorporation bezieht auf ihrem Grundstück seit knapp 50 Jahren Grundwasser. Die Konzession dafür war auf das Ende des Jahres 2001 begrenzt. Obwohl das Amt für Umweltschutz die Konzessionärin mehrmals darauf hingewiesen hatte, dass die Wasserrechtskonzession nicht erneuert werde, suchte diese Ende des Jahres 2000 um Verlängerung der Konzession nach. Das Amt für Umweltschutz erteilte im April 2001 stattdessen eine befristete Bewilligung zum vorübergehenden Betrieb der Grundwasserfassung bis Ende des Jahres 2004. Nach Ablauf der Bewilligungsdauer sollte das Pumpwerk stillgelegt werden. Die Bewilligung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Ende des Jahres 2005 stellte das Amt für Umweltschutz der Dorfkorporation einen Verfügungsentwurf betreffend Löschung der befristeten Bewilligung im Grundwasserverzeichnis und Anordnung von Sicherheits- und Instandstellungsarbeiten zur Stellungnahme zu. Statt sich zum vorgelegten Verfügungsentwurf vernehmen zu lassen, ersuchte diese erneut um Verlängerung der Konzession bis Ende des Jahres 2011. Das Amt für Umweltschutz trat auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein und setzte für die angeordnete Ausserbetriebnahme- und Stilllegungsarbeiten eine Frist. Gegen diese Verfügung erhob die Dorfkorporation beim Baudepartement Rekurs.

**1. Zulässigkeit der Wiedererwägung**

Wiedererwägungsgesuche sind nach Art. 27 VRP zulässig. Das Wiedererwägungsgesuch ist grundsätzlich ein formloser Rechtsbehelf, mit dem die Behörde ersucht wird, die Frage der Änderung einer Verfügung zu prüfen. Es begründet keinen Anspruch darauf, dass die Behörde auf das Gesuch eintritt. Es liegt im Ermessen der Behörde, ob sie es behandeln will oder nicht.

**2. Anspruch auf Wiedererwägung**

Demgegenüber muss die Behörde auf das Wiedererwägungsgesuch eintreten, wenn der Gesuchsteller anerkannte Rückkommensgründe vorbringen kann. Solche liegen vor:

- wenn sich die Umstände seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder
- wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft macht, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn unmöglich war oder keine Veranlassung bestand.

Ein Widerruf kommt nur bei fehlerhaften Verfügungen in Betracht, wobei die Fehlerhaftigkeit ursprünglicher oder nachträglicher Natur sein kann.

### 3. Beurteilung des Wiedererwägungsgesuchs

In einem ersten Schritt prüft die Behörde, ob die Voraussetzungen für ein Zurückkommen auf einen formell rechtskräftigen Entscheid erfüllt sind und in einem zweiten Schritt, ob er fehlerhaft ist und das Interesse an der Korrektur dieses Fehlers gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit und am Vertrauensschutz überwiegt. Tritt die angerufene Behörde auf das Gesuch materiell ein, so können gegen die entsprechende Verfügung die in der Sache zulässigen Rechtsmittel eingelegt werden. Im Fall eines Nichteintretensentscheids kann nur geltend gemacht werden, das Vorliegen eines Wiedererwägungsgrunds sei zu Unrecht verneint worden.

#### a) Vorbringen der Rekurrentin

Die Rekurrentin begründet das Gesuch mit dem guten technischen Zustand des Pumpwerks und der stets guten Qualität des Grundwassers, wogegen die Wasserqualität der Nachbarkorporationen, mit denen sie verbunden ist, unzureichend sei. Weiter macht sie geltend, das Grundwasserpumpwerk werde nur für Ausnahmefälle eingesetzt, nicht aber für die primäre Versorgung mit Trinkwasser. Dafür bestünde eine eigene Quelfassung.

#### b) Fehlen anerkannter Rückkommensgründe

Das angesprochene Qualitätsproblem bei den Nachbarkorporationen wurde zwischenzeitlich behoben. Davon abgesehen befinden sich jene Anlagen in einem tadellosen Zustand und das dort gefasste Trinkwasser ist einwandfrei. Im Gegensatz zum Pumpwerk der rekurrierenden Dorfkorporation verfügen jene über die nötigen, rechtskräftig ausgeschiedenen Grundwasserschutzzonen. Dazu kommt, dass jene Quellen in den letzten fünf Jahren 33 beziehungsweise 21 Mal analysiert worden sind, während die eigene Grundwasserfassung in 13 Jahren nur gerade elf Mal beprobt wurde. Dichtigkeitsprüfungen von Schmutzwasserleitungen im Einflussbereich der Grundwasserfassung wurden überhaupt keine durchgeführt, obwohl die Fassung mitten im Siedlungsgebiet liegt und wegen der fehlenden Schutzzone real gefährdet ist.

Die konkrete Gefährdung der Grundwasserfassung hat sich seit dem Jahr 2001 nicht verändert. Im Gegenteil vermutet selbst der Experte der Rekurrentin, dass wegen des gut durchlässigen Untergrunds, zum Beispiel durch Streusalzeintrag auf der nahen Kantonsstrasse, Verunreinigungen des Grundwassers stattfinden und nachweisbar sein müssten.

Auch der heutige gute Zustand des Pumpwerks rechtfertigt es nicht, auf die rechtsbeständige Stilllegungsverfügung zurückzukommen. Zum einen hätte die Dorfkorporation diesen Einwand bereits gegen die bloss vorübergehende Bewilligung des Pumpwerks vorbringen können. Und zum andern hat sie die Anlage im Wissen darum, dass die Grundwasserfassung keine Zukunft haben werde, erneuert. Erschwerend kommt dazu, dass sie die für den Umbau nötige Bewilligung des Baudepartementes nicht eingeholt hatte. Die Dorfkorporation hätte vielmehr genügend Zeit gehabt, für den stillzulegenden Grundwasserbrunnen einen Ersatz zu realisieren und das gefährdete Pumpwerk zum Beispiel in einen Notbrunnen umzuwandeln.

#### c) Keine neuen Vorbringen im Rechtsmittelverfahren

Nachdem die angerufene Behörde auf das Wiedererwägungsgesuch materiell nicht eingetreten ist, kann die Rekurrentin im Rechtsmittelverfahren nur noch geltend machen, das Vorliegen eines Wiedererwägungsgrunds sei zu Unrecht verneint worden. Neue Tatsachen oder Beweismittel dagegen können nicht mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden,

sondern sind mit einem neuen Gesuch vorzutragen. Der erstmals im Rekursverfahren vorgebrachte Einwand, die aktuelle Versorgungssicherheit könne ohne das Pumpwerk nicht mehr gedeckt werden, ist daher nicht zu hören.

**Weiterführende Hinweise:**

- Wegleitung Grundwasserschutz des BUWAL [heute BAFU], Bern 2004, S. 59, 97 f.
- Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, NN 990 ff.; 1042; 1034; 1045
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, N 576
- Juristische Mitteilungen 1998/I Nr. 5; 2002 Nr. 2

**Entscheid Nr. 21/2007 des Baudepartementes vom 14. August 2007**

Das Baudepartement stellte im Rekursverfahren fest, dass die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch der Rekurrentin zu Recht nicht eingetreten war.