



Juristische Mitteilungen 2009 / III

Inhalt

Natur- und Heimatschutzrecht		
1	Beurteilung von Beeinträchtigungen bei Schutzobjekten	2
Planungsrecht		
2	Mehrausnützung dank Überbauungsplan	6
3	Planungszone zur Verhinderung von Mobilfunkanlagen?	10
Baurecht		
4	Gebäudehöhe bei fassadenbündigem Attikageschoss	17
Gewässerschutzrecht		
5	Unzulässige Eindolung eines Fließgewässers	20
Öffentliches Beschaffungswesen		
6	Widerruf des Zuschlags infolge nachträglicher Angebotsänderung	28
Verwaltungsverfahrensrecht		
7	Fehlende Teilnahme am erstinstanzlichen Verfahren	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

Zitiervorschlag:
Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen Jahr/Band/Nr

1

Beurteilung von Beeinträchtigungen bei Schutzobjekten

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2008/219 vom 22. September 2009

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Schutzobjekt durch eine geplante bauliche Massnahme beeinträchtigt wird, ist einzig die Sicht von aussen auf das Objekt massgebend. Die Innensicht vom Schutzobjekt aus auf die Umgebung gilt nicht als geschütztes Objekt. Eigentümer oder Bewohner eines Schutzobjekts haben daher keinen Anspruch auf eine "schöne Umgebung".

Einleitung

In rund 85 m Entfernung von einem in der kommunalen Schutzverordnung aufgeführten Schutzobjekt von regionaler Bedeutung – einer Villa mit Nebengebäuden sowie einer die Zufahrtsstrasse säumende Lindenallee – sollte eine rund 35 m hohe Mobilfunkantennenanlage erstellt werden.

Die Eigentümer dieses Schutzobjekts hatten sowohl im erstinstanzlichen Einspracheverfahren wie auch in den nachfolgenden Verfahren vor Baudepartement und Verwaltungsgericht geltend gemacht, die geplante Mobilfunkantenne stelle aufgrund der erheblichen Beeinträchtigung eines natur- und heimatenschutzrechtlich geschützten Objekts einen Verstoss gegen die kommunale Schutzverordnung dar.

In diesem Zusammenhang wurde insbesondere gerügt, dass der Ausblick von der Villa aus direkt auf die Antenne falle, was massiv störe. Zu beurteilen war daher unter anderem die Frage, ob und welchen Einfluss die Sicht vom betroffenen Schutzobjekt aus auf die geplante bauliche Massnahme bei der Beurteilung der Frage hat, ob eine Beeinträchtigung des Schutzobjekts vorliegt.

1. Beurteilung des Baudepartementes

A. Kriterien für eine mögliche Beeinträchtigung des Schutzobjekts

Nach Art. 98 Abs. 1 BauG sind unter anderem besonders schöne und naturkundlich oder kulturgeschichtlich wertvolle Landschaften (Bst. a), bedeutende Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler (Bst. c), künstlerisch oder geschichtlich wertvolle Bauten oder Bauteile (Bst. f) oder markante Einzelbäume und Gehölze (Bst. g) als Schutzgegenstände zu erhalten. Deren Beseitigung oder Beeinträchtigung darf nur erlaubt werden, wenn sich ein gewichtiges, das Interesse an der Erhaltung überwiegendes Bedürfnis nachweisen lässt (Art. 98 Abs. 2 BauG).

a. *Grundsätzliche Voraussetzung: Gemeinsame Wahrnehmung von Veränderung und Schutzobjekt*

Der Schutz eines Objekts nach Art. 98 BauG durch Schutzverordnung, Verfügung oder Vereinbarung (Art. 99 BauG) zielt darauf, dessen Beseitigung oder Beeinträchtigung durch Veränderungen am Objekt selbst oder in der Umgebung desselben zu verhindern. Die Beeinträchtigung beurteilt sich nach der Art und dem Grad der räumlichen oder gestalterischen Einwirkung der Veränderung auf das Schutzobjekt.

Eine Beeinträchtigung kann sich folglich nur dort ergeben, wo Veränderung und Schutzobjekt überhaupt gemeinsam wahrgenommen werden.

b. *Grundsätzliche Unmassgeblichkeit der "Innensicht"*

Art. 98 BauG räumt demgegenüber den Nutzern oder Eigentümern eines Schutzobjekts keinen Anspruch auf eine "schöne Umgebung" desselben ein; werden Veränderungen in der Nachbarschaft eines Schutzobjekts als nicht beeinträchtigend eingestuft, so sind sie zu dulden, auch wenn sie von den vom Objekt aus Betrachtenden als "unschön" empfunden werden.

Der allgemeine Umgebungsschutz eines Schutzobjekts untersteht insofern keinen strengeren Bedingungen als jener für nicht geschützte Objekte, d.h. der Massstab kann sich nur am Verunstaltungsverbot nach Art. 93 BauG ausrichten.

B. Beeinträchtigung aufgrund der Aussensicht verneint

Das Baudepartement stellte aufgrund des Augenscheins fest, dass die Gebäude des Schutzobjekts nur von wenigen Standorten aus gemeinsam mit der Mobilfunkantenne zu sehen sind. Diese Standorte seien zudem nicht leicht zugänglich sind, sondern müssten bewusst am Rand des Gewerbe-/Industriegebiets aufgesucht werden. Der Blick von diesen Standorten würde nebst den Schutzobjekten auch heute schon immer auch die Fabrikgebäude in der unmittelbaren Umgebung des vorgesehenen Antennenstandorts umfassen. Insgesamt werden damit die Villa samt Nebengebäude sowie die Lindenallee durch die geplante Antenne – soweit überhaupt gemeinsam wahrnehmbar – nicht in einem Mass beeinträchtigt, das die heute bestehende Beeinträchtigung durch die teilweise klar industriell geprägte Umgebung und Überbauung wesentlich übersteigen würde.

Das Baudepartement verneinte daher eine Beeinträchtigung bereits aufgrund der im Wesentlichen fehlenden gemeinsamen Wahrnehmung von Schutzobjekt sowie geplanter baulicher Veränderung von aussen. Aufgrund der als nicht massgeblich erachteten "Innensicht" erachtete das Baudepartement eine Beeinträchtigung des Schutzobjekts auch unter dem Blickwinkel, dass die Antenne von der Villa aus sichtbar sein wird, als nicht gegeben.

Der vom Eigentümer erhobene Rekurs wurde insgesamt abgewiesen und die für die geplante Antennenanlage erteilte Baubewilligung im Wesentlichen bestätigt.

2. Beurteilung des Verwaltungsgerichtes

Das anschliessend angerufene Verwaltungsgericht hat die vom Baudepartement vorgenommene Beurteilung vollumfänglich bestätigt.

A. Aussensicht: Keine Beeinträchtigung des Schutzobjekts

Das Verwaltungsgericht bestätigte insbesondere die vom Baudepartement gemachten Feststellungen, wonach das Schutzobjekt, insbesondere die Villa, von ihrer Umgebung wegen der vorgelagerten Gebäuden sowie des umgebenden dichten Gehölzes nur eingeschränkt sichtbar sei, dies sei geradezu ihr Charakteristikum. Trotz ihrer Nähe zu den umliegenden Industriebauten sei sie optisch deutlich von ihrer Umgebung abgeschirmt. Zudem werde sie nur von sehr wenigen Standorten aus gemeinsam mit der geplanten Mobilfunkantennenanlage zu sehen sein.

In Übereinstimmung mit dem Baudepartement gelangte das Verwaltungsgericht ebenfalls zum Schluss, dass aufgrund der konkreten Gegebenheiten keine Beeinträchtigung des Schutzobjekts vorliege.

B. Unmassgeblichkeit der "Innensicht" bestätigt

Das Verwaltungsgericht bestätigte auch die Feststellung, dass die geplante Mobilfunkantennenanlage von der Villa aus sehr gut zu sehen sein werde; aufgrund der relativ geringen Entfernung sowie der Höhe trete sie beim Blick Richtung Westen markant in Erscheinung.

In Übereinstimmung mit dem Baudepartement hat das Verwaltungsgericht aber eben diese "Innensicht" bei der Beurteilung der Frage, ob eine Beeinträchtigung des Schutzobjekts vorliege, als nicht massgebend erachtet. Es erwog ausdrücklich, dass Eigentümer oder Bewohner eines Schutzobjekts keinen Anspruch auf eine "schöne Umgebung" hätten. Massgebend sei einzig, ob das Schutzobjekt in der Aussensicht beeinträchtigt werde. Schutzgegenstand sei das Objekt selbst, das Bauwerk oder Ensemble. Die Sicht vom Schutzobjekt aus auf die Umgebung hingegen könne nicht als geschütztes Objekt gelten.

C. Schlussfolgerung

Das Verwaltungsgericht kam zusammenfassend zum Schluss, dass die Sicht aus der Villa oder vom umgebenden Park aus nach Westen durch die geplante Mobilfunkantennenanlage zwar empfindlich beeinträchtigt werde, dies aber allein die – nicht massgebende – Innensicht betreffe. Beurteilt nach der Aussensicht läge aufgrund der Abschirmung der Villa sowie des gesamten Anwesens keine Beeinträchtigung vor. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde daher abgewiesen.

Hinweise

Entscheid Nr. 75/2008 des Baudepartementes vom 20. November 2008

2

Mehrausnützung dank Überbauungsplan

Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 38/2009 des Baudepartementes vom 9. Juli 2009

Durch einen Überbauungsplan kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Mehrausnützung gewährt werden. Bei Überprüfung der Zulässigkeit ist eine Gesamtbeurteilung der Auswirkungen einer Überbauung nach Überbauungsplan vorzunehmen. Entscheidend ist, ob Nachbarn gesamthaft gesehen in ihren geschützten Interessen übermässig beeinträchtigt werden. Eine gegenüber der Regelbauweise gleichwertige Beeinträchtigung haben die Nachbarn zu dulden.

Einleitung

Eine Gemeinde erliess einen Überbauungsplan über ein rund 4'500 m² grosses Plangebiet. In den besonderen Vorschriften wurde unter anderem festgelegt, dass auf einer vom Perimeter erfassten Parzelle eine Mehrausnützung von 20 Prozent gewährt werden kann.

Das Baudepartement erachtete den Überbauungsplan als recht- und zweckmässig. Der von einem Anwohner erhobene Rekurs wurde abgewiesen.

Erwägungen

1. Zweck eines Überbauungsplans

Mit einem Überbauungsplan kann für ein engeres, bestimmt umgrenztes Gebiet – beispielsweise für ein Quartier – die Erschliessung und die besondere Bauweise geordnet werden (vgl. Art. 22 Abs. 1 BauG). Er besteht aus einer planlichen Darstellung und aus den dazugehörigen Bauvorschriften (Art. 22 Abs. 2 BauG). Nach Art. 23 Bst. b BauG ordnet der Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften die besondere Bauweise des umgrenzten Gebiets, vor allem hinsichtlich der Baumasse und der Ausnützungsziffer. Unter Beibehaltung der Zweckbestimmung der Zone kann dabei von den allgemeinen Zonenvorschriften abgewichen werden.

Zweck des Überbauungsplans ist somit die Ermöglichung einer architektonisch und hygienisch guten, der baulichen und landschaftlichen Umgebung angepassten Überbauung, Gestaltung und Erschliessung zusammenhängender Flächen.

2. Voraussetzungen für eine im Überbauungsplan vorgesehene Mehrausnützung

Mit Hilfe eines Überbauungsplans kann eine Mehrausnützung gewährt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass ein besseres Projekt als nach zonengemässer Überbauung verwirklicht wird, dass die Grösse des Grundstücks dies rechtfertigt und dass die Interessen der Nachbarn nicht erheblich beeinträchtigt werden (Art. 27 BauG).

A. Besseres Projekt als nach zonengemässer Überbauung

Ob ein besseres Projekt als nach zonengemässer Überbauung beziehungsweise nach Regelbauvorschriften vorliegt, ist anhand der Planungsgrundsätze von Art. 1 und 3 RPG zu beurteilen. Zudem darf mit der Mehrausnützung die Grenze der materiellen Zonenplanänderung nicht überschritten werden, weil sonst das Referendum (Art. 30 Abs. 1 BauG) umgangen würde.

Die Planungsgrundsätze von Art. 1 und 3 RPG stehen oft im Widerspruch zueinander, weshalb sie im einzelnen Fall unter- und gegeneinander abzuwägen sind. Erforderlich ist eine umfassende Abwägung und Abstimmung aller wesentlichen Gesichtspunkte.

B. Angemessene Grundstücksgrösse

Der Gesetzgeber hat beim Erlass des Baugesetzes darauf verzichtet, ein Mindestflächenmass als Voraussetzung für die Erstellung eines Überbauungsplans festzulegen. Sofern eine Mehrausnützung gewährt werden soll, bestimmt Art. 27 BauG, dass die Grösse des Grundstücks die Mehrausnützung rechtfertigen müsse. Mit dieser offenen Umschreibung wollte der Gesetzgeber den unterschiedlichen örtlichen und sachlichen Verhältnissen in den Gemeinden Rechnung tragen.

Art. 27 BauG bezweckt die Schaffung von Voraussetzungen, damit ein besseres Projekt als nach zonengemässer Überbauung verwirklicht werden kann. Das Plangebiet muss demnach eine Grösse aufweisen, die dieser gesetzgeberischen Absicht gerecht wird.

C. Keine erhebliche Beeinträchtigung nachbarlicher Interessen

Beim Erlass eines Überbauungsplans sind auch die Baumöglichkeiten nach der Regelbauweise zu berücksichtigen. Die Grenze der zulässigen Abweichungen von der Regelbauweise ergibt sich einerseits aus dem Erfordernis des öffentlichen Interesses an der Abweichung, andererseits aus dem Erfordernis der Wahrung berechtigter Nachbarinteressen. Abweichungen von der Regelbauweise einer Zone sind mit anderen Worten nur in dem Mass zulässig, als sie zur Erreichung einer vom öffentlichen Interesse getragenen Überbauung erforderlich sind und die Interessen der Nachbarn nicht erheblich beeinträchtigen.

Massgebend ist dabei eine Gesamtbeurteilung der Auswirkungen einer Überbauung nach Überbauungsplan. Entscheidend ist, ob Nachbarn gesamthaft gesehen in ihren geschützten Interessen übermässig beeinträchtigt werden. Es kommt nicht darauf an, ob sie in einzelnen Punkten ohne Berücksichtigung der ihnen in anderer Beziehung erwachsenden Vorteile nachteilig berührt werden. In jedem Fall haben Nachbarn insoweit Beeinträchtigungen durch einen Überbauungsplan zu dulden, als diese nicht weiter gehen als nach Regelbauweise. Es ist daher notwendig, zu prüfen, ob und inwieweit der Überbauungsplan bezüglich der nachbarlichen Beziehungen über das Mass der nach Regelbauweise zulässigen Auswirkungen hinaus geht. Nur soweit eine Mehrbeeinträchtigung erfolgt, ist zu prüfen, ob sie das zumutbare Mass überschreitet. Eine gegenüber der Regelbauweise gleichwertige Beeinträchtigung haben die Nachbarn zu dulden.

3. Zulässige Mehrausnützung im konkreten Fall

Das Baudepartement hielt vorab fest, dass in den besonderen Vorschriften eine Mehrausnützung erst in Aussicht gestellt werde. Ob sie tatsächlich gewährt werde, sei von der Erfüllung von Anforderungen abhängig, die erst im Baubewilligungsverfahren geprüft werden können. Der Rekurrent sei folglich diesbezüglich (noch) nicht in seinen eigenen schutzwürdigen Interessen berührt, weshalb auf seine Rüge, das Projekt sei nicht besser als eine reglementskonforme Überbauung, nicht einzutreten sei.

Die weiteren Rügen des Rekurrenten, wonach die erforderliche Grundstücksgrösse nicht gegeben sei und seine Interessen als Nachbar erheblich beeinträchtigt würden, gehen nach Auffassung des Baudepartementes fehl. Insbesondere der geltend gemachte Entzug des Ausblicks auf die Berge bewirke noch keine übermässige Beeinträchtigung nachbarlicher Interessen. Der Überbauungsplan gestatte zwar eine teilweise Unterschreitung des Strassenabstands und eine Überschreitung der Gebäuhöhe um rund 1 m, im Gegenzug werde jedoch die baureglementarisch zulässige Gebäudelänge deutlich unterschritten. Insgesamt würden die nachbarlichen Interessen folglich durch die im Baubereich erlaubten Ab-

weichungen nicht wesentlich beeinträchtigt, weshalb der Rekurs abzuweisen sei.

Hinweise

BGE 114 Ia 369; 113 Ib 230 f.

Urteil des Bundesgerichtes vom 3. Februar 1982 i.S. M., in: BVR 1982, S. 249 ff.

GVP 1995 Nr. 93; 1983 Nr. 95; 1976 Nr. 51

P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Auflage, Bern 2008, S. 241

P. Tschannen, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Rz. 1 ff. zu Art. 3 RPG

Baudepartement SG; Juristische Mitteilungen 2006/II/13 und 2000/IV/44

3

Planungszone zur Verhinderung von Mobilfunkanlagen?

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2009/94 vom 22. September 2009

Soll mit einer Planungszone in einem bestimmten schutzwürdigen Gebiet oder bei gewissen Schutzobjekten die Erstellung von Mobilfunkanlagen verhindert werden (Negativplanung), muss diese Planungsabsicht schon beim Erlass der Planungszone konkretisiert sein.

In Gebieten ausserhalb Bauzonen wird die Standortgebundenheit einer Antennenanlage zur Versorgung des Baugebietes nur in Ausnahmefällen bejaht. Folglich kommt eine Planungszone, die sich auf die Bauzone einer Gemeinde erstreckt, einem generellen Verbot von Mobilfunkantennen für das gesamte Gemeindegebiet gleich. Solch ein generelles Verbot von Antennenanlagen ist im Hinblick auf das öffentliche Interesse an einer gesicherten Versorgung mit Fernmeldediensten unverhältnismässig.

Einleitung

Eine Gemeinde erliess eine Planungszone, mit der im gesamten Baugebiet die Erstellung von Mobilfunkantennen bis zum Abschluss der laufenden Richt- und Zonenplanrevision untersagt wurde. Zur Begründung führte der Gemeinderat aus, aufgrund der laufenden Ortsplanungsrevision sei eine umfassende Prüfung der Fragen rund um die Mobilfunkanlagen und ihrer Standorte legitim. Es gelte zu verhindern, dass während des laufenden Planungsprozesses Gesuche um Bewilligung solcher Anlagen eingereicht würden, die zu präjudizierenden Entscheiden für die definitive Bau- und Zonenordnung führen könnten. Die gegen diesen Beschluss erhobenen Einsprachen von Mobilfunkbetreiberinnen wurden abgewiesen.

Das Baudepartement wies die gegen diesen Beschluss erhobenen Re-kurse ab. Es erwog, dass die Gemeinde, indem sie in ihrem Beschluss dargelegt habe, sie wolle eine umfassende Prüfung der Fragen rund um die Mobilfunkanlagen vornehmen, die Voraussetzung der einiger-massen konkretisierten Planungsabsicht erfüllt habe. Zudem habe sie im Laufe des Rekursverfahrens das "Konzept Mobilfunk" veröffentlicht, worin der gewählte Ansatz konkretisiert worden sei (Negativplanung bezüglich konkret bezeichneter, schutzwürdiger Teilgebiete). Die Wirkung der Planungszone spreche somit für deren Verhältnismässigkeit. Dies gelte umso mehr, als das Verwaltungsgericht kürzlich gar die Verhältnismässigkeit

einer über das gesamte Gemeindegebiet vorgesehenen Planungszone bejaht habe. Im Übrigen erlaube die Fernmeldegesetzgebung des Bundes ohnehin keine mit dem pauschalen Hinweis auf eine Planungszone begründete Nichtbehandlung oder Sistierung von Baugesuchen. Damit sei sichergestellt, dass die erlassene Planungszone nicht zu einem totalen Baustopp führe.

Die gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde einer Mobilfunkbetreiberin wurde vom Verwaltungsgericht am 22. September 2009 gutgeheissen.

Das Urteil des Verwaltungsgerichtes wurde an das Bundesgericht weitergezogen. Das Verfahren ist noch hängig

Erwägungen

1. **Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu kommunalen Vorschriften betreffend Mobilfunkantennen**

A. Abschliessender bundesrechtlicher Immissionsschutz (BGE 133 II 321)

Das Bundesgericht hat in BGE 133 II 321 festgehalten, dass der Immissionsschutz bundesrechtlich im Bundesgesetz über den Umweltschutz und den darauf gestützten Verordnungen geregelt sei. Für den Schutz vor nichtionisierender Strahlung, die beim Betrieb ortsfester Anlagen erzeugt werde, habe der Bundesrat die NISV erlassen. Diese Verordnung regle insbesondere die Immissionen von Mobilfunksendeanlagen abschliessend. Für das kommunale und kantonale Recht bleibe deshalb insoweit kein Raum.

Weiter erwog das Bundesgericht, dies bedeute nicht, dass die Gemeinden und Kantone keinerlei Möglichkeiten hätten, auf die Standorte von Mobilfunkanlagen Einfluss zu nehmen. Im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeiten seien sie grundsätzlich befugt, Bau- und Zonenvorschriften in bezug auf Mobilfunksendeanlagen zu erlassen, sofern sie die bundesrechtlichen Schranken, die sich insbesondere aus dem Bundesumwelt- und -fernmelderecht ergäben, beachten würden. Ausgeschlossen seien bau- oder planungsrechtliche Vorschriften zum Schutz der Bevölkerung vor nichtionisierender Strahlung. Überdies müssten Planungsvorschriften den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen. Würden diese Vorgaben eingehalten, seien ortsplanerische Bestimmungen, die anderen als umwelt-

schutzrechtlichen Interessen dienen, wie z.B. der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers, grundsätzlich möglich.

Mobilfunkantennen könnten bewirken, dass Liegenschaften und Wohnungen schwerer verkäuflich oder vermietbar würden und Druck auf den Kaufpreis oder den Mietzins entstehe. Umweltrechtskonforme Mobilfunkanlagen könnten unerwünschte Auswirkungen dieser Art auslösen, obwohl von ihnen derzeit keine erwiesene gesundheitliche Gefährdung ausgehe. Solche psychologischen Auswirkungen würden auch als ideelle Immissionen bezeichnet, welche grundsätzlich neben dem zivilrechtlichen Schutz durch planungs- und baurechtliche Vorschriften eingeschränkt werden könnten.

B. Zulässige planerische Massnahmen (BGE 133 II 353)

In BGE 133 II 353 hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Erlass einer Planungszone fest, dass eine Vorschrift, die im überbauten Gebiet einem weitgehenden Verbot von Mobilfunkantennen gleichkommt, mit der Fernmeldegesetzgebung des Bundes unvereinbar sei. So müsse nach Art. 1 Abs. 2 Bst. a FMG unter anderem eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen gewährleistet werden.

Mobilfunkantennen seien in der Bauzone grundsätzlich zonenkonform, soweit sie der Abdeckung derselben dienen. Wenn Antennen einschränkende Planungsvorschriften unterstellt werden, habe dies grundsätzlich explizit und unter Berücksichtigung der Fernmeldegesetzgebung zu geschehen. Denkbar sei z.B. eine Anordnung, wonach in einem bestimmten schutzwürdigen Gebiet oder auf gewissen Schutzobjekten keine Mobilfunkantennen erstellt werden können (Negativplanung). Auch die Anwendbarkeit der allgemeinen Ästhetikklausel sei nicht ausgeschlossen. Als zulässig erscheine es ferner, baupolizeilich vorzuschreiben, dass die Erstellung von Mobilfunkantennen eine Standortevaluation voraussetze, wobei die Baubewilligungsbehörde den Baustandort im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung festzulegen habe. Dadurch erhielten die Behörden ein - wenn auch mit bundesrechtlichen Einschränkungen verbundenes - Steuerungsinstrument, welches das frühzeitige Zusammenwirken zwischen Mobilfunkbetreibern und Behörden fördere. Erwiesen sich bestimmte verfügbare Standorte in einer Gemeinde als besonders vorteilhaft, sei auch eine positive planerische Standortfestsetzung möglich.

2. Die Planungszone

A. Zweck einer Planungszone

Die Planungszone ist ein Instrument zur Sicherung künftiger Nutzungspläne oder Nutzungsplanänderungen. Sie bezweckt, einen bestehenden räumlichen Zustand mit Blick auf die neue Nutzungsordnung einstweilen zu sichern. Es soll verhindert werden, dass die Behörde Baubewilligungen für Vorhaben erteilen muss, die den vorgesehenen neuen Vorschriften widersprechen oder die Durchführung der beabsichtigten Planung beeinträchtigen oder verunmöglichen könnten. Damit stellt die Planungszone eine vorsorgliche, sichernde Massnahme dar.

Die Festsetzung von Planungszonen bewirkt eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung und ist daher mit Art. 36 BV nur vereinbar, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Kerngehalt unangetastet lässt.

B. Gesetzliche Grundlagen

Das Bundesrecht regelt die Planungszonen in Art. 27 RPG. Demnach kann die zuständige Behörde für genau bezeichnete Gebiete Planungszonen bestimmen, wenn Nutzungspläne angepasst werden müssen oder noch keine vorliegen. Innerhalb der Planungszone darf nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte (Art. 27 Abs. 1 RPG). Planungszonen dürfen für längstens fünf Jahre bestimmt werden, wobei aber das kantonale Recht eine Verlängerung vorsehen kann (Art. 27 Abs. 2 RPG).

Nach kantonalem Baugesetz kann die zuständige Gemeindebehörde das ganze Plangebiet oder Teile davon als Planungszone bestimmen, wenn der Erlass oder die Änderung eines Baureglements, eines Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie- oder Abbauplanes, einer Schutzverordnung oder eine Landumlegung angezeigt ist (Art. 105 BauG). Innerhalb der Planungszone darf nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte. Rechtskräftige Bewilligungen bleiben jedoch von der Planungszone unberührt (Art. 106 Abs. 1 BauG). Bei Erlass der Planungszone legt die zuständige Gemeindebehörde deren Wirkungen im Einzelnen fest. Sie kann Nutzungen, soweit sie nicht ohnehin eine Bewilligung erfordern, von einer Bewilligung abhängig machen (Art. 106 Abs. 2 BauG). Nach Art. 107 BauG werden Planungszonen für längstens drei Jahre bestimmt. Die Frist kann um längstens zwei Jahre verlängert werden, wenn Rechtsmittelverfahren hängig sind oder andere triftige Gründe vorliegen (Art. 107 Abs. 2 BauG).

C. Öffentliches Interesse

Die Frage nach dem öffentlichen Interesse an einer Planungszone bedarf eines doppelten Nachweises. Zunächst muss geprüft werden, ob an einer Änderung der geltenden Nutzungsplanung ein öffentliches Interesse besteht. In einem zweiten Schritt erst geht es um die Frage, ob die Errichtung einer Planungszone zur Sicherung des Revisionsvorhabens im öffentlichen Interesse liegt.

Das öffentliche Interesse setzt voraus, dass eine einigermaßen verfestigte und begründete Planungsabsicht besteht und dass die Vorstellung über die künftige Planung zulässig ist. Es versteht sich von selbst, dass der vorsorgliche Schutz für Massnahmen, die mit dem übergeordneten Recht oder der übergeordneten Planung im Widerspruch stehen, nicht im öffentlichen Interesse liegen kann. In der Regel kann allerdings über die Rechtmässigkeit der künftigen Planung nicht schon beim Erlass der Planungszone entschieden werden, da der konkrete Inhalt der Nutzungsplanung in diesem Moment noch gar nicht feststeht.

Erforderlich ist auch, dass die nachgewiesene, einem Planungsbedürfnis entsprechende und zulässige Planungsabsicht von der Planungszone aufgenommen wird. Ein ausreichendes öffentliches Interesse würde beispielsweise entfallen, wenn die Planungszone mit den Grundzügen der Planungsabsicht in Widerspruch stünde.

D. Verhältnismässigkeit

a. *Eignung*

Die Verhältnismässigkeit des Erlasses einer Planungszone setzt voraus, dass sie und die mit ihr einhergehenden vorsorglichen Nutzungsbeschränkungen ein taugliches Mittel darstellen, um die Entscheidungsfreiheit des Planungsträgers zu sichern.

An der Verhältnismässigkeit kann es daher beispielsweise fehlen, wenn nicht alle, sondern nur einzelne Grundstücke eines von der Nutzungsplanänderung betroffenen Gebietes in die Planungszone einbezogen werden.

b. *Erforderlichkeit*

Planungszonen dürfen sich räumlich nur soweit ausdehnen, als es zur Sicherung der künftigen Planung notwendig erscheint.

Als unverhältnismässig erweist sich beispielsweise eine Planungszone, die zur Sicherung einer beabsichtigten Ausscheidung einer Schutzzone Parzellen einbezieht, die keinen hinreichenden räumlichen Zusammenhang mit dem schützenswerten Objekt aufweisen. Nur sehr schwer zu

rechtfertigen wäre auch eine Planungszone, die sich über das gesamte Gemeindegebiet erstreckt. In der Praxis wurde eine Planungszone als unverhältnismässig qualifiziert, die im Wesentlichen das ganze Baugebiet einer Gemeinde umfasste und für dieses Gebiet ein vorläufiges generelles Verbot der Errichtung "freistehender Aussenantennen" statuierte.

c. *Verhältnismässigkeit im engen Sinn (Zumutbarkeit)?*

Die Lehre urteilt kontrovers darüber, ob die Verhältnismässigkeit im engen Sinn einen tauglichen Massstab für die Zulässigkeitsprüfung von Planungszone darstellt.

Die Gegner vertreten die Ansicht, dass bei Erlass einer Planungszone in der Regel noch nicht feststehe, inwieweit die geänderten Verhältnisse eine Anpassung der Nutzungsordnung bedingen. Folglich müsse es mit der Prüfung der Eignung und der Erforderlichkeit sein Bewenden haben. Diese Auffassung beurteilen die Befürworter unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung als zu absolut. Das öffentliche Interesse an der Planungszone und der damit bewirkten vorsorglichen Bau- und Veränderungssperre müsse gegen die privaten Interessen der Betroffenen abgewogen werden, auch wenn das Kriterium der Zumutbarkeit in der Regel nur eine untergeordnete Rolle spiele.

In der vorliegenden Streitsache schloss sich das Verwaltungsgericht der zweiten Lehrmeinung an, indem es die Zumutbarkeit der Planungszone prüfte.

3. Unzulässige Planungszone im konkreten Fall

Das Verwaltungsgericht erblickt in der umstrittenen Planungszone ein generelles Verbot der Erstellung von Mobilfunkantennen in sämtlichen Bauzonen des Gemeindegebiets.

Der Beschluss des Gemeinderates laute dahingehend, für das Bauzonegebiet eine Planungszone zu erlassen, welche die Erstellung von Mobilfunkantennen bis zum Abschluss der laufenden Richt- und Zonenplanrevision untersagt. Wenn der Gemeinderat – wie dem in der Folge erstellten Konzept entnommen werden könne – nur in Schutzgebieten und an Schutzobjekten Mobilfunkanlagen verbieten wolle, sei nicht einzusehen, weshalb er die Planungszone über das gesamte Gebiet erliess.

Ein generelles Bauverbot für Mobilfunkantennen in der Bauzone sei nach der bundesgerichtlichen Praxis nicht zulässig. Zwar erstrecke sich die Planungszone lediglich auf die Bauzone der Gemeinde. Da aber in Gebieten ausserhalb der Bauzone die Standortgebundenheit einer Antennenanlage zur Versorgung des Baugebietes nur in Ausnahmefällen bejaht werde, komme die Planungszone einem generellen Verbot von Mo-

bilfunkantennen für das gesamte Gemeindegebiet gleich. Wohl liesse sich mit guten Gründen eine Planungszone im Bereich von schützenswerten Objekten und für solche Gebiete, die bereits einer Schutznorm unterstehen, denken. Ein genereller Baustopp für Mobilfunkantennen in sämtlichen Bereichen des Baugebiets sei jedoch unverhältnismässig. Hinzu komme, dass sich das Verbot der Erstellung von Mobilfunkanlagen auch auf gewerblich und industriell genutzte Gebiete erstrecke – mithin auf Gebiete, in denen das ortsplanerische Interesse an der Vermeidung ideeller Immissionen und am Erhalt von attraktiven Wohngebieten weniger stark zu gewichten sei.

Das Verwaltungsgericht gelangte damit zum Schluss, dass die Planungszone im Widerspruch zum Fernmelderecht des Bundes stehe und unverhältnismässig sei. Die Beschwerde der Mobilfunkbetreiberin wurde gutgeheissen.

Hinweise

BGE 133 II 321 E. 4.3.4

VerwGE vom 15. März 2007 i.S. P. Gde. W.

Entscheid Nr. 25/2009 des Baudepartementes vom 25. Mai 2009

URP 2004, S. 144 ff.

Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, N 34 zu Art. 27 RPG

Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Bern 2006, N 7ff. zu Art. 27 RPG

P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008, S. 235 f.

B. Wittwer, Bewilligung von Mobilfunkanlagen, Diss. Zürich 2006, S. 111

4

Gebäudehöhe bei fassadenbündigem Attikageschoss

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2008/197 vom 16. Juni 2009
(Erw. 3.5.3.3. und 3.5.3.4.)

Ein fassadenbündig situiertes Attikageschoss ist nur dann zur Gebäudehöhe hinzuzuzählen, wenn der kommunale Gesetzgeber eine entsprechende Bestimmung erlassen hat.

Einleitung

Einzelne Baureglements erlauben unter gewissen Voraussetzungen die Errichtung von Attikageschossen, die den geforderten Rücksprung (in der Regel 45°) missachten. Wenn nun ein Bauvorhaben ein bündig zu den Vollgeschossen situiertes Attikageschoss vorsieht, stellt sich regelmässig die Frage, ob letzteres bei der Bestimmung der Gebäudehöhe berücksichtigt werden muss.

Das Verwaltungsgericht hat nun diese Rechtsfrage bei der Beurteilung eines Bauvorhabens in der Stadt St.Gallen geklärt. Deren Bauordnung lässt es zu, Attikageschosse abweichend von der gemäss Regelbauvorschrift vorgesehenen Rückversetzung um 45° zu situieren (Art. 35 Abs. 1 und 2 BO).

Erwägungen

1. Bemessung der Gebäudehöhe

Nach Art. 60 BauG bemisst sich die Gebäudehöhe aus dem senkrechten Abstand zwischen dem Niveaupunkt und dem ausgemittelten Schnittpunkt der Fassade mit der Dachoberkante in der Fassadenmitte.

2. Problematik bei fassadenbündigen Attikageschossen

Fassadenbündige Attikageschosse haben zur Folge, dass die Vollgeschosse und das Attikageschoss als einheitliche Fassadenfläche wahrgenommen werden. Der nach Art. 60 BauG für die Bemessung der Gebäudehöhe massgebliche Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut scheint bei fassadenbündigen Attikageschossen auf der Dachoberkante des Attikageschosses zu liegen.

Bei dieser Betrachtungsweise müsste unter Bezug des Attikageschosses überprüft werden, ob ein Bauvorhaben die nach dem jeweiligen Baureglement zulässige maximale Gebäudehöhe beachtet.

3. Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtes

A. Auswirkungen auf Gebäudehöhe je nach Baureglement

Das Verwaltungsgericht räumt ein, dass bei einem fassadenbündigen Attikageschoss die jeweilige Fassade keine optische Zäsur mehr zwischen den Vollgeschossen und dem Attikageschoss aufweist. Dies sei eine Folge der von der Regelbauweise abweichenden Situierung des Attikageschosses.

Zur Prüfung der Frage, ob das Attikageschoss bei der Bestimmung der Gebäudehöhe zu berücksichtigen ist, verweist das Verwaltungsgericht daher auf die kommunalen Bestimmungen. Wenn der kommunale Gesetzgeber bei einer fassadenbündigen Situierung des Attikageschosses dessen Höhe zur Gebäudehöhe zählen möchte, werde er eine spezifische Bestimmung erlassen. Liege keine entsprechende Bestimmung vor, habe die fassadenbündige Situierung des Attikageschosses nicht zur Folge, dass das Attikageschoss bei der Ermittlung der Gebäudehöhe als Vollgeschoss gezählt wird.

Da das Baureglement der Stadt St.Gallen zwar eine abweichende Situierung von Attikageschossen zulässt, der städtische Gesetzgeber aber auf eine spezifische Regelung hinsichtlich Gebäudehöhe verzichtete, sind fassadenbündige Attikageschosse in der Stadt St.Gallen bei der Bestimmung der Gebäudehöhe nicht zu berücksichtigen.

B. Fläche des Attikageschosses zwingend zu beachten

Bei abweichend situierten Attikageschossen darf deren Grundfläche jenes Mass nicht übersteigen, das sich bei der von den Regelbauvorschriften geforderten Rückversetzung (in der Regel 45°) ergäbe. Wird dieses Mass missachtet, handelt es sich nicht um ein Attika-, sondern um ein Vollgeschoss.

Hinweise

Entscheid Nr. 51/2008 des Baudepartementes vom 14. August 2008
(Erw. 4.4.4)

VerwGE vom 14. Mai 2009 i.S. P.G. SG (Erw. 3.2.2)

5

Unzulässige Eindolung eines Fliessgewässers

Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 36/2009 des Baudepartementes vom 29. Juni 2009

Fliessgewässer dürfen grundsätzlich nicht eingedolt werden. Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 38 Abs. 2 GSchG vor, darf eine Ausnahmegewilligung erteilt werden, sofern sich die Gründe für eine Eindolung als gewichtiger erweisen als die entgegenstehenden raumplanerischen, wasserbaupolizeilichen, forstlichen, fischerei- und naturschutzrechtlichen Interessen.

Sachverhalt

In einem offenen, von Bäumen gesäumten Bachbett entlang einer Grundstücksgrenze in der Landwirtschaftszone wird anfallendes Oberflächenwasser aus dem umliegenden Gelände abgeführt. Im Sommer 2006 wurde das Fliessgewässer am nördlichen Ende des Waldstreifens auf einer Länge von etwa 10 m eingedolt. Der Grundeigentümer machte geltend, die ohne Baubewilligung ausgeführten Arbeiten seien betriebsnotwendig gewesen, denn nur so könne ein gefahrloses Befahren dieses Grundstückteils gewährleistet werden.

Das Untersuchungsamt St.Gallen sprach den Grundeigentümer im März 2007 wegen Vergehens gegen das Gewässerschutzgesetz für schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe und einer Busse.

Im März 2008 verweigerte der zuständige Gemeinderat die nachträgliche Baubewilligung und verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bis Ende Juni 2008. Für den Fall der Nichtbefolgung der Frist wurde die Ersatzvornahme angedroht.

Der gegen diesen Beschluss erhobene Rekurs wurde vom Baudepartement – in Übereinstimmung mit sämtlichen Stellungnahmen der ins Verfahren einbezogenen Fachstellen – abgewiesen. Der Entscheid erwuchs mit Rückzug der beim Verwaltungsgericht anhängig gemachten Beschwerde in Rechtskraft.

1. Begriff der Eindolung / Überdeckung

Eine Eindolung liegt vor, wenn ein offenes Gewässer in Röhren gelegt wird.

Wird hingegen über das natürliche Gewässerprofil eine Baute oder eine Anlage (beispielsweise eine Betonplatte) gelegt, spricht man von einer Überdeckung.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich sowohl auf Eindolungen als auch auf Überdeckungen

2. Baubewilligungspflicht für Eindolungen

Das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen bedarf einer Bewilligung (Art. 78 Abs. 1 BauG). Baubewilligungspflichtig sind insbesondere eingreifende Veränderungen des Geländes (Art. 78 Abs. 2 Bst. g BauG).

Art. 22 Abs. 1 RPG erklärt grundsätzlich alle Bauten und Anlagen als baubewilligungspflichtig. Davon ausgenommen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kleinere Geländeanpassungen, die keine erheblichen Auswirkungen auf Raum und Umwelt haben. Der kantonale Richtplan führt hierzu aus, dass eine Geländeänderung unter 100 m³ in der Regel nicht bewilligungspflichtig sei. Unabhängig von der Aufschüttungsmenge wird jedoch die Bewilligungspflicht bejaht, wenn die Geländeänderung in einem Landschaftsschutzgebiet oder innerhalb des Gewässer- oder Waldabstands erfolgt.

3. Voraussetzungen für Eindolungen von Fließgewässern

A. Gesetzliche Grundlagen

a. Grundsätzliches Eindolungsverbot für Fließgewässer

Offene Gewässer haben im ökologischen System eine äusserst wichtige Funktion. Entsprechend hat der Bundesgesetzgeber in Art. 38 Abs. 1 GSchG festgelegt, dass Fließgewässer grundsätzlich weder überdeckt noch eingedolt werden dürfen.

b. Begriff des Fliessgewässers

Der Begriff des "Fliessgewässers" ist gleichzustellen mit jenem des Baches nach Art. 59 des Baugesetzes. Als Bäche gelten nach der Lehre alle oberirdisch fliessenden Gewässer, die öffentlichen Charakter im Sinn von Art. 2 GNG haben und nicht zu den Flüssen zählen.

Der Begriff des öffentlichen Bachs wird jedoch auch im Gesetz über die Gewässernutzung nicht umschrieben. Was unter einem öffentlichen Bach im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Vorab kann festgehalten werden, dass sich die Frage der Öffentlichkeit eines Gewässers nicht mit jener des Grundeigentums am fraglichen Gewässer deckt. Privateigentum schliesst die Öffentlichkeit eines Gewässers nicht aus. Massgebend für die Bezeichnung eines öffentlichen Gewässers ist vielmehr dessen Funktion, Bedeutung und Ausdehnung. Ein vom Ursprungsgrundstück weggeleitetes und über mehrere Grundstücke führendes Gewässer wird regelmässig als öffentlich bezeichnet. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob das Gerinne während 365 Tagen im Jahr Wasser führt oder ob es im Sommer infolge Niederschlagsmangels austrocknet.

c. Ausnahmen vom Eindolungsverbot

Vom grundsätzlichen Eindolungsverbot kann die zuständige Behörde nach Art. 38 Abs. 2 GSchG in bestimmten Fällen Ausnahmen gewähren, nämlich für:

- a. Hochwasserentlastungs- und Bewässerungskanäle
- b. Verkehrsübergänge
- c. Übergänge land- und forstwirtschaftlicher Güterwege
- d. Kleine Entwässerungsgräben mit zeitweiser Wasserführung
- e. Den Ersatz bestehender Eindolungen und Überdeckungen, sofern eine offene Wasserführung nicht möglich ist oder für die landwirtschaftliche Nutzung erhebliche Nachteile mit sich bringt.

Die Aufzählung von Art. 38 Abs. 2 GSchG ist abschliessend. Liegt keiner dieser Ausnahmefälle vor, darf keine Ausnahme vom Eindolungsverbot gewährt werden.

B. Interessenabwägung bei Eindolungen

Selbst wenn ein Ausnahmetatbestand von Art. 38 Abs. 2 GSchG vorliegt, setzt eine Ausnahmewilligung eine umfassende Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen voraus. Sie darf nur dann gewährt werden, wenn sich die für eine offene Wasserführung sprechenden öffentlichen Interessen als weniger gewichtig erweisen als die (privaten) Gründe für eine Eindolung.

a. Raumplanerische Interessen

Befindet sich eine geplante oder bereits erstellte Eindolung in der Landwirtschaftszone, ist die Bewilligungsfähigkeit vorerst in raumplanerischer Hinsicht zu beurteilen.

Bauten und Anlagen können nur bewilligt werden, wenn sie dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 RPG). Eine Eindolung in der Landwirtschaftszone ist nur zonenkonform, wenn sie zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung nötig ist (vgl. Art. 16a Abs. 1 RPG). Art. 34 Abs. 4 RPV präzisiert dies dahingehend, dass der Eindolung am vorgesehenen Standort keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen dürfen (Bst. b) und der Betrieb voraussichtlich längerfristig Bestand haben muss (Bst. c).

Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage der betrieblichen Notwendigkeit einer Eindolung nach objektiven Kriterien. Sie hängt ab von der bestellten Oberfläche, von der Art des Anbaus und der Produktion sowie von der Struktur, Grösse und Erforderlichkeit der Bewirtschaftung.

b. Interessen des Gewässerschutzes

In der bundesrätlichen Botschaft zum Gewässerschutzgesetz wird die Problematik von Eindolungen dargelegt. Der ökologische Wert eines Gewässers bestimmt sich mithin nicht danach, ob grössere Wassertiere darin Lebensraum finden. Vielmehr werden Gewässer als Folge von Eindolungen dem Wasserhaushalt eines Gebiets entzogen, verschwinden Wechselwirkungen zwischen Oberflächengewässer und Grundwasser und entfallen mikroklimatische Einflüsse. Zudem ist die Selbstreinigungskraft eingedolter Gewässer äusserst gering. Eingedolte Abschnitte zerschneiden überdies einen Gewässerlauf und unterbinden beispielsweise eine tierische Wanderung vom Unter- zum Oberlauf.

c. Fischereirechtliche Interessen

Nach Art. 7 BGF sorgen die Kantone dafür, dass Bachläufe, Uferpartien und Wasservegetationen, die dem Laichen und dem Aufwachsen der Fische dienen, erhalten bleiben. Sie ergreifen nach Möglichkeit Massnahmen zur Verbesserung der Lebensbedingungen der Wassertiere zur lokalen Wiederherstellung zerstörter Lebensräume. Entsprechend verlangt Art. 8 BGF für Eingriffe in die Gewässer, ihren Wasserhaushalt oder ihren Verlauf eine Bewilligung der für die Fischerei zuständigen kantonalen Behörde (fischereirechtliche Bewilligung), soweit sie die Interessen der Fischerei berühren können.

Durch eine Eindolung wird die Verbesserung der Lebensbedingungen der Wassertiere von vornherein verunmöglicht. Anstatt Lebensraum zu erhalten oder wieder herzustellen, wird solcher zerstört. Auch das Aufkommen

einer erwünschten Ufervegetation wird verhindert. Demzufolge ist eine fischereirechtliche Bewilligung erforderlich.

d. Interessen des Natur- und Landschaftschutzes

Nach Art. 98 BauG sind Bäche, Flüsse, Seen und ihre Ufer als Schutzgegenstände zu erhalten. Nach Art. 21 NHG darf Ufervegetation weder gerodet noch überschüttet noch auf andere Weise zum Absterben gebracht werden. Die Kantone sorgen dafür, dass dort, wo Ufervegetation fehlt, eine solche angelegt wird oder zumindest die Voraussetzungen für deren Gedeihen geschaffen werden.

Die gesetzlichen Bestrebungen verlangen also, dass Fließgewässer wo möglich geöffnet statt überdeckt werden. Eine Eindolung lässt sich mit den genannten Vorschriften grundsätzlich nicht in Einklang bringen. Wo das Interesse am ungeschmälernten Erhalt von Schutzgegenständen mit anderen Interessen kollidiert, hat eine Interessenabwägung stattzufinden. In jedem Fall darf ein Eingriff in einen Schutzgegenstand nur soweit gehen, als es zur Erreichung entgegenstehender Interessen notwendig ist.

e. Forstrechtliche Interessen

Nach Art. 58 Abs. 1 Bst. b BauG gilt gegenüber Wäldern für Bauten und Anlagen – und damit auch für Eindolungen – ein Mindestabstand von 15 m. Die Eindolung eines Gewässers innerhalb dieses Waldabstands kann nur bewilligt werden, wenn hierfür ein Ausnahmegrund nach Art. 77 BauG vorhanden ist.

4. Beurteilung im konkreten Fall

A. Baubewilligungspflicht gegeben

In dem zu beurteilenden Fall wurde die Eindolung unmittelbar über einem offenen Gewässer sowie innerhalb des Waldabstands von 15 m vorgenommen. Die Baubewilligungspflicht ist demnach gegeben, auch wenn die geschüttete Menge weniger als 100 m³ beträgt.

B. Keine betriebliche Notwendigkeit und unverhältnismässige Massnahme

Der Grundeigentümer betreibt auf seinem Grundstück Graswirtschaft. Der Rekursaugenschein hat gezeigt, dass ab der nahegelegenen Verbindungsstrasse an verschiedenen Stellen auf das Grundstück zugefahren werden kann. Das Baudepartement kommt daher zum Schluss, dass die Zu- und Wegfahrt nicht zwingend im Bereich des Waldstreifens erfolgen muss. Zwar ist es verständlich, dass der Rekurrent die Sicherheit verbes-

sern will. Ein Risiko besteht jedoch in erster Linie bei den Talfahrten; die Bergfahrt beinhaltet kaum ein Absturzrisiko. Es ist dem Rekurrenten daher durchaus zuzumuten, für die Talfahrt eine andere Zufahrtsstelle zu wählen. Somit fehlt es bereits an der von Art. 16a Abs. 1 RPG geforderten betrieblichen Notwendigkeit.

Überdies stehen der Eindolung im Sinn von Art. 34 Abs. 4 Bst. b RPV gewichtige öffentliche Interessen entgegen. Diese überwiegen die privaten Interessen an einer Eindolung, zumal der unzureichenden Sicherheit auch mit wesentlich weniger einschneidenden Massnahmen begegnet werden kann - beispielsweise mit einer natürlichen Gewässerböschung mit flacher Neigung, mit einem grösseren Bewirtschaftungsabstand oder mit natürlicher Uferbepflanzung. Die vorgenommene Eindolung muss daher im Sinn von Art. 34 Abs. 4 Bst. b RPV als unverhältnismässig beurteilt werden. Die getroffene Massnahme ist somit nicht zonenkonform.

C. Kein Ausnahmetatbestand nach Gewässerschutzgesetz

Das eingedolte Gewässer führt das Wasser der umliegenden Wiesen und einer Verbindungsstrasse zuerst durch den Waldstreifen, dann über die Wiesen zu einem Weiler ab und mündet schliesslich nach rund 1,8 km in einen Bach. Auch wenn das Gerinne nicht ganzjährig Wasser führt, besteht nach Auffassung des Baudepartementes kein Zweifel daran, dass es sich um einen Bach handelt. So konnte am Rekursaugenschein festgestellt werden, dass sich im Waldstreifen ein eigentliches Bachbett natürlicher Prägung findet. Folgerichtig ist das Gewässer in der Karte Gewässernetz GN10 des Kantons St.Gallen als Bach verzeichnet. Die Eindolung verstösst damit gegen Art. 38 Abs. 1 GSchG.

Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 38 Abs. 2 GSchG kann nach Auffassung des Baudepartementes nicht erteilt werden. Der Ausnahmetatbestand nach Bst. d entfällt, weil es sich beim Gewässer um einen Bach und nicht um einen kleinen Entwässerungsgraben handelt. Auch Bst. e greift nicht, nachdem das Gewässer vor dem Eingriff offen abfloss und es sich folglich nicht um den Ersatz einer bestehenden Eindolung handelt. Die Eindolung kann somit auch aus wasserbaupolizeilicher Hinsicht nicht bewilligt werden.

D. Zerstörung von Lebensraum für Wassertiere und Verhinderung von Ufervegetation

Mit der vorgenommenen Eindolung wird die Verbesserung der Lebensbedingungen der Wassertiere von vornherein verunmöglicht. Anstatt Lebensraum zu erhalten oder wieder herzustellen, wird solcher zerstört. Auch das Aufkommen einer erwünschten Ufervegetation wird verhindert. Die Bewilligung wurde deshalb zu Recht auch aus fischereirechtlicher Sicht verweigert.

E. Überwiegende Interessen des Natur- und Landschaftschutzes

Die vorgenommene Eindolung lässt sich auch mit Art. 98 BauG und Art. 21 NHG nicht in Einklang bringen.

Die gesetzlichen Bestrebungen verlangen, dass Fließgewässer wo möglich geöffnet statt überdeckt werden. Wo das Interesse am ungeschmäleren Erhalt von Schutzgegenständen mit anderen Interessen – wie hier mit Sicherheitsinteressen des Rekurrenten – kollidiert, hat eine Interessenabwägung stattzufinden. In jedem Fall darf aber ein Eingriff in einen Schutzgegenstand nur soweit gehen, als es zur Erreichung entgegenstehender Interessen notwendig ist.

Dieses Gebot wurde vorliegend missachtet, weil dem Sicherheitsbedürfnis des Rekurrenten auch mit weniger drastischen Massnahmen entsprochen werden kann. Die Baubewilligung war deshalb auch aus naturschutzrechtlicher Hinsicht zu verweigern.

F. Kein Ausnahmegrund für Unterschreitung des Waldabstands

Der Bach wurde innerhalb des Waldabstands von 15 m eingedolt. Die Eindolung könnte folglich nur dann bewilligt werden, wenn hierfür ein Ausnahmegrund nach Art. 77 BauG vorläge. Ein solcher ist jedoch nicht gegeben. Insbesondere handelt es sich nicht um einen Härtefall im Sinn von Art. 77 Abs. 1 Bst. b BauG, kann doch dem Sicherheitsbedürfnis des Grundeigentümers auch mit mildereren Massnahmen entsprochen werden. Folgerichtig hat auch das Kantonsforstamt seine Zustimmung zur Baubewilligung verweigert.

G. Schlussfolgerung des Baudepartementes

Das Baudepartement kam in Abwägung der entgegenstehenden Interessen zum Schluss, dass die Eindolung weder aus raumplanungs-, fischerei-, naturschutzrechtlicher, wasserbaupolizeilicher noch aus forstlicher Sicht bewilligungsfähig ist und dass die nachträgliche Bewilligung zu Recht verweigert wurde. Die angeordnete Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands wurde als im öffentlichen Interesse liegend und verhältnismässig beurteilt und der Rekurs abgewiesen.

Hinweise

Urteile des Bundesgerichtes 1C_226/2008 vom 21. Januar 2009 E. 2.1 und 2.8; 1C_372/2007 vom 11. August 2008 E. 3.1; 1C_27/2008 vom 25. Juni 2008 E. 2.3; 1A.106/2003 vom 12. Januar 2004 E. 3.2

GVP 2008 Nr. 28; 1983 Nr. 105; 1978 Nr. 62

BBl 1987 S. 1143 f.

Richtplan des Kantons St.Gallen, Koordinationsblatt Deponien, S. 5

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 644

E. Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, § 76 N 1 ff.

Baudepartement SG; Juristische Mitteilungen 2000/I/16

6

Widerruf des Zuschlags infolge nachträglicher Angebotsänderung

Quelle und Zusammenfassung

Beschluss Nr. 587 der Regierung vom 18. August 2009

Ändert ein Anbieter nach erfolgtem Zuschlag im Hinblick auf den bevorstehenden Vertragsschluss sein Angebot oder erklärt er ausdrücklich, sich nicht an dieses halten zu wollen, rechtfertigt dies den Widerruf des erteilten Zuschlags.

Einleitung

Nach durchgeführtem offenem Verfahren vergab die Regierung den Auftrag für Heizungs- und Kälteanlagen beim Neubau der Institute für Pathologie und Rechtsmedizin am Kantonsspital St.Gallen an die X. AG. Der Zuschlag wurde durch das Hochbauamt eröffnet, der Werkvertrag aber noch nicht abgeschlossen.

Im Hinblick auf den Vertragsschluss verdichtete sich die Annahme, dass sich die berücksichtigte X. AG nicht an ihr Angebot halten werde. Insbesondere verlangte sie, zur Leistungserbringung einen anderen als den von ihr offerierten Subunternehmer beiziehen zu können; zudem war sie nicht bereit, gewisse in ihrem Angebot ebenfalls enthaltene Subunternehmerleistungen zu erbringen.

Das Hochbauamt teilte der X. AG mit, dass ein Widerruf des Zuschlags in Aussicht genommen werde und gewährte ihr das rechtliche Gehör. In ihrer Stellungnahme hielt die X. AG an ihrem Standpunkt unverändert fest. In der Folge widerrief die Regierung den bereits erteilten Zuschlag.

Erwägungen

1. Inhalt des abgegebenen Angebots

Hauptstreitpunkt des abgegebenen Angebots ist die Position BKP 243.2 Heizgruppe TABS (Thermoaktive Bauteilsysteme) des Leistungsverzeichnisses. Bei den TABS handelt es sich um in die Betondecke einge-

legte Rohre. Diese dienen im Sommer zur Kühlung. Im Winter erfolgt die Wärmeabgabe über die TABS und die Fussbodenheizung. Die TABS werden als fertig vormontierte Register (Baustahlgitter mit installierten Metallplast-Verbundrohren) geliefert.

A. Angebotener Subunternehmer

In der Ausschreibung im Amtsblatt wurde ausdrücklich festgehalten, dass Subunternehmer zwingend bei Angebotseinreichung zu nennen seien. Im Vorspann zum Leistungsverzeichnis wurde Folgendes ausgeführt:

Im Bedarfsfall sind bei einzelnen Positionen zum Zweck der präzisen Beschreibung der Qualitätsanforderungen Produkte- bzw. Fabrikate-Namen und Typenbezeichnungen als Beispielprodukte sowie technische Daten aufgeführt. Der Anbieter ist in der Fabrikate-/Produktwahl absolut frei. Für seine Offerte muss sich der Anbieter, je Position, für ein Produkt-/Fabrikat-Angebot entscheiden. Dieses hat dem Beispielprodukt gleichwertig zu sein. Die Gleichwertigkeit wird vom Fachingenieur nach bestem Ermessen beurteilt.

Die angebotenen Produkte sind immer am vorgesehenen Ort im Leistungsverzeichnis (jeweils in der entsprechenden Position) unter Angaben aller erfragten Bezeichnungen und (Leistungs-) Merkmale genau zu benennen. Vom Beispielprodukt abweichende Angebote sind so zu dokumentieren, dass die Leistungsangaben überprüft werden können. Wo ein Beispielprodukt aufgeführt ist und seitens des Anbieters kein Eintrag vorgenommen wurde, gilt das Beispielprodukt bezüglich benanntem Typ und mit all dessen Merkmalen als offeriert.

In Position 243.2.1 Apparate des Leistungsverzeichnisses wurde für die TABS das Beispiel-Fabrikat der Y. AG ausgeschrieben.

In ihrer Offerte hat die X. AG die unter dem genannten Beispielprodukt für die Nennung eines anderen Fabrikats durch den Anbieter angebrachte Linie leer gelassen und kein anderes Fabrikat genannt. Damit steht fest, dass die X. AG das ausgeschriebene Beispiel-Fabrikat der Y. AG und damit die Y. AG als Subunternehmer angeboten hat.

B. Angebotene Subunternehmerleistungen

Im Leistungsverzeichnis wurde ausserdem festgehalten, dass mit dem Angebot des Beispiel-Fabrikats der Y. AG vom Anbieter auch Dienstleistungen der Y. AG als Lieferantin und somit Subunternehmerin des Anbieters zu offerieren und einzurechnen waren. Diese Dienstleistungen umfassen nach der Beschreibung im Leistungsverzeichnis die Montageanleitung, den Support bei der Auftragsabwicklung, die Organisation der Logistik, die Terminlieferung bei Bedarf und das Zeichnen der Registerpläne. Zum Zeichnen der Registerpläne gehört auch die Berechnung der TABS-Register (Zahl der Rohrschlaufen im Detail) aufgrund der fabrikat-

/produktspezifischen Eigenschaften integral dazu. Auch diese Dienstleistungen des Subunternehmers haben daher als offeriert zu gelten.

2. Unzulässige nachträgliche Änderung und Einschränkung des Angebots

Art. 5 VöB verpflichtet den Auftraggeber zur Gleichbehandlung aller Anbieter. Nach Art. 28 VöB sind die Angebote innert Frist vollständig einzureichen. Die Gleichbehandlung der Anbieter wäre allerdings nicht mehr gewährleistet, wenn es zulässig wäre, dass ein einzelner Anbieter nach erfolgtem Zuschlag einseitig Einschränkungen oder Änderungen an den offerierten Leistungen vornehmen könnte.

Der Auftraggeber kann einen erteilten Zuschlag bei Vorliegen eines in Art. 12 VöB genannten Ausschlussgrunds widerrufen. Ein wesentlicher Grund für einen Widerruf ist unter anderem gegeben, wenn der Anbieter wesentliche Formvorschriften der Verordnung verletzt (Art. 12 Abs. 1 Bst. h VöB). Diese Bestimmung ist nicht abschliessend. Auch die nach erfolgtem Zuschlag ausdrückliche Weigerung, die Leistung im angebotenen Umfang zu erbringen oder deren einseitige Änderung stellen genügend wichtige Gründe dar, die einen Widerruf des Zuschlags rechtfertigen.

3. Rückzug der erhobenen Beschwerde

Die X. AG hat den Widerruf des Zuschlags fristgerecht beim Verwaltungsgericht angefochten. Nachdem dieses den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung mangels ausreichender Begründetheit aber abgelehnt hatte, zog die X. AG ihre Beschwerde zurück. Der Beschluss der Regierung betreffend Widerruf des Zuschlags ist damit in Rechtskraft erwachsen.

7

Fehlende Teilnahme am erstinstanzlichen Verfahren

Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 43/2009 des Baudepartementes vom 13. August 2009

Wer es unterlässt, im erstinstanzlichen Einspracheverfahren öffentlich-rechtliche Rügen oder auf Art. 684 ZGB gestützte Rügen betreffend übermässiger Einwirkungen zu erheben, sondern sich auf rein privatrechtliche Rügen beschränkt, ist mangels Teilnahme am erstinstanzlichen Verfahren nicht zur Erhebung eines Rekurses berechtigt.

Einleitung

Ein Nachbar hatte gegen ein Bauvorhaben Einsprache erhoben. Nachdem die zuständige Baubewilligungsbehörde festgestellt hatte, dass der Einsprecher keine übermässigen Einwirkungen nach Art. 684 ZGB geltend gemacht hatte, beurteilte es die vorgebrachten Rügen als rein privatrechtlicher Natur und verwies den Einsprecher vollumfänglich auf den Zivilrechtsweg.

Statt diesen zu beschreiten, erhob der Einsprecher Rekurs beim Baudepartement. In der Rekurschrift bemängelte der Rekurrent zum einen, dass aus den Bauplänen der gewachsene Terrainverlauf zu seinem benachbarten Grundstück nur ungenügend hervorgehe und darin zudem die Grenzlinien und die amtlichen Vermessungskoten fehlen würden. Zum andern forderte er die Aufnahme amtlich festgelegter Höhenkoten für die geplante Trockenmauer in den Plänen. Zu prüfen war vorab die Rekursberechtigung des Rekurrenten.

Erwägungen

1. Formelle Beschwer als Rekursvoraussetzung

Nach Art. 45 VRP ist zur Erhebung des Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Verlangt sind somit im Wesentlichen ein (materielles) Rechtsschutzinteresse und eine (formelle) Beschwer.

Mit formeller Beschwerde bezeichnet man den Umstand, dass jemand mit seinem Rechtsbegehren nicht oder nicht vollständig durchgedrungen ist. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichtes setzt die Teilnahme am Rechtsmittelverfahren eine Beteiligung am vorinstanzlichen Verfahren voraus. Wer bisher am Verfahren nicht teilgenommen hat, kann auch nicht beschwert sein.

2. Fehlende öffentlichrechtliche Einsprache – fehlende formelle Beschwer

A. Grundsatz

Die Berechtigung zur Erhebung des Rekurses als öffentlichrechtlichem Rechtsmittel setzt – soweit nicht eine Immissionseinsprache nach Art. 684 ZGB zu beurteilen ist – voraus, dass bereits erstinstanzlich öffentlichrechtliche Einsprache erhoben wurde.

B. Beurteilung der konkreten Rügen

Die Vorinstanz hat die Vorbringen des Rekurrenten als zivilrechtlicher Natur beurteilt und ihn deshalb gestützt auf Art. 84 Abs. 3 BauG auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Auch wenn an die Qualität und Ausgestaltung der Rekursbegründung – insbesondere bei juristischen Laien – keine grossen Anforderungen gestellt werden dürfen, kann doch verlangt werden, dass zumindest in groben Zügen aufgezeigt wird, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid fehlerhaft sein soll. Aus der Rekurschrift lässt sich jedoch weder ausdrücklich noch sinngemäss entnehmen, dass der Rekurrent die vorinstanzliche Beurteilung beanstandet. Vielmehr beschränkt er sich auf die im Einspracheverfahren nicht vorgetragene Kritik an den Baubewilligungsplänen und verlangt deren Ergänzung in verschiedenster Hinsicht. Neue Begehren sind zwar im Rekursverfahren vollumfänglich zulässig (Art. 46 Abs. 3 VRP). Voraussetzung ist jedoch die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren.

Wie sich den Vorakten und den Erwägungen im Einspracheentscheid entnehmen lässt, hat der Rekurrent im Rahmen seiner Einsprache in öffentlichrechtlicher Hinsicht lediglich vorgebracht, er untersuche, ob das Gebäude den Regelbauvorschriften entspreche. Konkrete Beanstandungen wurden jedoch bis zum Abschluss des Verfahrens nicht vorgebracht.

3. Schlussfolgerung

Das Baudepartement kam zum Schluss, dass der Rekurrent im Einspracheverfahren lediglich privatrechtliche, nicht aber öffentlichrechtliche Einsprache erhoben hatte. Mangels Teilnahme am erstinstanzlichen Verfahren verneinte das Baudepartement das Vorliegen der erforderlichen formellen Beschwer und damit die Berechtigung zur Rekuserhebung und trat auf den Rekurs nicht ein.

Hinweise

GVP 1998 Nr. 87

Entscheid des Verwaltungsgerichtes vom 20. August 2002 i.S. A. AG

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen - dargestellt an den Verfahren vor Verwaltungsgericht, 2. Auflage, St.Gallen 2003, Rz. 386, 922