

Professuren für Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Urs Ch. Nef

Prof. Dr. Alexander Ruch

Protokoll:

lic.iur. Christian Kaufmann

lic.iur. Tamara Nüssle

lic.iur. Daniel Brunner

Rechtslehre

GZ und Baurecht

Fallsammlung

Der Text ist ausschliesslich für Unterrichtszwecke bestimmt. Der Nachdruck ist unzulässig.

© 2002 Prof. Dr. U. Ch. Nef, Prof. Dr. A. Ruch, ETH-Zürich, 8092 Zürich

Inhaltsverzeichnis

Privatrecht

- Fall 1 Mängelrechte beim Werkvertrag: Seite 4
Haftung aus Vertragsverletzung; Allgemeine Vertragsbedingungen und SIA-Norm 118; ausservertragliche Haftung; Mehrheit von Haftpflichtigen
- Fall 2 Architekten- und Ingenieurvertrag: Seite 18
Werkmängelhaftung; vertragliche Haftung; Schuldnerverzug; ausservertragliche Haftung

Öffentliches Recht

- Fall 3 Anwendung von ästhetischen Schutzvorschriften: Seite 27
Rechtsmittelverfahren, Beschwerdelegitimation, Voraussetzungen für die Einschränkung von Freiheitsrechten, Normenkollision
- Fall 4 Schutz vor nichtionisierender Strahlung: Seite 33
Verfahren; Anwendbarkeit der NISV; Bewilligungserfordernisse einer Mobilfunkanlage; Anforderungen des USG und der NISV an Bau und Betrieb; Konzept der NISV; Verhältnis USG zur NISV
- Fall 5 Wohnhaus bei Schweinezucht ausserhalb der Bauzonen: Seite 42
Anwendbarkeit des Landwirtschafts-, Raumplanungs- und Baurechts; Nutzungszone "Übriges Gemeindegebiet"; Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung
- Fall 6 Wildschwein (sus scrofa) Seite 49
Entgegenstehende öffentliche Interessen; Konfliktlösung; raumplanerische Instrumente; Abstimmung und Koordination

U 10-736 Rechtslehre (GZ und Baurecht)
D-ARCH
Mi 15-17h
HIL E 1

Fall 1

Die Firma M schloss am 8. April 1999 mit der Heizag einen Vertrag ab, nach dem sich die Heizag verpflichtete, im Geschäftshaus der M eine komplette Öl-Zentralheizungsanlage zu installieren. Es wurde die Anwendung der SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten) vereinbart. Der erdverlegte Öltank wurde von T an Ort und Stelle zusammgebaut. Am 10. Oktober 2000 wurde die Anlage in Betrieb genommen.

Im Frühjahr 2001 wurde auf der Nachbarliegenschaft eine Verschmutzung des Erdreichs mit Öl festgestellt. Die Nachforschungen führten zu einem Leck im Öltank der Firma M. Der Tank wurde leergepumpt und die Heizanlage stillgelegt.

Fragen:

- a) Wie ist die Rechtslage, wenn der von T hergestellte Tank dem geforderten Betriebsdruck nicht standhielt?
- b) Wie ist die Rechtslage, wenn der Chauffeur A des Öllieferanten O den Öltank aus Unachtsamkeit überfüllte?

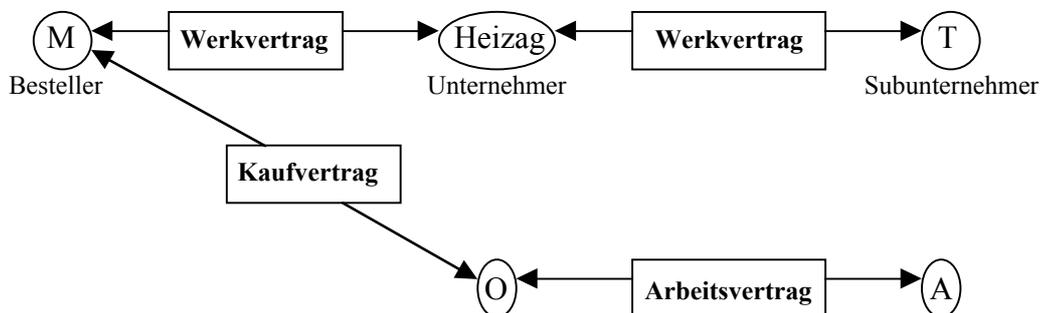
Lösung

1. Problemkreise

- Begriff des Werkvertrages
- Gewährleistung beim Werkvertrag
- Haftung aus Vertragsverletzung
- Allgemeine Vertragsbedingungen und SIA-Norm 118
- Ausservertragliche Haftung
- Mehrheit von Haftpflichtigen

2. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

a) Rechtsbeziehungen



Frage a)

b) Ansprüche der Firma M gegen die Heizag nach Art. 363 ff. OR

aa) Begriff des Werkvertrages (vgl. Nef, S. 144-148)

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes (Art. 363 OR). Der Werkvertrag kann als Vertrag auf Erbringung einer Arbeitsleistung charakterisiert werden. Das Gesetz kennt noch andere Arbeitsleistungsverträge, insbesondere den Auftrag (Art. 394 ff. OR) und den Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR). Der Werkvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Unternehmer ein Werk und damit einen Erfolg seiner Arbeit schuldet (im vorliegenden Fall ist eine funktionierende Öl-Zentralheizungsanlage geschuldet). Im Gegensatz dazu ist der Beauftragte nur verpflichtet, auf ein bestimmtes Ziel

hinzuwirken. Es gehört nicht zu seiner vertraglichen Pflicht, dass das Ziel erreicht wird. So kann der Chirurg nicht garantieren, dass die Operation gelingt und der Anwalt nicht, dass der Prozess für seinen Klienten günstig ausgeht. Gemeinsam ist beiden Vertragsarten, dass sowohl der Unternehmer als auch der Beauftragte ihre Arbeit grundsätzlich selbständig ausführen. Im Unterschied dazu hat der Arbeitgeber ein Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer. Es besteht ein Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer schuldet Arbeit auf Zeit. Schematisch lassen sich die Unterschiede zwischen den genannten Arbeitsleistungsverträgen wie folgt darstellen:

Vertragsart	Geschuldete Leistung	Arbeitsausführung	entgeltl./unentgeltl.
Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)	Arbeit und Erfolg	selbstbestimmt	entgeltl.
Auftrag (Art. 394 ff. OR)	Arbeit im Hinblick auf ein Ziel	selbstbestimmt	unentgeltl./entgeltl.
Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)	Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit	fremdbestimmt (Subordinationsverhältnis)	entgeltl.

bb) Gewährleistung beim Werkvertrag und vertragliche Haftung nach Art. 97 OR

Art. 97 ff. OR ist die allgemeine Haftungsnorm bei Vertragsverletzungen (Nef, S. 118 ff.). Für den Verkäufer und den Werkunternehmer hat das Gesetz besondere Regeln aufgestellt, wenn deren nicht gehörige Erfüllung in der Lieferung oder Herstellung eines mangelhaften Objekts besteht (Gewährleistungsrechte; Kaufvertrag Art. 197 ff. OR; Werkvertrag, Art. 367 ff. OR). Ein Mangel liegt u.a. dann vor, wenn die Lieferung nicht so beschaffen ist, wie sie gemäss Vertrag sein sollte. Es wird unterschieden zwischen geheimen (versteckten) und offenen Mängeln. Offene Mängel sind solche, die man ohne besondere Fachkenntnisse sofort erkennen kann. Sind die Mängel nicht offensichtlich, so handelt es sich um geheime Mängel. Die Haftung des Werkunternehmers für Mängel richtet sich nach Art. 367 ff. OR. Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen (Art. 367 OR). Diesen Prüfungs- und Rügepflichten (Mängelrüge) muss der Besteller rechtzeitig, d.h. sobald als möglich, nachkommen, sonst sind die Mängelrechte verwirkt (Art. 370 OR). Offene Mängel muss der Besteller sofort nach der Prüfung des Werks rügen. Geheime Mängel muss der Besteller rügen, sobald sie zu Tage getreten sind und er sichere Kenntnis von deren Vorhandensein hat (Art. 370 Abs. 3 OR). Der Besteller kann geheime Mängel des Werks noch einige Zeit nach Ablieferung des Werks geltend machen, wenn er sie bis dann noch nicht entdeckt hat. Dies gilt jedoch nur, solange die Ansprüche aus dem Werkvertrag noch nicht verjährt sind. Ist die Verjährung eingetreten, so können auch keine geheimen Mängel mehr geltend gemacht werden. Bei beweglichen Werken (z.B. Autoreparatur) beträgt die Verjährungsfrist ein Jahr, bei unbeweglichen Werken (z.B. Häuser) beträgt die Verjährungsfrist 5 Jahre.

Bei rechtzeitiger Mängelrüge hat der Besteller beim Werkvertrag (anders beim Kaufvertrag) die Wahl zwischen folgenden drei Mängelrechten (Art. 368 OR; Nef, S. 145 ff.):

- *Wandelung (Abs. 1)*: Der Besteller kann vom Vertrag zurücktreten, wenn die Mängel so erheblich sind, dass das Werk für ihn unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Bei mit Grund und Boden verbundenen Bauten ist das problematisch (Abs. 3);
- *Minderung (Abs. 2)*: Der Besteller kann einen dem Minderwert entsprechenden Abschlag am Lohn machen;
- *unentgeltliche Verbesserung (Abs. 2)*: Der Besteller kann die unentgeltliche Verbesserung verlangen, sofern diese dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

Die genannten Mängelrechte kann der Besteller für Schäden geltend machen, die am Werk selber entstanden sind (sog. Mangelschäden; unmittelbarer Schaden). Ein Verschulden des Unternehmers ist nicht Voraussetzung.

Ist dem Besteller über den reinen Mangelschaden hinaus weiterer Schaden (sog. Mangelfolgeschaden; mittelbarer Schaden) entstanden, so kann er auch für diesen Ersatz verlangen, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft (Art. 368 Abs. 2 am Ende). Diese Verschuldenshaftung folgt den Regeln der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 ff. OR. Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Es muss ein gültiger Vertrag zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen;
2. Dieser Vertrag muss durch den Schädiger (Schuldner) verletzt worden sein. Art. 97 OR kommt zur Anwendung, wenn der Schuldner den Vertrag nicht oder "nicht gehörig" erfüllt hat;
3. Es muss ein Schaden vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie);
4. Zwischen dem Schaden und der schuldhaften Vertragsverletzung (haftungsbegründende Ursache) muss sowohl ein natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die schuldhafte Vertragsverletzung notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhafte Vertragsverletzung kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaftet werden, die "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung" durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden;
5. Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein Verschulden (= haftungsbegründende Ursache) treffen. Ein Verschulden ist ein von der Rechtsordnung disqualifiziertes Verhalten, ein Abweichen vom Durchschnittsverhalten. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Bei der vertraglichen Haftung besteht bezüglich des

Verschuldens eine von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastverteilung: Der Schuldner haftet, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

Zu beachten ist, dass wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine *Hilfsperson* vornehmen lässt, für deren Verhalten haftet, wie wenn er selbst gehandelt hätte (Art. 101 Abs. 1 OR; sog. vertragliche Hilfspersonenhaftung; Nef, S. 130 ff).

Eine Haftung ohne Verschulden bezeichnet man als *Kausalhaftung*, eine Haftung, die ein Verschulden voraussetzt, als *Verschuldenshaftung*. Demnach unterstehen die Mängelrechte einer vertraglichen Kausalhaftung, die Haftung für Mangelfolgeschäden einer vertraglichen Verschuldenshaftung.

cc) Allgemeine Geschäftsbedingungen und SIA-Norm 118 (vgl. Nef, S. 152)

Bei den SIA-Normen handelt es sich um Rechtsvorschriften, die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein herausgegeben werden. Im Gegensatz zum Gesetzesrecht finden diese Normen nicht ohne weiteres Anwendung. Die SIA-Normen werden nur anwendbar, wenn die Vertragsparteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben, d.h. die Parteien müssen eine SIA-Norm für anwendbar erklären.

SIA-Normen sind allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Unter AGB versteht man die seitens eines Verwenders vorformulierten Vertragsbestimmungen, die als Bestandteil einer Vielzahl individueller Verträge mit Kunden konzipiert sind (z.B. Bank- oder Versicherungsbedingungen). AGB entsprechen grundsätzlich einem berechtigten Rationalisierungsbedürfnis. Problematisch sind sie, wenn sich nicht gleichstarke Vertragsparteien gegenüber stehen. Konsumenten nehmen den Inhalt der AGB oft nicht genau zur Kenntnis. Es bleibt ihnen auch lediglich die Wahl, den Vertrag gar nicht oder mit den vorgeschlagenen AGB abzuschliessen. Zum Schutz der schwächeren Vertragspartei bei der Verwendung von AGB wurden in der Lehre verschiedene Grundsätze, z.B. Auslegungsregeln (Ungewöhnlichkeitsregel, Unklarheitsregel) aufgestellt.

Gegenstand der SIA-Norm 118 ist der Bauwerkvertrag, welcher eine Erscheinungsform des Werkvertrages ist. Anwendbar ist die Norm für alle Bauarbeiten. Insbesondere macht es keinen Unterschied, ob der Bauunternehmer ein neues Bauwerk herzustellen, nur einen Teil davon auszuführen oder eine Ausbesserungs-, Umbau- oder Abbrucharbeit zu leisten hat.

dd) Falllösung

Zwischen der Firma M und der Heizag besteht ein Vertrag. Die vertragliche Leistung der Heizag besteht in der Installation der Öl-Zentralheizungsanlage im Geschäftshaus der Firma M. Die Heizag muss den Öltank nicht nur liefern, sondern hat auch für dessen Herstellung und Inbetriebnahme zu sorgen. Dieser Vertrag zwischen der Firma M und der Heizag ist als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. zu qualifizieren, denn die Unternehmerin Heizag schuldet ein Werk und damit einen Erfolg ihrer Arbeit, d.h. vorliegend eine funktionierende Öl-Zentralheizungsanlage. Gemäss Art. 364 Abs. 2 OR ist der Unternehmer grundsätzlich

verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen. Ausgenommen sind dabei die Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäfts auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt. Im vorliegenden Fall dürfte der Beizug des Subunternehmers T vertraglich vereinbart worden und damit zulässig sein. Zu beachten ist jedoch, dass der Unternehmer bei einem solchen Beizug für den Subunternehmer vollumfänglich einzustehen hat, ansonsten die Haftung des Unternehmers durch solche Beizüge umgangen werden könnte (vgl. BGE 116 II 308; 111 II 173). Vorliegend hat damit die Heizag für die Fehler des T einzustehen. Da das Werk (als solches kann entweder der Tank allein oder die komplette Zentralheizungsanlage betrachtet werden) einen Fehler aufweist und vom Vertrag abweicht, liegt ein Werkmangel vor und es kommen die besonderen Gewährleistungsansprüche nach Art. 367 ff. OR zur Anwendung. Vorliegend handelt es sich um einen geheimen Mangel, den die Firma M nicht ohne besondere Fachkenntnisse sofort, d.h. bereits am 10. Oktober 2000 hat erkennen können und müssen. Sie kann also den Mangel auch noch nach der Feststellung des Mangels im Frühjahr 2001 bei der Heizag i.S.v. Art. 367 OR rügen und hat dann grundsätzlich die Möglichkeit, die Wandelung (Art. 368 Abs. 1 OR) geltend zu machen, einen dem Minderwert entsprechenden Abzug am Werklohn vorzunehmen (Art. 368 Abs. 2 OR) oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen. Die Wandelung ist möglich, obwohl die Heizung mit Grund und Boden des Bestellers verbunden ist, weil die Heizung ohne unverhältnismässige Nachteile entfernt werden könnte (vgl. Art. 368 Abs. 3 OR). Zu beachten ist allerdings, dass die Parteien im Vertrag vom 8. April 1999 die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbarten. Gemäss Art. 169 dieser Norm hat der Werkbesteller nicht die Wahl, welches Mängelrecht er geltend machen will, sondern ihm steht zunächst nur ein Anspruch auf Nachbesserung zu. Erst wenn der Unternehmer die Nachbesserung nicht vornimmt, kann der Besteller auch die Wandelung oder Minderung fordern. Die Firma M kann somit vorerst lediglich die Nachbesserung des Tankes verlangen.

Für den Mangelfolgeschaden nach Art. 368 Abs. 2 am Ende (z.B. Kosten für die Sanierung des verschmutzten Erdreichs der Firma M, Inanspruchnahme der Firma M durch den Nachbarn infolge des verschmutzten Erdreichs) sind die Voraussetzungen von Art. 97 OR zu prüfen: Zwischen der Firma M und der Heizag besteht ein Werkvertrag, welcher durch die Heizag verletzt wurde. Ein Schaden ist der Firma M durch die Verschmutzung ihres Erdreichs entstanden, da die Sanierung Kosten verursacht. Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, denn die nicht gehörige Erfüllung des Werkvertrages ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, eine Verschmutzung des Erdreichs und die daraus entstandenen Kosten für die Sanierung zu bewirken. Als letzte Voraussetzung muss ein Verschulden des Unternehmers, d.h. der Heizag, gegeben sein (Art. 368 Abs. 2 OR am Ende, Art. 97 OR). Ein solches ist der Heizag nicht vorzuwerfen, denn nicht sie, sondern der Tankhersteller T hat den Fehler begangen. Das Verschuldensprinzip wird durchbrochen, wenn der Werkmangel und damit der Mangelfolgeschaden von einer Hilfsperson des Unternehmers (z.B. von einem Subunternehmer) in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht wurde. In diesem Fall kommt die vertragliche Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR zum Zug und der Unternehmer haftet ohne eigenes Verschulden (BGE 116 II 308). Für den Unternehmer gibt es jedoch einen Entlastungsbeweis. Er kann sich von seiner

Hilfspersonenhaftung durch den Nachweis befreien, dass ihm selber, hätte er gleich wie die Hilfsperson gehandelt, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte (Hypothetische Vorwerfbarkeit; Nef, S. 131). Gelingt dieser Nachweis, so entfällt die Haftung des Unternehmers nach Art. 101 OR für den Mangelfolgeschaden, den seine Hilfsperson verursacht hat. Der Tank hielt dem Betriebsdruck nicht stand. Es ist die Aufgabe eines korrekt, sorgfältig und professionell arbeitenden Tankherstellers, dafür zu sorgen, dass alle notwendigen Untersuchungen und Prüfungen des Tanks vorgenommen werden und dass der Tank dem geforderten Betriebsdruck standhält. T hat es offensichtlich unterlassen, die erforderliche Prüfung vor Inbetriebnahme der Heizung vorzunehmen, was als schuldhaftes Verhalten zu qualifizieren ist. Hätte die Heizag gleich wie T gehandelt, wäre auch ihr ein Verschulden vorzuwerfen. Demnach haftet die Heizag auch für den Mangelfolgeschaden aufgrund von Art. 368 Abs. 2 am Ende i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR gegenüber der Firma M.

c) Ansprüche des Nachbarn gegen T nach Art. 41 OR

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 162 ff.)

Die Grundnorm der ausservertraglichen Haftung ist Art. 41 OR. Voraussetzungen für die Entstehung einer Obligation aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 Abs. 1 OR (ausservertragliche Haftung) und damit einer Schadenersatzforderung des Geschädigten sind:

1. Schaden: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb);
2. Widerrechtlichkeit: Die Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung tritt an die Stelle der Vertragsverletzung bei der vertraglichen Haftung und liegt dann vor, wenn der Schädiger gegen Normen verstösst, welche das verletzte Rechtsgut schützen. Wird der Geschädigte am Körper verletzt oder liegt eine Sachbeschädigung vor, so ist – sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen – die Widerrechtlichkeit stets gegeben, denn das Recht auf körperliche Integrität und das Eigentum sind absolute Rechte, die von jedermann beachtet werden müssen (Art. 122 StGB und Art. 641 ZGB);
3. Adäquater Kausalzusammenhang: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb);
4. Verschulden: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb); anders als bei der vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 ff. OR findet hier die Beweislastumkehr nicht statt, d.h. der Geschädigte muss hier beweisen, dass den Schädiger ein Verschulden trifft.

bb) Fallösung

Zwischen dem Nachbarn und dem Tankhersteller T besteht kein Vertrag. Es kommen lediglich ausservertragliche Schadenersatzansprüche in Frage.

Dem Nachbarn ist durch die Verschmutzung seines Grundstücks ein Schaden entstanden, da das Erdreich gesäubert werden muss, was erhebliche Kosten verursacht. Da durch den defekten Tank das absolut geschützte Rechtsgut Eigentum verletzt wurde, ist auch die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit grundsätzlich gegeben. Problematisch ist aber die Tatsache, dass der

Schaden nicht durch ein Handeln, sondern durch eine Unterlassung (nicht genügende Prüfung des Tanks) herbeigeführt wurde, denn aus naturwissenschaftlicher Sicht kommt als Schadensursache nur ein Geschehen und nicht auch ein Nicht-Geschehen in Betracht. Rechtlich betrachtet wird ein Unterlassen dann als Schadensursache qualifiziert, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht. Eine solche Pflicht zum Ergreifen von Schutzmassnahmen besteht insbesondere dort, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird (sog. Gefahrensatz). Wird gegen diesen Gefahrensatz verstossen, ist die Widerrechtlichkeit gegeben, da in denjenigen Fällen, bei denen der Gefahrensatz herbeigezogen wird, stets absolut geschützte Rechtsgüter verletzt werden (vgl. dazu beispielsweise Nef, S. 172; Honsell, S. 56 f.). Vom Betrieb einer Öl-Heizungsanlage geht potentiell die Gefahr einer Schädigung aus, welche nach geeigneten Vorsichtsmassnahmen ruft. Dazu dürfte auch die genaue Überprüfung des Tankes gehören. Im vorliegenden Fall ist daher auch die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gegeben. Da ferner sowohl die mangelhafte Überprüfung des Tankes adäquat kausal für den eingetretenen Schaden ist als auch ein Verschulden des T vorliegt (vgl. dazu die Ausführungen oben vorne b), dd)), haftet dieser gegenüber dem Nachbarn aus Art. 41 OR.

d) Ansprüche des Nachbarn gegen die Heizag nach Art. 55 OR

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 187 ff.)

Gemäss Art. 55 Abs. 1 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die Voraussetzungen der Haftung nach Art. 55 OR sind demnach:

1. Schaden: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb);
2. Widerrechtlichkeit: vgl. dazu die Ausführungen vorne c), aa);
3. Adäquater Kausalzusammenhang: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb);
4. Schädigung in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen: Gefordert ist m.a.W. ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der schädigenden Handlung der Hilfsperson. So muss ein Malermeister beispielsweise nicht für den Schaden einstehen, den sein Angestellter durch Diebstahl in einer neu zu streichenden Wohnung verursacht;
5. Subordinationsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson: Als Hilfspersonen gelten Personen, welche zum Geschäftsherrn in einem Subordinationsverhältnis (Unterordnungsverhältnis) rechtlicher oder tatsächlicher Natur stehen. Dies ist beispielsweise regelmässig zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Fall;
6. Haftungsbegründende Ursache: Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn; Die Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn wird vom Gesetz vermutet (Art. 55 Abs. 1 OR). Die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR besteht darin, dass er seine

Hilfsperson richtig auswählen (*cura in eligendo*), richtig instruieren (*cura in instruendo*) und bei ihren Verrichtungen genügend überwachen (*cura in custodiendo*) muss. Ausserdem muss der Geschäftsherr die Abläufe in seinem Betrieb so einrichten, dass allfällige Fehler entdeckt und behoben werden können.

Zu beachten ist, dass weder den Geschäftsherrn noch die Hilfsperson ein Verschulden treffen muss (einfache Kausalhaftung).

Abgrenzung:

Während es sich bei Art. 55 OR um eine *ausservertragliche* Haftungsnorm handelt, beschränkt sich die Anwendung von Art. 101 OR (Hilfspersonenhaftung; vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb) und b), dd)) auf das zwischen dem "Geschäftsherrn" und dem Geschädigten bestehende *Vertragsverhältnis*.

bb) Falllösung

Es fragt sich, ob allenfalls die Heizag aufgrund der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR für den Schaden haftet, der durch den fehlerhaften Tank dem Nachbarn entstanden ist. Umstritten ist, ob zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer ein Subordinationsverhältnis besteht. In der Lehre und Rechtsprechung wird ein solches Unterordnungsverhältnis verneint (Brehm, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 55 OR; Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N 910; BGE 96 II 337 ff.). Die Heizag kann deshalb nicht aufgrund von Art. 55 OR haftbar gemacht werden.

e) Ansprüche des Nachbarn gegen die Firma M nach Art. 58 OR und Art. 679 ZGB

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 192-197)

Gemäss Art. 58 Abs. 1 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen, welcher durch die fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder durch mangelhafte Unterhaltung verursacht wurde. Die Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 58 OR sind:

1. Schaden: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb);
2. Widerrechtlichkeit: vgl. dazu die Ausführungen vorne c), aa);
3. Adäquater Kausalzusammenhang: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb);
4. Vorliegen eines Werkes: Ein Werk im Sinne von Art. 58 OR ist ein künstlich erstelltes, mit dem Boden verbundenes und auf eine gewisse Dauer angelegte Gebilde. So stellt beispielsweise auch eine Seilbahn ein Werk dar. Der Werkbegriff nach Art. 58 OR unterscheidet sich vom Werk im Sinne eines Werkvertrages gemäss Art. 363 OR;

5. Werkmangel als haftungsbegründende Ursache: Bei der Werkeigentümerhaftung handelt es sich um eine einfache Kausalhaftung. Haftungsbegründende Ursache ist somit nicht ein Verschulden (wie etwa bei Art. 41 OR), sondern eine Ordnungswidrigkeit, ein Werkmangel. Ein solcher Werkmangel liegt vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemässen Gebrauch nicht genügend Sicherheit bietet.

Gemäss Art. 679 ZGB kann eine Person, die dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, auf Beseitigung der Schädigung oder aus Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen. Die Haftung des Grundeigentümers ist eine einfache Kausalhaftung, welche keine Befreiung durch einen Sorgfaltbeweis vorsieht. Die Funktion der Grundeigentümerhaftung liegt v.a. beim privaten Immissionsschutz. Grundlage dafür bildet das Verursacherprinzip: Wer schädliche Einwirkungen verursacht, soll für den dadurch entstehenden Schaden einstehen. Die Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 679 ZGB sind:

1. Schaden: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb);
2. Widerrechtlichkeit: vgl. dazu die Ausführungen vorne c), aa); es muss eine Überschreitung der Schranken des Grundeigentums (Nachbarrecht) vorliegen;
3. Adäquater Kausalzusammenhang: vgl. dazu die Ausführungen vorne b), bb); die Schädigung muss auf eine Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück zurückgehen, welche die Schranken der Ausübung des Grundeigentums verletzt. Solche Schranken werden durch das Nachbarrecht (Art. 684 ff. ZGB) gesetzt. Die Überschreitung muss nicht durch den Eigentümer selbst erfolgen (d.h. der Eigentümer kann beispielsweise auch für eine Handlung von Mietern haftbar werden), und sie muss nicht auf Verschulden beruhen;
4. Übermässige Eigentumsüberschreitung als haftungsbegründende Ursache.

bb) Fallösung

Die Heizungsanlage und der fehlerhafte Tank wurden durch den Einbau auf dem Grundstück der Firma M zu Eigentum derselben (Art. 642 ZGB). Als Werk kann somit entweder das Geschäftshaus als ganzes oder die Heizungsanlage betrachtet werden. Beides sind künstlich erstellte, mit dem Boden verbundene und auf eine gewisse Dauer angelegte Gebilde und entsprechen damit dem Werksbegriff von Art. 58 OR. Da sowohl ein Werkmangel als haftungsbegründende Ursache als auch die übrigen Voraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang) gegeben sind, haftet die Firma M für den aus dem Werkmangel entstandenen Schaden auf dem Grundstück des Nachbarn.

Vom Grundstück der Firma M gehen schädigende Einwirkungen (Verschmutzung des Erdreichs) auf das Nachbargrundstück aus, welche durch die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück verursacht werden und die Schranken des Grundeigentums verletzen. Da auch die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, haftet die Firma M gegenüber dem Nachbar auch aus Art. 679 ZGB.

f) Mehrheit von Haftpflichtigen

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 216-219)

Bestehen Haftungsansprüche des Geschädigten gegen mehrere Haftpflichtige, stellt sich das Problem, gegen wen der Geschädigte vorgehen kann und wer den Schaden endgültig zu tragen hat.

Im *Aussenverhältnis*, d.h. dem Verhältnis zwischen dem Geschädigten und den Haftpflichtigen, gilt das Prinzip der Solidarität: Alle Haftpflichtigen haften solidarisch für den ganzen Schaden, d.h. der Geschädigte kann von jedem Einzelnen den Ersatz des ganzen Schadens fordern. Hat der Geschädigte jedoch den Schaden von einem Schädiger ersetzt erhalten, so erlöschen seine Forderungen auch gegenüber den übrigen Schädigern, der Schaden wird m.a.W. nur einmal ersetzt.

Hat ein Schädiger dem geschädigten den ganzen Schaden ersetzt, bedeutet das noch nicht, dass dieser den Schaden endgültig allein zu tragen hat. Unter Umständen kann er auf einen oder mehrere Mitschädiger Regress nehmen. Das Verhältnis zwischen den Schädigern nennt man *Innenverhältnis*. Gemäss der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR trägt dabei in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung (ausservertragliche Verschuldenshaftung, Art. 41 OR) verschuldet hat, in zweiter Linie der aus Vertrag Haftende und in letzter Linie derjenige, welcher allein nach Gesetzesvorschrift (insbesondere aufgrund einer Kausalhaftung) haftbar ist. Der Richter hat nach seinem Ermessen zu bestimmen, inwieweit die verschiedenen Schädiger Regress gegeneinander nehmen können (Art. 50 Abs. 2 OR).

bb) Fallösung

Vorliegend stehen dem Nachbarn sowohl der Tankhersteller T als auch die Firma M als Haftpflichtige gegenüber. Im *Aussenverhältnis* haften damit zwei verschiedene Personen für den beim Nachbarn eingetretenen Schaden. Diese beiden Personen haften dem Nachbarn solidarisch für den Schaden, d.h. er kann von beiden den Ersatz des gesamten Schadens fordern. Wird er von einem der beiden vollständig befriedigt, erlöscht jedoch auch seine Schadenersatzforderung gegen den andern.

Fraglich ist jedoch, wer den beim Nachbarn eingetretenen Schaden endgültig tragen muss bzw. welche Regressansprüche zwischen den beteiligten Haftpflichtigen bestehen. Dies beantwortet sich nach dem *Innenverhältnis*, das heisst es kommt auf das Verhältnis zwischen den Schädigern an. T haftet gegenüber dem Nachbarn nach der Verschuldenshaftung von Art. 41 ff. OR. Die Firma M haftet dem Nachbar sowohl nach der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) als auch nach der Haftung des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB. Gemäss Art. 51 Abs. 2 OR trägt in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat. Weil T nach der Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR haftet, trägt er deshalb in erster Linie den Schaden. Die Firma M trifft kein Verschulden, sie haftet lediglich aufgrund einfacher Kausalhaftungen (Art. 58 OR, Art. 679 ZGB) und damit erst in zweiter Linie.

Frage b)

a) Ansprüche der Firma M gegen den Öllieferanten O nach Art. 184 ff. i.V.m. Art. 97 und Art. 101 OR

aa) Theorie (vgl. Nef, S. 120 f.)

Art. 97 ff. ist die allgemeine Haftungsnorm für Vertragsverletzungen. Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu die eingehenden Ausführungen bei Frage a) :

1. Vertrag;
2. Vertragsverletzung;
3. Schaden;
4. Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang;
5. Verschulden.

Wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine *Hilfsperson* vornehmen lässt, haftet für deren Verhalten, wie wenn er selbst gehandelt hätte (vgl. Art. 101 Abs. 1 OR; Hilfspersonenhaftung).

bb) Fallösung

Zwischen der Firma M und dem Öllieferanten O besteht ein Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR. Der Öllieferant hat den Vertrag nicht gehörig erfüllt, was zu einem Schaden führte. Der Schaden der Firma M besteht zum einen darin, dass sie den defekten Tank ersetzen muss. Zweitens ist ihr Erdreich verschmutzt, was aufgrund der Sanierungskosten zu einer Vermögensverminderung führt. Ein Schaden ist somit gegeben. Auch die Vertragsverletzung durch O ist offensichtlich. Weiter ist der adäquate Kausalzusammenhang gegeben, denn das Überfüllen des Tankes ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den eingetretenen Schaden (Kosten für den Ersatz des Tanks, Sanierungskosten des verschmutzten Erdreichs) zu bewirken. Zu prüfen bleibt das Verschulden des Öllieferanten, es ist m.a.W. zu fragen, ob im vorliegenden Fall ein Abweichen vom Durchschnittsverhalten eines korrekten und vernünftig arbeitenden Öllieferanten vorliegt. Eine solche Abweichung und damit ein Verschulden ist auf Seiten des Öllieferanten nicht gegeben, weshalb er nicht nach Art. 97 OR haftbar gemacht werden kann. O hat aber nach der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR für das Verschulden seines Mitarbeiters und Chauffeurs A einzustehen, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Der Chauffeur hat den Tank aus Unachtsamkeit überfüllt. Es ist die Aufgabe eines korrekt und professionell arbeitenden Chauffeurs eines Öllieferanten dafür zu sorgen, dass (u.a. durch Einschalten einer Überfüllsicherung) nicht zu viel Öl in eine Heizungsanlage eingefüllt wird. A, der als Hilfsperson von O zu qualifizieren ist, trifft ein grobes Verschulden, das aufgrund der Bestimmung von Art. 101 OR dem Öllieferanten zuzurechnen ist. Damit haftet der Öllieferant O gegenüber der Firma M aus Art. 101 Abs. 1 OR.

b) Ansprüche des Nachbarn gegen den Öllieferanten O bzw. den Chauffeur A nach Art. 55 bzw. Art. 41 OR

Zwischen dem Nachbarn und dem Öllieferanten besteht kein Vertrag; es kommen daher lediglich ausservertragliche Ansprüche in Betracht.

Der Öllieferant kann unter Umständen aufgrund der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR (vgl. zu den Voraussetzungen im einzelnen die Ausführungen bei Frage a)) in Anspruch genommen werden: Der Schaden, die Widerrechtlichkeit und der adäquate Kausalzusammenhang sind gegeben: Der Nachbar hat einen Schaden an seinem Eigentum erlitten, wobei das Überfüllen des Öltanks adäquat kausal für diesen Schaden ist. Dieser Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut Eigentum des Nachbarn ist widerrechtlich. Auch ist ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der schädigenden Handlung der Hilfsperson A gegeben. Ferner wird zwischen dem Geschäftsherrn O und seinem Angestellten und Chauffeur A ein Subordinationsverhältnis bestehen (z.B. Arbeitsvertrag). Ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt. Haftungsbegründende Ursache ist eine Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn, welche vom Gesetz vermutet wird. Im vorliegenden Fall wird der Geschäftsherr den Sorgfaltsbeweis nicht erbringen können, denn er wird nicht beweisen können, die nötige Sorgfalt sowohl in der Auswahl, der Instruktion als auch der Überwachung seines Mitarbeiters aufgebracht zu haben, denn der Geschäftsherr hat dafür zu sorgen, dass der Vorgang des richtigen Einfüllens von Öl durch zuverlässige Mitarbeiter und ordnungsgemäss erfolgt. Der Öllieferant haftet somit gegenüber dem Nachbarn aus Art. 55 OR.

Der Nachbar kann auch direkt gegen den Chauffeur A nach Art. 41 ff. OR vorgehen. Eine detaillierte Erörterung der Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang, Verschulden) erübrigt sich, da alle Voraussetzungen klar gegeben bzw. bereits erörtert worden sind. Der Chauffeur A haftet damit gegenüber dem Nachbarn aus Art. 41 OR.

c) Ansprüche des Nachbarn gegen die Firma M nach Art. 58 OR und Art. 679 ZGB

Es kann auf die entsprechenden Ausführungen bei Frage a) verwiesen werden. Die Firma M haftet sowohl nach Art. 58 OR als auch nach Art. 679 ZGB für den beim Nachbarn entstandenen Schaden.

d) Mehrheit von Haftpflichtigen

Dem Nachbarn stehen drei verschiedene Haftpflichtige gegenüber: der Öllieferant O, der Chauffeur A und die Firma M. Im *Aussenverhältnis* gilt auch hier, dass der Nachbar grundsätzlich von allen drei Haftpflichtigen den gesamten Schaden verlangen darf, dieser aber nur einmal ersetzt wird.

Im *Innenverhältnis* haftet aufgrund von Art. 51 Abs. 2 OR in erster Linie der Chauffeur A, weil ihn ein Verschulden trifft. Die Firma M und der Öllieferant haften aufgrund einer Kausalhaftung, d.h. verschuldensunabhängig. Sie beide trifft kein Verschulden, weshalb sie den Schaden erst in zweiter Linie zu tragen haben. Werden sie vom Nachbar (z.B. aufgrund ihrer besseren finanziellen Situation) als erste in Anspruch genommen, können sie Regress nehmen auf den Chauffeur A.

3. Literatur

URS CH. NEF, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 3. Auflage, Zürich 2000, §§ 9, 10, 12, 13, 14, insb. S. 44; 118 – 121; 130 – 132; 144 – 148; 152; 159 – 178; 187-190; 192 – 197; 216 – 219

Weiterführende Literatur:

PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Zürich 1998

PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996

HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich 2000

U 10-736 Rechtslehre (GZ und Baurecht)
D-ARCH
Mi 15-17h
HIL E 1

Fall 2

Nachbar B beabsichtigt ein Mehrfamilienhaus zu erstellen. Zu diesem Zweck schliesst er drei Verträge ab: einen ersten Vertrag mit der Architektin A für die Architekturarbeiten, insbes. die Ausarbeitung der Pläne; einen zweiten Vertrag mit dem Ingenieur I für die Abklärung des Baugrundes und einen dritten Vertrag mit dem Unternehmen U für die Ausführung der Bauarbeiten. Im Vertrag mit der Architektin wird vereinbart, dass die SIA-Norm Nr. 102 integrierender Bestandteil des Vertrages bilde.

Bei der Prüfung des Fundaments und der Mauern des Untergeschosses kamen zahlreiche Wasserschäden zum Vorschein. Die Probleme erforderten Korrekturarbeiten, Sanierungsmassnahmen und die teilweise Umnutzung des 2. Stockwerks.

Der aus diesen Mängeln resultierende Schaden von B betrug insgesamt Fr. 990'662.--. Er ist im wesentlichen auf die Fehlbeurteilung von I bezüglich des Baugrundes zurückzuführen.

Fragen:

- a) Wer haftet für den Schaden?
- b) Der Einzug von Mieter M verzögert sich. Welche Rechtsbehelfe stehen ihm zu und gegenüber wem?

vgl. dazu BGE 125 III 223

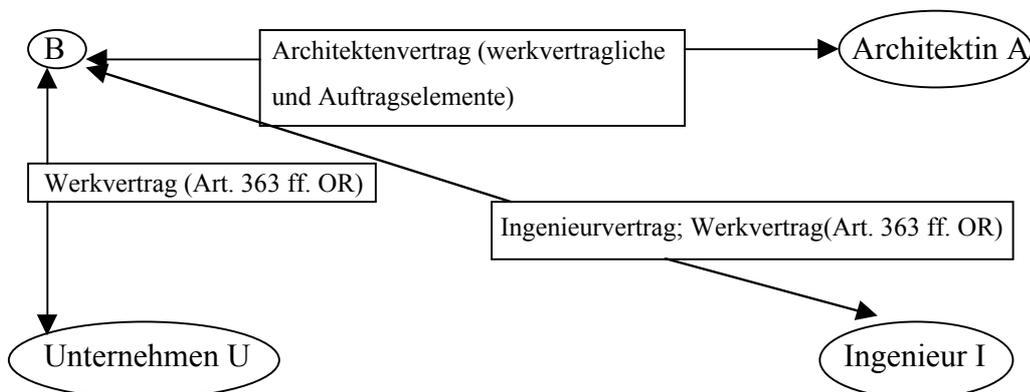
Lösung

1. Problemkreise

- Begriff des Werkvertrages nach Art. 363 ff. OR
- Architektenvertrag, Ingenieurvertrag
- Werkmängelhaftung, SIA-Norm 102
- Vertragliche Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR
- Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR
- Ausservertragliche Haftung nach Art. 41 ff. OR

2. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

a) Rechtsbeziehungen



Frage a)

b) Ansprüche von B gegen I nach Art. 368 ff. OR

aa) Qualifizierung des Architekten-bzw. Ingenieurvertrages (vgl. Nef, S. 143-150)

In der schweizerischen Rechtsordnung herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Parteien sind nicht an bestimmte im Gesetz geregelte Vertragstypen gebunden, sie können innerhalb der Schranken der Rechtsordnung den Vertragsinhalt frei bestimmen (Art. 19 f. OR).

Ein Vertrag über Architekturarbeiten wird als Architektenvertrag bezeichnet. Dieser Vertrag ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. B und A haben einen Architektenvertrag miteinander

abgeschlossen. Je nach Inhalt der Vertrages lassen sich mindestens zwei verschiedene Leistungen des Architekten herausfiltern:

1. Planung und Projektierung des Baus (Planungsvertrag);
2. Durchführung und Überwachung des Baus (Bauleitungsvertrag).

Der Architekt kann sich auch zur Planung *und* zur Bauleitung verpflichten (Gesamtvertrag). Bei allen drei Verträgen verpflichtet sich der Architekt zu einer Arbeitsleistung. Im Gesetz werden drei wichtige Arbeitsleistungsverträge geregelt: der Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR), der Auftrag (Art. 394 ff. OR) und der Werkvertrag (Art. 363 ff. OR). Während beim Werkvertrag Arbeit und *Erfolg* geschuldet ist, besteht der Inhalt des Auftrages (lediglich) in einem auf ein Ziel gerichtetes *Tätigwerden* des Beauftragten. Der Arbeitnehmer schliesslich schuldet dem Arbeitgeber *Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit*. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal der drei Arbeitsleistungsverträge ist die Entgeltlichkeit: Sowohl der Unternehmer beim Werkvertrag als auch der Arbeitnehmer werden für ihre Leistungen entlohnt (Werklohn, Arbeitslohn). Der Auftrag hingegen ist unentgeltlich, sofern keine Vergütung verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Schliesslich können die drei Verträge durch das Kriterium der Selbst- bzw. Fremdbestimmtheit voneinander abgegrenzt werden: Der Werkunternehmer und der Beauftragte handeln grundsätzlich selbstbestimmt, d.h. ohne Weisungen des Werkbestellers bzw. Auftraggebers. Der Arbeitnehmer hingegen ist gegenüber seinem Arbeitgeber weisungsgebunden und damit fremdbestimmt (vgl. dazu die Übersicht bei Nef, S. 148 und vorne die Ausführungen bei Fall 1).

Die Frage, ob es sich bei einem Vertrag um einen Werkvertrag oder um einen Auftrag handelt, ist u.a. bei *der Haftung für Vertragsverletzungen* relevant. Der Werkunternehmer verpflichtet sich zu einem Erfolg, der Beauftragte zu sorgfältigem Tätigwerden. Ein typischer Auftrag ist z.B. der Vertrag mit der Ärztin oder dem Rechtsanwalt. Beide können keinen Erfolg versprechen (bezüglich Gesundheit oder Prozessausgang) und haften dementsprechend auch nicht für den Erfolg, sondern nur für auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden nach bestem Wissen und Gewissen.

Anhand dieser Qualifikationsmerkmale lässt sich der Architektenvertrag einordnen. Beim *Planungsvertrag* handelt es sich – mindestens bezüglich der Detailpläne – um einen *Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR*. Der Architekt arbeitet selbständig und muss einen Erfolg abliefern (kunstgerechte Pläne).

Der Bauleitungsvertrag beinhaltet die Arbeitsvergebung, die Überwachung und die Betreuung des Bauvorgangs. Bei der Bauleitung gibt es viele Faktoren, die vom Bauleiter nicht beeinflusst werden können (z.B. Konkurs eines Handwerkers, was zur Verzögerung der Arbeiten führt). Er verpflichtet sich nicht zu einem Erfolg, sondern zu einem Tätigwerden im Interesse des Bauherrn. Auf den *Bauleitungsvertrag* wird deshalb *Auftragsrecht* angewendet (Art. 394 ff. OR; Nef, S. 149 f.).

Verpflichtet sich der Architekt sowohl zur Planung als auch zur Bauleitung (Gesamtvertrag), erweist sich die rechtliche Qualifikation des Vertrages als schwieriger. Der überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung behandelt den *Gesamtvertrag* als *gemischten Vertrag*

(*Innominatvertrag*), der sowohl Werkvertrags- als auch Auftrags Elemente enthält (BGE 109 II 462; BGE 110 II 380). Auf den Planungsvertragsteil ist Werkvertragsrecht anzuwenden, auf den Bauleitungsvertragsteil Auftragsrecht. Die *Auflösung* des Gesamtvertrages richtet sich gemäss Bundesgericht jedoch *ausschliesslich nach Auftragsrecht (Art. 404 OR)*.

Der *Ingenieurvertrag* weist inhaltlich grosse Ähnlichkeiten mit dem Architektenvertrag auf. Auch er gehört zur Kategorie der Arbeitsleistungsverträge und umfasst Leistungen aus dem jeweiligen Fachgebiet des Ingenieurs: Beratung, Planung, Projektierung, Projektleitung und Bauleitung. Der Bauherr kann nicht nur zu einem Bauingenieur in einer vertraglichen Beziehung stehen, sondern er kann auch mit verschiedenen Spezialingenieuren (z.B. Maschinen- oder Elektroingenieure) Verträge abschliessen. So finden auf den Ingenieurvertrag – je nach Vertragsinhalt – die Bestimmungen des Werkvertrages oder des Auftrages Anwendung, wobei zu eruieren ist, welche vertragliche Leistung des Ingenieurs im Vordergrund steht.

Vorliegend schloss B sowohl mit dem Architekten A als auch dem Ingenieur I einen Vertrag ab. Der Architekt hatte dabei insbesondere die Aufgabe, die Baupläne zu erstellen, während der Ingenieur seinerseits für die Abklärung des Baugrundes verantwortlich war. Die Bauleitung lag im konkreten Falle nicht beim Architekten. Der Ingenieur hatte seine Aufgabe selbständig und ohne Weisungen des Architekten zu erfüllen. Darauf wird noch einzugehen sein. Im Verhältnis Bauherr/Architekt kommen vorliegend die Bestimmungen des Werkvertrages zum Zug. In Fällen, bei denen der Architekt nicht nur für die Ausarbeitung der Pläne verantwortlich ist, sondern ihm beispielsweise auch Bauleitungsbefugnisse übertragen werden, gelangen ferner die Bestimmungen des Auftragsrechts zur Anwendung. In diesem Fall trifft den Architekten die Sorgfaltspflicht des Beauftragten nach Art. 398 Abs. OR. Danach haftet der Architekt als Beauftragter gegenüber dem Bauherrn als Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Zu den Sorgfaltspflichten des Architekten gehört allgemein beispielsweise, dass dieser den Bauherrn zu günstigen Lösungen rät, ihn vor allfälligen Risiken warnt und ihm unter Umständen zum Abschluss einer Bauherrenhaftpflichtversicherung rät. Zudem hat der Architekt die Bauarbeiten ständig zu überprüfen und er haftet für einen ungenauen Kostenvoranschlag (die Überschreitung einer 10%-Limite macht haftbar).

Auch im *Verhältnis Bauherr/Ingenieur* steht das *werkvertragliche Element im Vordergrund*. Der Bauherr hat einen Erfolg – das heisst die korrekte Abklärung des Baugrundes – zu liefern, ansonsten er gegenüber dem Bauherrn haftpflichtig wird.

bb) Mängelrechte nach Art. 368 ff. OR (vgl. Nef, S. 145 f.)

Die Haftung des Werkunternehmers für Mängel richtet sich nach Art. 367 ff. OR. Der Werkbesteller hat nach Ablieferung des Werkes dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen (*Mängelrüge*). Bei rechtzeitiger Mängelrüge hat der Besteller die Wahl zwischen folgenden drei Möglichkeiten (Art. 368 OR; vgl. bereits vorne, Fall 1):

- *Wandelung (Abs. 1)*: Der Besteller kann vom Vertrag zurücktreten, wenn die Mängel so erheblich sind, dass das Werk für ihn unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann;
- *Minderung (Abs. 2)*: Der Besteller kann einen dem Minderwert entsprechenden Abschlag am Lohn machen;
- *unentgeltliche Verbesserung (Abs. 2)*: Der Besteller kann die unentgeltliche Verbesserung verlangen, sofern diese dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

Die genannten Mängelrechte kann der Besteller nur für Schäden geltend machen, die am Werk selber entstanden sind (sog. Mangelschäden; *unmittelbare Schäden*). Ein Verschulden des Unternehmers ist nicht Voraussetzung.

Ist dem Besteller über den reinen Mangelschaden hinaus weiterer Schaden (sog. Mangelfolgeschaden; *mittelbarer Schaden*) entstanden, so kann er auch für diesen Ersatz verlangen, wenn den Unternehmer ein *Verschulden* trifft (Art. 368 Abs. 2 am Ende). Diese Verschuldenshaftung folgt den Regeln der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach *Art. 97 ff. OR*.

Vorliegend ist dem Bauherrn B aufgrund einer Fehleinschätzung von I ein Schaden entstanden. Da das Verhalten von I als schuldhaft qualifiziert werden muss, weil von einem professionell arbeitenden Ingenieur erwartet werden kann, dass er die erforderlichen Abklärungen korrekt vornimmt, haftet dieser grundsätzlich aufgrund von Art. 368 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 ff. OR sowohl für den unmittelbaren als auch für den mittelbaren Schaden gegenüber B.

cc) Architekt als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR des Bauherrn? (vgl. Nef, S. 130-132; 214)

Fraglich ist, ob I allenfalls den Schaden ganz oder teilweise auf den Architekten A abwälzen kann, da dieser auch am Bau beteiligt war bzw. dieser die Pläne ausgearbeitet hat. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Architekt, der die Pläne ausarbeitet und die Arbeiten vergibt und überwacht, als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR des Bauherrn zu qualifizieren ist (vgl. etwa BGE 95 II 53 f.). Mit anderen Worten muss der Bauherr in einem solchen Fall für schuldhaft Fehleinschätzungen des Architekten einstehen und kann nicht den ganzen Schaden auf denjenigen am Bau Beteiligten abwälzen, der den Schaden verursacht hat (z.B. Ingenieurbüro, Sanitärinstallateur, usw.). Wird der am Bau Beteiligte (also nicht der Architekt) vom Bauherrn belangt, kann dieser demnach einwenden, aufgrund des Fehlverhaltens seiner Hilfsperson (Architekt), welches aufgrund von Art. 101 OR dem Bauherrn selber zugerechnet wird, reduziere sich nach Art. 43 Abs. 1 OR die Höhe des Schadenersatzes wegen Selbstverschulden des Bauherrn. Der Bauherr muss in diesem Fall einen Teil des Schadens selber tragen bzw. einen zweiten Prozess gegen seinen Architekten anstrengen.

Vorliegend hatte der Architekt aber lediglich die Aufgabe, die Pläne auszuarbeiten. Bauleitungs- oder Weisungsbefugnisse gegenüber dem Ingenieur I bzw. dem Bauunternehmen U standen ihm aufgrund des Vertrages zwischen ihm und dem Bauherrn B nicht zu. Er hatte mit anderen Worten keinen Einfluss auf die Arbeit des Ingenieurs, welcher als Spezialist die erforderlichen Arbeiten selbständig ausführte. In BGE 125 III 223 ff. hat das Bundesgericht

entschieden, dass in einem solchen Fall – das heisst, wenn dem Architekten keine Weisungsbefugnisse gegenüber andern am Bau Beteiligten zustehen, sondern beispielsweise ein Ingenieurbüro parallel zum Architekten eingeschaltet werde – der Architekt auch nicht Hilfsperson des Bauherrn sei.

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass I den Einwand, den Bauherrn treffe aufgrund der Hilfspersonenstellung von A ein Selbstverschulden, welches zu einer Reduktion des Schadenersatzes führe, nicht geltend machen können, sondern den Schaden selber zu tragen hat.

dd) Haftung des Architekten und SIA-Norm 102, insb. Ziff. 1.6. (vgl. Nef, S. 44-46; 53-54)

Sollte auch A haftpflichtig sein, weil beispielsweise seine Pläne nicht korrekt waren oder er – sofern dies überhaupt Vertragsinhalt war – die Arbeitsabläufe nicht richtig koordiniert oder die Sorgfaltspflicht sonst verletzt hat, so kann I auf A im Sinne von Art. 51 OR Regress nehmen, das heisst, der Schaden wird aufgrund der *Höhe des Verschuldens* der beiden Beteiligten A und I aufgeteilt (z.B. 30% Architekt; 70% Ingenieur; vgl. Nef, S. 216 - 219).

Eine solche Haftpflicht des Architekten A gegenüber dem Bauherrn B könnte sich – nebst dem Fall von nicht korrekten Plänen – vorliegend vor allem aus der vereinbarten Anwendbarkeit der *SIA-Norm Nr. 102* ergeben. Die SIA-Normen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), welche als standardisierte Massenverträge bezeichnet werden können (vgl. Nef, S. 45). Die AGB sind keine Normen objektiven Rechts, sondern werden nur verbindlich, wenn sie von den Parteien zum Vertragsbestandteil erklärt werden. Eine solche Übernahme ist jedoch nur dort möglich, wo *dispositives* Gesetzesrecht besteht. Sind im objektiven Recht *zwingende* Normen (z.B. zum Schutz der schwächeren Vertragspartei) vorhanden, können diese nicht durch AGB-Bestimmungen abgeändert werden.

In Ziff. 1.6. der SIA-Norm Nr. 102, welche durch die gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung der Parteien Vertragsbestandteil geworden ist, sind Vorschriften betreffend die Verantwortlichkeit des Architekten enthalten. Danach hat der Architekt bei verschuldeter, fehlerhafter Auftragserfüllung dem Auftraggeber den entstandenen direkten Schaden zu ersetzen. Eine solche fehlerhafte Auftragserfüllung wird insbesondere bei Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht, bei Nichtbeachtung oder Verletzung anerkannter Regeln seines Fachgebietes, bei mangelnder Koordination oder Beaufsichtigung sowie bei ungenügender Kostenerfassung angenommen. Werden – wie vorliegend – werkvertragliche Normen auf das Verhältnis zwischen Bauherrn und Architekten angewendet, bedeutet die vertraglich vereinbarte Ziff. 1.6. der SIA-Norm Nr. 102, dass die dispositive gesetzliche Mängelhaftungsregelung von Art. 367 ff. OR ausgeschlossen würde, die Mängelhaftung m.a.W. wegbedungen würde. Diese (kausale) Haftung würde indes nicht ersatzlos wegefallen, sondern durch eine Verschuldenshaftung ersetzt und das Wahlrecht des Bauherrn eingeschränkt. Aufgrund der sog. *Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel* könnte sich aber der Architekt, auf dessen Vorschlag hin die SIA-Normen zum Vertragsbestandteil erklärt wurden, unter Umständen nicht auf diese Beschränkung berufen. Dasselbe gilt für den Fall, bei dem der Architekt sich darauf beruft, Ziff. 1.6. decke lediglich die direkten (unmittelbaren)

Schäden ab, währenddem die indirekten (mittelbaren) Schäden von dieser Norm nicht erfasst seien. Der Architekt hat m.a.W. aufgrund der Unklarheits- bzw. Ungewöhnlichkeitsregel auch für die mittelbaren Schäden einzustehen, auch wenn Ziff. 1.6. nur vom “direkten Schaden“ spricht. Kann dem Architekten eine schuldhaftige Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden, so haftet er gegenüber dem Bauherrn B aufgrund der vertraglich vereinbarten SIA-Norm 102 für den entstandenen Schaden.

c) Ansprüche von B gegen U nach Art. 368 ff. OR

Zwischen B und U ist zweifelsohne ein *Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR* entstanden. Das von U erstellte Werk leidet an einem Mangel und B ist ein Schaden entstanden. U hat demnach den Werkvertrag nicht gehörig erfüllt und ist damit grundsätzlich haftbar gegenüber dem Bauherrn B. Ein Verschulden des U ist – was den *unmittelbaren Schaden* am Werk selber betrifft – nicht erforderlich, da die Haftung nach Art. 368 ff. OR eine *Kausalhaftung* ist. Bezüglich den *mittelbaren Schaden* muss U ein *Verschulden* treffen, damit dieser haftpflichtig wird (Art. 368 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR; vgl. Nef, S. 144-148). Ein solches Verschulden dürfte U schwer nachzuweisen sein, da er auf Weisung des Ingenieurs I gehandelt hat. Bei einer Inanspruchnahme von U durch B wird der Unternehmer deshalb einwenden können, er habe die Arbeiten aufgrund der (fehlerhaften) Vorgaben des Ingenieurs gemacht und den Schaden deshalb nicht zu ersetzen. Der Ingenieur hat die notwendigen Abklärungen betreffend den Baugrund vorzunehmen und wird mit einer Weisungsbefugnis gegenüber dem Bauunternehmer U ausgestattet sein, denn lediglich der Ingenieur weiss, wo und wie das Fundament aufgrund seiner Untersuchungen richtig gelegt werden kann. Der Bauunternehmer wird sich – was den mittelbaren Schaden betrifft – exkulpieren können und haftet demnach nicht.

Zu beachten ist, dass U nicht einwenden kann, I sei Hilfsperson des Bauherrn B gewesen und diesen treffe aufgrund des Fehlverhaltens von I ein Selbstverschulden, welches zu einer Reduktion des Schadenersatzes führen würde. I ist als selbständiger Unternehmer zu betrachten, welcher als Fachmann keine Weisungen von B entgegennimmt.

Frage b)

d) Ansprüche von M gegen B aus Art. 256 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 ff. OR

Zwischen B und M ist ein *Mietvertrag i.S.v. Art. 253 ff. OR* zustande gekommen. Nach Art. 256 Abs. 1 OR ist der Vermieter verpflichtet, die (Miet)sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten. Aufgrund der Korrekturarbeiten ist die Wohnung zum vereinbarten Zeitpunkt nicht bezugsbereit. Der Schuldner (Vermieter B) kann seine Leistung nicht fristgerecht erbringen und es kommen die *Regeln des Verzugs nach Art. 102 ff. OR* zur Anwendung (vgl. Nef, S. 124–130). Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner – sofern die Verbindlichkeit fällig ist – durch Mahnung des Gläubigers (Mieter M) in Verzug gesetzt. In bestimmten Fällen (z.B. verabredeter Verfalltag) ist eine solche Mahnung nicht erforderlich, und der Schuldner gerät

schon mit Ablauf dieses vereinbarten Tages in Verzug. Befindet sich der Schuldner im Verzug, so hat er gemäss Art. 103 Abs. 1 OR Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch für den Zufall. Er kann sich jedoch gemäss Abs. 2 von dieser Haftung durch den Nachweis befreien, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist oder der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers betroffen hätte. Bei zweiseitigen Verträgen (z.B. Mietvertrag, Kaufvertrag) kann der Gläubiger dem Schuldner darauf eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Erfüllt der Gläubiger bis zum Ablauf dieser Frist immer noch nicht, so hat der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 2 OR die Möglichkeit, gegenüber dem Schuldner weiterhin auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung zu klagen, oder aber er kann auf die nachträgliche Leistung des Schuldners verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Wird der Rücktritt erklärt, so kann der Gläubiger gemäss Art. 109 Abs. 1 OR die versprochene Gegenleistung verweigern und das bereits Geleistete vom Schuldner zurückfordern. Betreffend den Schadenersatz muss den Schuldner ein Verschulden treffen, währenddem der Rücktritt vom Vertrag verschuldensunabhängig ist.

Vorliegend kann der Mieter (und Gläubiger) M den Vermieter (und Schuldner) B durch Mahnung in Verzug setzen und für den Schaden, der ihm durch die Unmöglichkeit des Bezuges der Wohnung zum vereinbarten Zeitpunkt entstanden ist (ev. musste er vorübergehend eine andere, teurere Wohnung beziehen), von B Ersatz fordern, sofern diesen ein Verschulden trifft (Art. 103 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR). Ein Verschulden von B ist jedoch nicht ersichtlich, da er nicht für die Fehler seines Ingenieurs einstehen muss, denn dieser hat unabhängig von Weisungen seitens des Bauherrn gehandelt. M kann B aufgrund von Art. 107 Abs. 1 OR eine Nachfrist zu nachträglichen Erfüllung ansetzen. Kann B bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllen, so hat M aufgrund des fehlenden Verschuldens von B lediglich die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten. Dabei verweigert er seine Leistung (Mietzinszahlung) und – sofern er bereits im Voraus bezahlt hat – fordert er das Geld zurück (Art. 109 Abs. 1 OR).

e) Ausservertragliche Ansprüche von M gegen A, I und U nach Art. 41 ff. OR

M hat weder mit A noch mit I noch mit U einen Vertrag abgeschlossen. Eventuelle Schadenersatzansprüche gegen diese Personen sind deshalb rein ausservertraglicher Natur. In Frage kommt dabei lediglich *Art. 41 OR*, die allgemeine ausservertragliche Haftungsnorm. Voraussetzungen für die erfolgreiche Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach Art. 41 ff. OR sind – nochmals zusammengefasst – die folgenden (vgl. Nef, S. 162 ff.):

1. *Schaden*: Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie);
2. *Widerrechtlichkeit*: Die Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung tritt an die Stelle der Vertragsverletzung bei der vertraglichen Haftung und liegt dann vor, wenn der Schädiger gegen Normen verstösst, welche das verletzte Rechtsgut schützen. Wird der

Geschädigte beispielsweise am Körper verletzt oder liegt eine Sachbeschädigung vor, so ist – sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen – die Widerrechtlichkeit stets gegeben, denn das Recht auf körperliche Integrität und das Eigentum sind absolute Rechte, die von jedermann beachtet werden müssen (Art. 122 StGB und Art. 641 ZGB);

3. *Adäquater Kausalzusammenhang*: Zwischen dem Schaden und der schädigenden Handlung muss sowohl ein natürlicher wie ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das Verhalten des Schädigers notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne dieses Verhalten kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaftet werden, die “nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung“ durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden;
4. *Verschulden*: Ein Verschulden ist ein von der Rechtsordnung disqualifiziertes Verhalten, ein Abweichen vom Durchschnittsverhalten. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftsgemäss zu handeln. Anders als bei der vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 ff. OR findet hier die Beweislastumkehr nicht statt, d.h. der Geschädigte muss hier beweisen, dass den Schädiger ein Verschulden trifft.

Vorliegend ist M ein Schaden entstanden, da er nicht zum vereinbarten Zeitpunkt in die gemietete Wohnung einziehen kann. Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, denn ohne die fehlerhafte Planung, Abklärung des Baugrundes bzw. Ausführung der Bauarbeiten wäre bei M der Schaden nicht eingetreten. Auch ist – zumindest im Falle des Ingenieurs I – offensichtlich ein Verschulden gegeben. Das Problem liegt aber bei der Widerrechtlichkeit: Der reine Vermögensschaden von M ist nicht durch ein widerrechtliches Verhalten einer der drei Beteiligten entstanden. Es gibt vorliegend keine Rechtsnorm, welche das Vermögen des M schützt (Nef, S. 168). Ferner sind keine absoluten Rechte (z.B. Eigentum, Leib und Leben) von M verletzt worden. Die Widerrechtlichkeit ist damit nicht gegeben. Da eine der vier Voraussetzungen von Art. 41 OR fehlt, wird keine der drei Personen (A, I und U) gegenüber M haftpflichtig.

3. Literatur:

URS CH. NEF, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 44-46; 53-54; 124-133; 143-150; 162-176; 210-219

Weiterführende Literatur:

HESS URS, Der Architekten- und Ingenieurvertrag, Dietikon 1986

Fall 3 Anwendung von ästhetischen Schutzvorschriften

A. Sachverhalt (BGE 115 Ia 370)

Die Altstadt von Bern liegt auf einer Geländekuppe, die auf drei Seiten von der Aare umflossen wird. Auf der Südseite, wo die Geländekuppe flach gegen das Aareufer ausläuft, befindet sich das Gebiet der Matte. Der südlichste Teil ist das "Inseli". Der Bauklassenplan vom 31. Dezember 1984 weist das „Inseli“ dem Gewerbegebiet zu.

A führt seit 1961 auf dem "Inseli" einen Metallbaubetrieb. Am 15. Juni 1984 reichte er ein Baugesuch für die Aufstockung der Werkhalle um zwei Geschosse für Büro- und Gewerberäume, das Erstellen von Autoabstellplätzen sowie den Anbau eines Treppenhauses und eines Autoliftes ein. Gegen das Baugesuch erhob unter anderem der Berner Heimatschutz (BHS) Einsprache mit der Begründung, durch die (zonenkonforme) Aufstockung werde der Ausblick von Standorten auf dem auf der andern Seite der Aare führenden Uferweg auf markante Teile der Altstadt im Bereich der Junkerngasse bis auf Dachfirsthöhe verdeckt. Der Regierungsrat (I) von Bern hiess die Einsprache gut und wies das Baugesuch ab. Die Baudirektion des Kantons Bern, an welche A den Entscheid weiterzog, holte einen Bericht der Kantonalen Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder ein. Sie wies die Beschwerde ab, wobei sie sich auf die Schutzbestimmungen der Bauordnung der Stadt Bern (BO BE) stützte. Insbesondere sei für die Beurteilung des Aufstockungsvorhabens Art. 75 Abs. 4 Satz 1 BO entscheidend, welcher wie folgt lautet:

„Art. 75 Schutz des Stadt-, Quartier- und Strassenbildes

4 Neu- und Umbauten dürfen die Altstadtsilhouette nicht beeinträchtigen. Ausnahmen, die eine grössere Geschosszahl oder Gebäudehöhe beanspruchen, sind unzulässig.“

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wies eine hiegegen erhobene Beschwerde von A ebenfalls ab. A führt staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Eigentumsfreiheit und beantragt, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern sei aufzuheben und die kantonalen Behörden seien anzuweisen, die nachgesuchte Baubewilligung zu erteilen.

B. Problemkreise

- Rechtsmittelverfahren
- Beschwerdelegitimation
- Voraussetzungen für die Einschränkung von Freiheitsrechten
- Normenkollision

C. Lösungsskizze

1. Rechtsmittelverfahren

1.1 Nichtstreitiges Verwaltungsverfahren

Gemäss Sachverhalt reicht A am 15. Juni 1984 bei der zuständigen Gemeindeverwaltung das nach Art. 1 Abs. 1 BauG BE erforderliche Baugesuch für die Aufstockung der Werkhalle um zwei Geschosse, das Erstellen von Autoabstellplätzen sowie den Anbau eines Treppenhauses und eines Autolifts ein. Nach einer vorläufigen Prüfung des Baugesuchs durch die Gemeinde-

verwaltung fällt das Geschäft in den Kompetenzbereich der Bewilligungsbehörde, dem Regierungsrat I, welcher auch für die Bekanntmachung und Auflage des Baugesuchs verantwortlich ist. Gegen das Baugesuch erhebt der Berner Heimatschutz (BHS) bei I fristgerecht "Einsprache". Rechtsdogmatisch handelt es sich dabei um eine "Einwendung", da sich dieser Rechtsbehelf noch vor Erlass der Baubewilligung an die zu verfügende Behörde, an I, richtet. Die Einwendung ist somit ein Mittel, um sich bei der Verwaltung rechtliches Gehör zu verschaffen. Demgegenüber richtet sich die Einsprache erst nach Erlass einer Verfügung an die verfügende Verwaltungsbehörde. Die "Einwendungs"frist entspricht dabei der Auflagefrist des Bauprojekts. In einer Einigungsverhandlung mit sämtlichen Verfahrensbeteiligten ist A die Möglichkeit zu gewähren, sich zu den einzelnen Einwendungen zu äussern, Art. 34 Abs. 1 BewD BE (Baubewilligungsdekret Bern). Im zeitlich nachfolgenden Bauentscheid ist I verpflichtet, zu den vorgebrachten Einwendungen ebenfalls Stellung zu nehmen. Laut Sachverhalt heisst I die "Einwendung" gut und weist das Baugesuch von A ab.

1.2 Streitiges Verwaltungsverfahren

Während das nichtstreitige Verwaltungsverfahren die Vorbereitung und den Erlass der erstinstanzlichen Verfügung (in unserem Fall den Bauabschlag) durch I betrifft, umfasst das Streitige Verwaltungsverfahren die Anfechtung der dann bereits erlassenen Verfügung (Bauabschlag) durch A und das nachfolgende Verfahren zur Erledigung dieses Streitiges. Beim Streitigen Verwaltungsverfahren ist jeweils zwischen der verwaltungsinternen und der verwaltungsexternen Rechtspflege zu unterscheiden.

1.2.1 Verwaltungsintern

Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege ist dasjenige Verfahren, in dem eine Verwaltungsbehörde über die Erledigung einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit entscheidet. Die entscheidende Behörde ist Teil der hierarchisch aufgebauten Verwaltungsorganisation und der zuvor verfügenden Behörde übergeordnet. Gemäss Sachverhalt zieht A den ablehnenden Baurechtsentscheid von I an die nächst höhere Verwaltungsinstanz, an die Baudirektion des Kantons Bern, weiter. Um an diese übergeordnete Instanz gelangen zu können, muss A eine Beschwerde (auch als Rekurs bezeichnet) einlegen. Mit diesem Rechtsmittel verlangt A die Aufhebung oder die Abänderung des negativen Bauentscheids des I. Nach Einholung eines Berichtes der Kantonalen Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder weist die Baudirektion die Beschwerde von A ab.

1.2.2 Verwaltungsextern

Mit dem verwaltungsexternen Verwaltungsverfahren (Verwaltungsgerichtsbarkeit) wird dasjenige Verfahren bezeichnet, in dem ein Gericht über die Erledigung von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten entscheidet.

a) Auf Kantonsebene

Wie im Sachverhalt festgehalten, zieht A den abschlägigen Entscheid der Baudirektion des Kantons Bern an das Verwaltungsgericht Bern weiter. Gegen das Urteil der Vorinstanz legt A somit wiederum das Rechtsmittel einer Beschwerde ein, um beim übergeordneten Verwaltungsgericht eine erneute sachliche Überprüfung des negativen Entscheids zu erwirken. Das Gericht weist die Beschwerde des A ebenfalls ab.

b) Auf Bundesebene

Nach Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges kann A auf Bundesebene ein weiteres Rechtsmittel einlegen. Art. 34 Abs. 1 RPG bestimmt, dass gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht nur dann zulässig ist, wenn Entschädigungen als Folge von Eigentumsbeschränkungen (Art. 5 RPG) oder Ausnahmebewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 RPG) streitig sind. Alle anderen Entscheide letzter kantonalen Instanzen unterliegen gemäss ausdrücklicher Anordnung von Art. 34 Abs. 3 RPG der staatsrechtlichen Beschwerde, auch wenn nach der allgemeinen Verfahrensordnung des OG und des VwVG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht oder die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat geben wären. Gemäss Sachverhalt handelt es sich einerseits um ein zonenkonformes Bauvorhaben, andererseits ist Art. 5 RPG nicht tangiert. Als Rechtsmittel steht A somit nur die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht zur Verfügung.

2. Beschwerdelegitimation

Unter der Beschwerdelegitimation versteht man die Befugnis, in einem bestimmten Rechtsstreit ein Rechtsmittel einlegen zu können. Grundsätzlich muss der Beschwerdeführer nachweisen, dass er durch die angefochtene Verfügung betroffen ist (Erfordernis des Betroffenseins) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat (Erfordernis des schutzwürdigen Interesses). Die meisten Verfahrensregeln stellen auf diese beiden Voraussetzungen ab. Je nach Rechtsmittel oder nach Beschwerdeführer können die beiden Kriterien jedoch unterschiedlich ausgestaltet sein, bzw. kommen noch andere Erfordernisse hinzu. Die Legitimation zur Einlegung eines Rechtsmittels steht somit nicht jedermann (Populärbeschwerde) zu.

2.1 Beschwerdelegitimation von A

A, als Baugesuchsteller, ist Adressat des abschlägigen Bauentscheids und somit persönlich betroffen. Der in Form einer Verfügung erlassene Bauabschlag ist individuell-konkret, dh. er richtet sich an A und betrifft sein Bauvorhaben. Als schutzwürdige Interessen kann A ins Feld führen, dass er sein Bauvorhaben nicht realisieren kann und in seiner Eigentumsfreiheit (Art. 26 Abs. 1 BV) verletzt wird. Während bei der Verwaltungsbeschwerde an die Baudirektion des Kantons Bern bzw. an das kantonale Verwaltungsgericht bereits der Nachweis eines rein tatsächlichen, faktischen Interesses genügt, müssen im Gegensatz dazu bei der Staatsrechtlichen Beschwerde rechtlich geschützte Interessen, so zB. wie in unserem Fall die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts, vorliegen.

2.2 Beschwerdelegitimation des Berner Heimatschutzes (BHS)

Beim Berner Heimatschutz (BHS) handelt es sich um einen Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB, also um eine juristische Person des Privatrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat für die Legitimation von Verbänden (politische Parteien, Vereine etc.) eigene Grundsätze entwickelt und sieht zwei mögliche Varianten vor:

2.2.1 "Egoistische" Verbandsbeschwerde

Der BHS ist zur Beschwerde berechtigt, wenn er selbst Adressat bzw. Drittbetroffener der Verfügung wäre oder im "eigenen Namen, aber im Interessen seiner Mitglieder" die Beschwerde führen würde. Im letzteren Fall müsste der BHS zudem gemäss eigenen Statuten zur Wahrung

der betroffenen Interessen seiner Mitglieder berufen worden sein, die Interessen der Mehrheit oder zumindest einer grossen Anzahl der Mitglieder müssten betroffen sein und diese deshalb auch selbst zur Beschwerde legitimiert sein. Gemäss Sachverhalt trifft keine dieser aufgeführten Konstellationen zu.

2.2.2 "Ideelle" Verbandsbeschwerde

In verschiedenen Spezialgesetzen werden bestimmte Verbände, welche einen ideellen Zweck verfolgen, ausdrücklich zur Beschwerde ermächtigt. In diesem Fall ist ein persönliches Betroffensein des Verbandes nicht erforderlich. Die Beschwerdeberechtigung besteht nur dann, wenn sie in einem Gesetz vorgesehen wird, und sich streng auf die Wahrung der öffentlichen Interessen beschränkt, deren Schutz vom Gesetz als Verbandsaufgabe anerkannt ist. Art. 35 Abs. 2 lit. b BauG BE hält fest, dass zur Einsprache "private Organisationen in Form einer juristischen Person, soweit die Wahrung von Anliegen dieses Gesetzes nach den Statuten zu ihren dauernden Hauptaufgaben gehört und soweit sie zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Bauvorhabens mindestens fünf Jahre bestanden haben", befugt sind. Der BHS kann entsprechend seiner Vereinsstatuten somit Rügen zur Wahrung seines statutarischen Zwecks geltend machen, Art. 35a Abs. 2 BauG BE. Die Beschwerdelegitimation bezieht sich nicht nur auf das Einwendungs-/Einsprachverfahren sondern würde für das ganze kantonale (verwaltungsinterne und verwaltungsexterne) Beschwerdeverfahren gelten, Art. 53 Abs. 2, Art. 65 lit. b und Art. 79 lit. b VRPG BE (Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bern). Auch auf Bundesebene wäre eine ideelle Verbandsbeschwerde gemäss Art. 48 lit. b VwVG möglich. Mitunter findet sich auch in Art. 12 Abs. 1 NHG die gesetzliche Grundlage für die Beschwerdelegitimation von gesamtschweizerischen Natur- und Heimatschutzorganisationen. (Beim BHS handelt es sich um eine Sektion des Schweizerischen Heimatschutzes.) Die Frage nach der formellen Beschwer, dh. ob sich der BHS bereits schon am vorinstanzlichen Verfahren beteiligen muss, stellt sich in unserem Sachverhalt nicht. Denn der BHS legt schon zu Beginn des Baubewilligungsverfahrens eine Einwendung ein und ist daher Beteiligter im Verfahren.

3. Voraussetzungen für die zulässige Einschränkung von Freiheitsrechten

A rügt vor Bundesgericht die Verletzung seiner Eigentumsfreiheit, da er aufgrund des Bauabschlages sein Bauvorhaben nicht realisieren kann und in der (Aus-)Nutzung seines Grundeigentums beschränkt wird. Gemäss Art. 26 Abs. 1 ist das Eigentum gewährleistet, dh. A wird vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Vermögensrechte geschützt. Art. 36 BV zählt die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Voraussetzungen auf, die erfüllt sein müssen, damit ein Freiheitsrecht eingeschränkt werden darf: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Respektierung des Kerngehalts. Rechtmässig ist die Einschränkung nur dann, wenn diese Voraussetzungen kumulativ gegeben sind.

3.1 Gesetzliche Grundlage

Die Freiheitsbeschränkung muss grundsätzlich in einem Rechtssatz, dh. einer generell-abstrakten Norm, vorgesehen sein. Der Rechtssatz muss genügend bestimmt, dh. so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. Mit dem Erfordernis des Rechtssatzes wird noch nichts über die Rechtsetzungsstufe ausgesagt, dh. über die Frage, ob ein im Gesetzgebungsverfahren beschlossener Rechtssatz erforderlich sei oder ob auch eine kompetenzgemäss erlassene Rechtsnorm niederer Stufe, etwa eine Verordnung, genüge. Während schwerwiegende Eingriffe in Freiheitsrechte auf Stufe Gesetz zu normieren sind, reicht für weniger schwere Einschränkungen eine Verordnung aus. In unserem Fall stützt

sich die Eigentumsbeschränkung auf Art. 75 Abs. 4 der BO BE, also einer kantonalen Verordnung. Da diese Vorschrift eine Reduktion des nach der Zonenordnung zulässigen Bauvolumens führt, ist die Behörde verpflichtet, A innert nützlicher Frist mitzuteilen, welches bauliche Ausmass mit dem Altstadtsschutz vereinbar ist. Da nicht jegliches Bauen verhindert werden soll, reicht die BO BE als gesetzliche Grundlage für geringere Eigentumseinschränkungen aus.

3.2 Öffentliches Interesse

Im öffentlichen Interesse liegt all das, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen. Als wichtige öffentliche Interessen sind die Anliegen der Raumplanung, des Umweltschutzes, des Gewässerschutzes und des Heimatschutzes zu bezeichnen. Art. 75 Abs. 4 BO BE verbietet die Beeinträchtigung der Altstadtsilhouette durch zonenkonforme Neu- und Umbauten. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgericht liegen Grundrechtseinschränkungen, die dem Schutz von Baudenkmalern dienen, ganz allgemein im öffentlichen Interessen. Das Schutzinteresse gilt dabei nicht nur einem einzelnen Objekt, sondern darüber hinaus auch einem ganzen Ensemble von Bauten und dessen näheren Umgebung.

3.3 Verhältnismässigkeit

Dem Verhältnismässigkeitsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Eingriff in ein Freiheitsrecht nicht weiter gehen darf, als es das öffentliche Interesse erfordert. Die Beschränkung der Eigentumsfreiheit darf somit nicht in einem Missverhältnis zum damit verfolgten öffentlichen Interesse des Heimatschutzes stehen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst drei Elemente, welche kumulativ erfüllt sein müssen:

3.3.1 Eignung

Die staatliche Massnahme muss geeignet sein, um den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen. Art. 75 Abs. 4 BO BE verhindert den Neu- und Umbau von Bauten, welche die Altstadtsilhouette beeinträchtigen. Der darauf beruhende negative Baurechtsentscheid ist daher ein taugliches Mittel, um dem Anliegen des Heimatschutzes gerecht zu werden.

3.3.2 Erforderlichkeit

Die Massnahme muss im Hinblick auf den angestrebten Zweck erforderlich sein, dh. hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Der Eingriff darf deshalb nicht über das Notwendige hinausgehen. Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, mit welchen mildereren Vorkehren das Aufstockungsprojekt mit dem Ortsschutz in Übereinstimmung gebracht werden könnte. Da A im Verfahren vor der Baudirektion auf die Einreichung einer Projektänderung verzichtet hat, verbleibt als einzige geeignete Schutzmassnahme der Bauabschlag.

3.3.3 Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung

Eine Anordnung ist dann unverhältnismässig, wenn deren negative Wirkung im konkreten Fall schwerer ins Gewicht fällt, als das öffentliche Interesse daran, dass die Anordnung getroffen wird. Die öffentlichen und die betroffenen privaten Interessen sind daher gegeneinander abzuwägen. Am Schutz der Altstadt, welche in das Verzeichnis der Weltkulturgüter der UNESCO aufgenommen wurde, besteht ein grosses öffentliches Interesse. Wenn immer möglich, soll eine Beeinträchtigung des Ortsbildes der Berner Altstadt vermieden werden. Demgegenüber stehen

die privaten Interessen des A. Die projektierte Einstellhalle sowie die vorgesehene Bürofläche, welche vermietet werden soll, zeigen, dass nicht alle geplanten Nutzflächen aus betrieblicher Sicht dringend erforderlich sind. Hinzu kommt, dass auch für die Autoabstellplätze eine andere Lösung denkbar wäre. Unter diesen Umständen muss gefolgert werden, dass die privaten Interessen des A die erheblichen öffentlichen Interessen nicht zu überwiegen vermögen. Abschliessend ist festzuhalten, dass die Massnahme verhältnismässig ist, zumal der Schutz vor einer "Beeinträchtigung" einen weit strengeren Massstab zulässt, als eine Bestimmung, welche ein Verunstaltungsverbot statuieren würde. Verlangt wird demnach nicht eine erhebliche, sondern genügt bereits eine klar erkennbar Störung, damit dem Baugesuch des A nicht entsprochen werden muss.

3.4 Absoluter Schutz des Kerngehalts

Freiheitsrechte sind in ihrem Kerngehalt absolut geschützt. In unserem Fall wird die Eigentumsgarantie weder völlig unterdrückt, noch in ihrem Gehalt als fundamentale Institution unserer Rechtsordnung entleert.

4. Normenkollision

Das Besondere des vorliegenden Falles besteht darin, dass das Bauprojekt zonenkonform ist. In rechtlicher Hinsicht unbefriedigend ist deshalb der Konflikt zwischen der zonenmässig zulässigen Nutzung (Altstadtzone C, 3 Geschosse, 11 m) gemäss Art. 87 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 108f. BO BE und der strengen Schutzvorschrift zugunsten der Altstadt in Art. 75 Abs. 4 BO BE. Es stellt sich daher die Frage, ob die Anwendung einer Ästhetik- bzw. Schutzvorschrift dazu führen darf, dass generell für das Gebiet der Matte (insbesondere für den südlichsten Teil "Inseli") die Zonenordnung ausser Kraft gesetzt wird. Die Rechtsprechung schliesst zwar nicht aus, dass die Anwendung einer Ästhetikvorschrift zu einer Reduktion des zulässigen Bauvolumens führen kann. Unzulässig wäre aber die Verweigerung einer Baubewilligung, wenn die zuständige Baubehörde zugleich zu verstehen gäbe, dass jedes neue Projekt (obwohl zonenkonform) aussichtslos wäre. Ein solches Vorgehen kann einem Baugesuchsteller nicht zugemutet werden und würde darauf hinauslaufen, dass die Anwendung der Ästhetik- bzw. Schutzvorschrift die Zonenvorschriften faktisch ausser Kraft setzen würden. Wie unter 3.1 erwähnt, muss für den Beschwerdeführer erkennbar sein, welche (Rest-)Nutzung möglich ist und ob sich für ihn allenfalls die Ausführung eines reduzierten Bauvorhabens noch lohnt (siehe Ziff. 3.3.3).

Fall 4 Schutz vor nichtionisierender Strahlung

A. Sachverhalt (BGE 126 II 399)

Die Swisscom AG beabsichtigt, auf der Parzelle Nr. 49 in der Gewerbezone GA von Dotzigen einen 21 Meter hohen Antennenmast und drei Gerätekasten für eine Natel Basis Station GSM aufzustellen. Der Regierungsstatthalter von Büren an der Aare bewilligte das Vorhaben mit Gesamtbauentscheid vom 9. Februar 1999 und Nachtrag vom 16. Februar 1999. Zugleich wies er die von zahlreichen Nachbarn und der Einwohnergemeinde Dotzigen erhobenen Einsprachen gegen das Projekt ab. Lucy Imboden und weitere Privatpersonen fochten diesen Entscheid ohne Erfolg zunächst bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion und anschliessend beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern an. Gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts haben sie eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht eingereicht. Dieses entschied am 30. August 2000.

Die Beschwerdeführer machen geltend:

- Die neue Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) vom 23. Dezember 1999, in Kraft seit 1. Februar 2000, regle die nicht-thermischen (biologischen) Strahlen nicht (N.B.: über sie bestehen keine gesicherten Erkenntnisse).
- Die Baubehörden hätten zusätzliche Emissionsbegrenzungen (z.B. Abschalten in der Nacht) verfügen müssen.
- Die NISV widerspreche Bundesrecht.

B. Problemkreise

- Verfahren (Einsprache, Beschwerde, Instanzen)
- Anwendbarkeit der NISV im vorliegenden Fall (intertemporales Recht)?
- Welche Bewilligungserfordernisse muss eine Mobilfunkanlage erfüllen?
- Welche Anforderungen stellen das USG und die NISV an den Bau und den Betrieb einer Mobilfunkanlage?
- Welches Konzept liegt dem Schutz vor nichtionisierender Strahlung gemäss NISV zugrunde?
 - Verhältnis von Immissionsgrenzwerten und Anlagegrenzwerten
 - Verhältnis von Schadensvermeidung und Risikovorsorge
- Wie ist das Verhältnis zwischen NISV und USG?

C. Lösungsskizze

1. Einleitung

1.1. Fernmelderecht

Ziel des Fernmeldegesetzes (FMG) ist es, die qualitativ hochstehende Fernmeldetechnik in der Schweiz zu erhalten und die Innovationsfähigkeit zu steigern. Gleichzeitig soll aber auch die Umweltqualität nicht beeinträchtigt werden. Das FMG gibt deshalb vor, dass die für die Bereitstellung der Fernmeldedienste nötigen Anlagen nur erstellt und betrieben werden dürfen,

wenn sie zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme oder Erstellung den dafür geltenden Vorschriften entsprechen und in diesem Zustand erhalten werden (Art. 32 FMG).

Wer Fernmeldedienste anbieten will, benötigt dafür eine Konzession. Die Konzessionäre sind verpflichtet, die Versorgung der Bevölkerung innerhalb eines zeitlich definierten Rahmens zu realisieren. Sie haben dafür das Recht erhalten, einerseits die Fernmeldedienste zu erbringen und andererseits das ihnen zugewiesene Frequenzspektrum landesweit zu nutzen.

Das FMG und die zugehörigen Ausführungserlasse legen in erster Linie fernmeldetechnische Anforderungen an die Sendeantennen fest. Der Strahlenschutz wird durch die Umweltschutzgesetzgebung normiert. Für den Bau von Fernmeldeanlagen ist zudem das Raumplanungs- und Baurecht zu beachten.

1.2. Umweltrecht

1.2.1. Grundsatz

Gemäss Art. 74 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen. So bestimmt Art. 1 Abs. 1 des Umweltschutzgesetzes (USG): „Dieses Gesetz soll Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche und lästige Einwirkungen schützen und die Fruchtbarkeit des Bodens erhalten.“ Zu diesen zu vermeidenden schädigenden und lästigen Einwirkungen gehören laut Art. 7 Abs. 1 USG auch Einwirkungen durch Strahlen. Gemeint sind die elektrischen, magnetischen und elektromagnetischen Felder, welche durch elektrische Anlagen und Geräte erzeugt werden. Diese sogenannte nichtionisierende elektromagnetische Strahlung (NIS oder umgangssprachlich auch Elektrosmog genannt) kann unvermeidlich sein, wie insbesondere bei allen Sendeanlagen und Mobiltelefonen; sie kann aber auch bloss unerwünschte Nebenwirkung sein, wie bei den elektrischen Leitungen oder Geräten in Beruf und Haushalt. Ionisierende Strahlen hingegen regelt das USG nicht. Diese unterstehen der speziellen Strahlenschutzgesetzgebung.

Gemäss Art. 7 Abs. 2 USG werden Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen beim Austritt aus Anlagen als Emissionen, am Ort ihres Einwirkens als Immissionen bezeichnet.

Die Emission nichtionisierender Strahlung ist im Interesse der Gesundheit des Menschen zu begrenzen (Art. 11 USG). Ansatzpunkt für die Anwendung des Gesetzes auf elektromagnetische Felder ist ein zweistufiges Konzept. Zunächst sind in einer 1. Stufe im Sinne des Vorsorgeprinzips alle Emissionen soweit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Sodann hat der Bundesrat zur Beurteilung der schädlichen und lästigen Einwirkungen durch Verordnung Immissionsgrenzwerte festzulegen (Art. 13 USG). Das Vorsorgeprinzip ist als umweltrechtlicher Grundsatz in Art. 1 Abs. 2 USG verankert: „Im Sinne der Vorsorge sind Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, frühzeitig zu begrenzen.“ Das Vorsorgeprinzip entspricht der aus dem Polizei- und Gefahrenrecht bekannten Idee, dass die öffentliche Ordnung nicht bloss repressiv zu schützen ist, sondern bereits präventiv, durch die Abwehr von Gefahren. Der Begriff der Gefahrenvorsorge resp. Risikovorsorge ist indessen insofern missverständlich, als es nicht eigentlich um Vorsorgeaufgaben, sondern um Gefahrenabwehr geht. Diese ist auf Schadensverhinderung im Einzelfall ausgerichtet, wohingegen das Vorsorgeprinzip ein planerisches Konzept zu einem nachhaltigen Schutz der Umwelt und zur Sicherung der langfristiger Nutzungsmöglichkeiten verlangt. Der Vorsorgebegriff beinhaltet insofern mehr als die frühzeitige Begrenzung von Immissionen im Hinblick auf die Einhaltung der Qualitätsziele des Umweltschutzrechtes. Vorsorge heisst insbesondere: Emissionsbegrenzung unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung, soweit

dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Ziel ist eine Optimierung der gesetzlichen Auflagen im Rahmen des verfassungsrechtlichen Gebotes der Verhältnismässigkeit.

1.2.2. NISV

Die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) enthält die Ausführungsvorschriften zu den genannten Gesetzesbestimmungen des USG. Sie stellt freilich keine umfassende Ordnung auf, sondern beschränkt sich auf den Schutz vor elektrischen und magnetischen Feldern im Frequenzbereich von 0 Hz bis 300 GHz (Art. 2 Abs. 1 lit. a NISV). Ausserdem regelt die Verordnung lediglich die Strahlung, die von ortsfesten Anlagen ausgeht, und nicht auch diejenige beweglicher Geräte wie z.B. von Mobiltelefonen, elektrischen Apparaten und Haushaltsgeräten (Art. 2 Abs. 2 lit. d NISV).

Das Konzept der neuen Verordnung geht vom heutigen, noch lückenhaften Erkenntnisstand über die Wirkungen nichtionisierender Strahlung auf die Gesundheit des Menschen aus. Zur Zeit erscheinen lediglich die thermischen Wirkungen intensiver nichtionisierender Strahlung wissenschaftlich erhärtet. Diese führt zu einer Erwärmung des Körpers und löst verschiedene schädliche Folgereaktionen aus. Demgegenüber liegen über die nicht-thermischen (biologischen) Wirkungen nichtionisierender Strahlung - insbesondere auch bei schwachen Belastungen - keine gefestigten wissenschaftlichen Erkenntnisse, wohl aber gewisse Erfahrungen in Einzelfällen vor. Die Regelung des Schutzes vor nichtionisierenden Strahlen knüpft an diesen uneinheitlichen Kenntnisstand an. Der Schutz vor den wissenschaftlich erhärteten thermischen Wirkungen wird durch Immissionsgrenzwerte (Anhang 2 NISV) bewerkstelligt, die überall eingehalten sein müssen, wo sich Menschen aufhalten können (Art. 13 Abs. 1 NISV). Dabei wurden die von der Internationalen Kommission zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung (ICNIRP) erarbeiteten Grenzwerte übernommen. Bei der Aufstellung dieser Werte berücksichtigte die ICNIRP lediglich Wirkungen, die in experimentellen Untersuchungen wiederholt und reproduzierbar erzeugt werden konnten und die für den Menschen ein Gesundheitsrisiko darstellen. Dagegen wurden einmalige oder nicht wiederholbare Befunde, insbesondere epidemiologische Untersuchungen und individuelle Erfahrungen "elektrosensibler" Personen ausgeklammert. Der Verordnungsgeber hat erkannt, dass mit der blossen Übernahme der ICNIRP-Grenzwerte im Blick auf mögliche nicht-thermische Wirkungen der Schutz vor nichtionisierender Strahlung lückenhaft wäre. Er hat daher zusätzlich vorsorgliche Emissionsbegrenzungen angeordnet (Art. 4 NISV), die das Risiko schädlicher Wirkungen, die zum Teil erst vermutet werden und noch nicht absehbar sind, möglichst gering halten sollen. Für verschiedene Kategorien von Anlagen bestimmt sich die vorsorgliche Emissionsbegrenzung auf Grund besonderer Anlagegrenzwerte (Art. 4 Abs. 1 NISV), bei den übrigen Anlagen sind die Emissionen so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 4 Abs. 2 NISV). Mit diesen zusätzlichen Emissionsbegrenzungen trägt die neue Verordnung dem Vorsorgeprinzip Rechnung (Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 USG) und konkretisiert die im Sinne der Vorsorge erforderlichen Massnahmen. Art. 4 NISV regelt mit dieser dargestellten Konstellation des Anlagegrenzwertes die vorsorgliche Emissionsbegrenzung abschliessend. Die rechtsanwendende Behörde kann daher nicht gestützt auf Art. 12 Abs. 2 USG noch weitergehende Begrenzungen verfügen.

Zusammenfassend kann gesagt werden,

- der Schutz vor den Folgen von thermischen Wirkungen (wissenschaftlich erhärtet) von nichtionisierender Strahlung erfolgt durch die Festsetzung von Immissionsgrenzwerten (Art. 13 Abs. 1 NISV). Der Immissionsgrenzwert dient zur Beurteilung, ob die

Bevölkerung vor schädlichen und lästigen Einwirkungen geschützt ist. Der Immissionsgrenzwert stellt damit einen Gefährdungswert dar. Im Bereich Mobilfunk bewirkt seine Einhaltung, dass der menschliche Körper vor unzulässiger Erwärmung geschützt ist. Er gilt für die Gesamtheit der Strahlen aus allen Quellen, die an einem bestimmten Ort wirken. Die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte der NISV schützt jedoch nicht vor sämtlichen bis heute beobachtbaren biologischen Wirkungen der Strahlung.

- der Schutz vor den Folgen von nicht-thermischen Wirkungen (wissenschaftlich nicht erhärtet) von nicht-ionisierender Strahlung erfolgt durch Anlagegrenzwerte (Art. 4 NISV). Der Anlagegrenzwert hat die Funktion der vorsorglichen Emissionsbegrenzung. Er legt fest, welches Mass der umweltrechtlichen Vorsorge technisch und betrieblich möglich und auch wirtschaftlich tragbar ist. Im Gegensatz zum Immissionsgrenzwert gilt der Anlagegrenzwert für jede Mobilfunkanlage einzeln. Für das Verständnis der Regelung entscheidend ist die Tatsache, dass der Anlagegrenzwert kein Gefährdungswert ist. Aus gesundheitlichen Überlegungen heraus kann dieser Wert nicht begründet werden. Er orientiert sich ausschliesslich an den technischen und betrieblich Möglichkeiten bei der Festlegung von Antennenstandorten und an der wirtschaftlichen Tragbarkeit für die Mobilfunkanbieter.

1.3. Anforderungen des Raumplanungs- und Baurechts an Mobilfunkanlagen

1.3.1. Grundsatz

Die Frage nach einer Gefährdung oder Belästigung durch elektromagnetische Felder wird sinnvollerweise nicht erst beim Bau einer emittierenden Anlage gestellt. Im Rahmen der Raumplanung besteht die Möglichkeit, schon in einem früheren Stadium auf einen zweckmässigen Ausgleich zwischen den verschiedenen Nutzungen hinzuwirken. Dabei geht es einerseits um Standorte für Anlagen, welche elektromagnetische Felder verursachen, andererseits um die Zuweisung von Flächen für empfindliche Nutzungen. Massnahmen der Raumplanung sollen dazu beitragen, „die natürlichen Lebensgrundlagen ... zu schützen“ (Art. 1 Abs. 2 lit. a RPG), und es ist bei der Planung darauf zu achten, dass „Wohngebiete vor schädlichen und lästigen Einwirkungen wie Luftverschmutzung, Lärm und Erschütterungen möglichst verschont werden“ (Art. 3 Abs. 3 lit. b RPG). Ferner sollen für öffentliche und im öffentlichen Interesse liegende Anlagen sachgerechte Standorte bestimmt und dabei insbesondere „nachteilige Auswirkungen auf die natürlichen Lebensgrundlagen, die Bevölkerung und die Wirtschaft vermieden werden“ (Art. 3 Abs. 4 lit. c RPG). Unter Hinweis auf diese gesetzlichen Bestimmungen anerkennt die Rechtsprechung seit langem, dass bei der Raumplanung auch die Interessen des Umweltschutzes zu beachten sind. Raumplanerische Festlegungen sind zum einen auf Vorschriften des Umweltrechts auszurichten, und zum andern ist darüber hinaus eine umfassende Beurteilung sämtlicher umweltrelevanter Gesichtspunkte vorzunehmen. Diese Grundsätze gelten auch bei der Vermeidung und Abwehr elektromagnetischer Einwirkungen.

Es gilt jedoch zu beachten, dass Anliegen des Umweltschutzes nicht die einzigen bei der Raumplanung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte sind (vgl. Art. 1 und 3 sowie 15 ff. RPG). Es kommt ihnen neben den andern Zielen und Grundsätzen der Raumplanung sowie weiteren Interessen, die im konkreten Zusammenhang von Bedeutung sind, kein absoluter Vorrang zu. So sind die Interessen der Konzessionäre, welche einen Leistungsauftrag zu erfüllen haben, zu beachten. Diese erbringen überdies Leistungen, die im öffentlichen Interesse liegen, indem sie zur Versorgung der Bevölkerung mit Fernmeldediensten in guter Qualität zu preiswerten Tarifen beitragen und für ein vielfältiges Angebot sorgen.

Die genannten Grundsätze gelten für die Richt- und Nutzungsplanung, aber auch für die Interessenabwägung bei Ausnahmebewilligungen für Bauten ausserhalb der Bauzonen nach

Art. 24 RPG. Nicht anwendbar sind sie hingegen auf einzelne Projekte, die einer ordentlichen Bewilligung gemäss Art. 22 Abs. 2 RPG zugänglich sind. In solchen Fällen hat der Gesuchsteller einen Anspruch auf eine Bewilligung, sofern das Vorhaben die gesetzlichen Voraussetzungen (Zonenkonformität und hinreichende Erschliessung) erfüllt. Für eine (erneute) umfassende Interessenabwägung bleibt kein Raum; diese wurde bereits im Rahmen der Nutzungsplanung vorgenommen. Anwendbar bleiben indessen auch in diesem Fall die Bestimmungen der Umweltschutzgesetzgebung (Art. 22 Abs. 3 RPG). Die Anforderungen des Raumplanungsrechts selbst an Mobilfunkanlagen unterscheiden sich danach, ob die Anlage innerhalb oder ausserhalb der Bauzonen realisiert werden soll.

1.3.2. Antennenstandorte in der Bauzone

Für die Errichtung von Mobilfunkanlagen in der Bauzone ist eine Bewilligung der dafür zuständigen Behörde nötig. Regelmässig wird es sich dabei um eine kommunale Baubehörde handeln. Voraussetzung der Bewilligung ist, dass die Anlage dem Zweck der Nutzungszone entspricht (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG), in der sie vorgesehen ist, und dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG). Der Zonenzweck bestimmt sich nach der kommunalen Nutzungsplanung. Gemäss Rechtsprechung stellt eine Antenne eine Anlage der zeitgemässen technischen Infrastruktur dar, welche innerhalb der Bauzonen errichtet werden kann. Sie dient der Gewährleistung der Telekommunikation und ist als solche notwendiger Bestandteil der Siedlungsinfrastruktur. Es kommt nicht darauf an, ob die Siedlung mehr auf die Wohn-, die gewerblich-industrielle oder die öffentliche Nutzung ausgerichtet ist. Der Einfluss von Mobilfunkanlagen auf den Charakter der jeweiligen Zone ist aus bau- und raumplanungsrechtlicher Sicht regelmässig unbedeutend, weil die räumliche Ausdehnung gering ist und die Anlage auch nicht für den Aufenthalt von Personen bestimmt oder geeignet ist. Mobilfunkanlagen sind deshalb grundsätzlich als zonenkonform in den Bauzonen zu betrachten.

1.3.3. Antennenstandorte ausserhalb der Bauzonen

Für Antennenstandorte ausserhalb der Bauzonen ist eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG notwendig. Voraussetzung der Bewilligung ist, dass die Anlage erstens auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist (Art. 24 lit. a RPG); und zweitens dass dem Vorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 24 lit. b RPG).

1.3.3.1 Standortgebundenheit

Standortgebundenheit im Sinne von Art. 24 lit. a RPG wird im allgemeinen bejaht, wenn besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, welche einen Standort ausserhalb der Bauzonen als viel vorteilhafter erscheinen lassen.

Mobilfunkanlagen können grundsätzlich als standortgebundene Anlagen eingestuft werden. Zum einen sind Mobilfunkanlagen häufig aus technischen Gründen auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen. Dies deshalb weil der Aufbau der Mobilfunknetze auf dem Richtstrahlprinzip basiert, d.h. die einzelnen Antennenstandorte sind zwingend auf Sichtkontakt angewiesen. Das führt es mit sich, dass Antennenstandorte aufeinander abgestimmt werden und nicht beliebig verschoben werden können, ansonsten keine ausreichende Übermittlung von Funksignalen mehr sicher gestellt werden könnte. Zum andern besteht derzeit ein aktueller und tatsächlicher Bedarf nach neuen Antennenmasten, da die Mobilfunkanbieter in ihren Konzessionen verpflichtet worden sind, eine bestimmte Fläche der Schweiz innert gewissen Fristen mit ihren Dienstleistungen abzudecken. Aufgrund der

Topographie ist es deshalb zum Erreichen einer hinreichenden Abdeckung – wie dargelegt – unvermeidlich, Mobilfunkanlagen auch ausserhalb der Bauzonen zu realisieren.

1.3.3.2 Interessenabwägung

Dem gewählten Standort dürfen laut Art. 24 lit. b RPG keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Diese Anforderung verlangt von den Konzessionären, dass sie im Rahmen der technischen Möglichkeiten einen Standort wählen, der die negativen Auswirkungen der Baute ausserhalb der Bauzone minimiert. Als entgegenstehende Interessen können z.B. Landschafts- oder Ortsbildschutzinteressen in Betracht kommen.

1.4. Verfahren

1.4.1. Grundsatz

Das Raumplanungsrecht stellt – wie unter Ziff. 1.3.1. bereits erläutert wurde – das für die Prüfung sämtlicher Anforderungen an das Erstellen und Betreiben einer Mobilfunkanlage, einschliesslich der umweltrechtlichen Vorschriften, nötige Verfahren sicher. Oder anders gesagt: Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens für eine Mobilfunkantennenanlage werden sowohl die raumplanerischen und baurechtlichen Aspekte, insbesondere die Vorgaben gemäss Art. 22 Abs. 2 resp. 24 RPG geprüft als auch, ob die Anlage die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts erfüllt (Art. 22 Abs. 3 RPG). Mit diesen übrigen Voraussetzungen sind unter anderem die umweltrechtlichen Bestimmungen, vorab des USG und der NISV, gemeint. Das Bewilligungsverfahren für Mobilfunkantennen gestaltet sich damit gleich wie ein „normales“ Baubewilligungsverfahren. Im Rahmen dieses Verfahrens wird neben den „reinen“ raumplanungs- und baurechtlichen Vorhaben geprüft werden, ob die Antenne die Immissionsgrenzwerte und die Anlagegrenzwerte einhält.

1.4.2. Einsprache- und Beschwerdeverfahren

Nach der Einreichung des Baugesuches bei der (kommunalen) Baubehörde und einer Vorprüfung des Gesuches wird das Baugesuch publiziert. Durch die Publikation sollen Dritte (allen voran Nachbarn) über das Vorhaben in Kenntnis gesetzt werden. Öffentlich angegeben werden der Ort und die Art des Projektes, verbunden mit dem Hinweis, dass innerhalb einer bestimmten Zeit Einsprache (Einwendungen) erhoben werden können. Die Baueinsprache erfolgt vor dem Erlass der Baubewilligung (Verfügung). Sie erfüllt im Gefüge des Baubewilligungsverfahrens zunächst die Funktion der formalisierten Ausübung des rechtlichen Gehörs. Insofern ist die Einsprache nicht Rechtsmittel, denn sie richtet sich gegen ein Gesuch und nicht gegen eine Verfügung. Zudem öffnet die Einsprache häufig das Tor zum (späteren) Rechtsmittelverfahren, dem Beschwerdeverfahren. Es erhält keine Beschwerdebefugnis, wer sich nicht am Einspracheverfahren beteiligt hat.

Nach Schluss des Schriftenwechsels und allfälliger Einspracheverhandlungen trifft die Behörde den Bauentscheid und befindet gleichzeitig über die Einsprachen. Der Bauentscheid ist eine Verfügung mit Begründung und Rechtsmittelbelehrung. Diese Verfügung der Baubewilligungsbehörde unterliegt der Beschwerde, weil im Rechtsstaat baurechtliche Entscheide von weiteren Behörden überprüft werden können sollen. Das Rechtsmittel dazu ist die Beschwerde bzw. der Rekurs. Die Beschwerde richtet sich an eine im Verfahren übergeordnete Instanz. Darin besteht der Unterschied zur Einsprache, welche sich an die verfügende Behörde richtet.

Nochmals zum Begriff der Einsprache:

- Einsprache im eigentlichen Sinn ist das Rechtsmittel, das sich gegen eine bereits erlassene Verfügung richtet und an die Behörde erhoben wird, die verfügt hat. Gegen die zweite Verfügung dieser Behörde ist Beschwerde möglich.
- „Einsprache“ gegen ein Gesuch, bevor darüber verfügt wird, ist eigentlich als Einwendung zu bezeichnen. In vielen Gesetzen wird aber der Ausdruck Einsprache verwendet.

1.4.3. Instanzenzug im Beschwerdeverfahren

Zunächst handelt es sich regelmässig um ein verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren. Erste Beschwerdeinstanz ist die der Baubehörde hierarchisch vorgesetzte Verwaltungseinheit (kantonales Baudepartement resp. falls vorhanden die Baurekurskommission gegenüber der Gemeindebehörde). Der letzte Entscheid des verwaltungsinternen Beschwerdeverfahrens kann an das Verwaltungsgericht weiter gezogen werden. Schliesslich kann ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid ans Bundesgericht gezogen werden.

2. Falllösung

Die umstrittene Mobilfunkanlage entspricht den kommunalen und kantonalen Vorschriften des Bau- und Planungsrechts. Sie darf jedoch nur bewilligt werden, wenn sie auch die Anforderungen der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999 (NISV) erfüllt. Die NISV ist am 1. Februar 2000 in Kraft getreten. Zu einem Zeitpunkt also, als das Baugesuch bereits hängig war. Vorweg stellt sich deshalb die Frage nach dem anwendbaren Recht resp. ob die NISV im konkreten Fall überhaupt anwendbar ist. Dazu bestimmt Art. 3 Abs. 2 lit. a NISV, dass Anlagen im Sinne der Verordnung als neu gelten, wenn der Entscheid, der die Bauarbeiten oder die Aufnahme des Betriebs ermöglicht, bei Inkrafttreten dieser Verordnung noch nicht rechtskräftig war. Somit ist dieser neue Erlass im vorliegenden Fall anwendbar, da die Baubewilligung für die Mobilfunkanlage bei Inkrafttreten dieses Erlasses am 1. Februar 2000 noch nicht rechtskräftig war.

Die Beschwerdeführer kritisieren, dass die in der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung enthaltenen Immissionsgrenzwerte deren nicht-thermischen Wirkungen nicht ausreichend Rechnung trügen und damit den massgeblichen Normen des Umweltschutzgesetzes widersprächen. Sie stellen damit auch das der Verordnung zu Grunde liegende Konzept in Frage.

Nach Art. 13 USG legt der Bundesrat für die Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen Immissionsgrenzwerte durch Verordnung fest. Er berücksichtigt dabei auch die Wirkungen der Immissionen auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit wie Kinder, Kranke, Betagte und Schwangere und legt die Immissionsgrenzwerte so fest, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaft und Lebensräume nicht gefährden und die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 14 lit. a und b USG). Die Anforderungen nach Art. 14 USG gelten zwar vorab für Luftverunreinigungen, sind jedoch nach der Rechtsprechung auch auf die Einwirkung von Strahlen anzuwenden, weil sie allgemeine Regeln wiedergeben. Wie bereits dargelegt wurde, entsprechen die Immissionsgrenzwerte im Anhang 2 NISV den Werten der ICNIRP, die nicht-thermische Wirkungen der nichtionisierenden Strahlung ausser Acht lassen. Die Beschränkung auf die thermischen Wirkungen erfolgte deshalb, weil nur dafür erhärtete wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen. Demgegenüber ist es für nicht-thermische Wirkungen zur Zeit nicht möglich, eine Schwelle anzugeben, unterhalb derer keine Störung der Gesundheit oder des Wohlbefindens der Bevölkerung mehr auftritt. Obwohl zwar gewisse Anhaltspunkte dafür

vorliegen, dass von nichtionisierenden Strahlen auch nicht-thermische Wirkungen ausgehen, die gefährlich oder lästig sein können, lässt sich also nach dem gegenwärtigen Wissensstand eine Grenze zwischen schädlichen oder lästigen Belastungen einerseits und unbedenklichen Belastungen andererseits nicht ziehen. Da nach der angeführten gesetzlichen Umschreibung die Immissionsgrenzwerte indessen gerade diese Grenze bestimmen sollen, müssen bei ihrer Festlegung notwendigerweise jene Effekte ausgeklammert bleiben, bei denen mangels ausreichender Kenntnisse und Erfahrungen eine solche Grenzziehung nicht möglich ist. Es erscheint auch deshalb vertretbar, bei der Festsetzung der Immissionsgrenzwerte die nicht-thermischen Wirkungen ausser Acht zu lassen, weil genügend Raum besteht, ihnen im Rahmen der vorsorglichen Emissionsbegrenzung gemäss Art. 11 Abs. 2 USG Rechnung zu tragen. Massnahmen zur Vorsorge dienen gerade der Begrenzung noch unüberschaubarer Risiken. Sie bezwecken, eine Sicherheitsmarge zu schaffen, welche die Unsicherheit über die längerfristigen Wirkungen von Umweltbelastungen berücksichtigt. Es steht daher mit der Konzeption des Umweltschutzgesetzes im Einklang, wenn der Schutz vor den nicht-thermischen Wirkungen nichtionisierender Strahlen im Rahmen der vorsorglichen Emissionsbegrenzung gemäss Art. 11 Abs. 2 USG erfolgt. Dieses Vorgehen entspricht im Übrigen auch der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Das Konzept der neuen Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung und insbesondere die Festsetzung der Immissionsgrenzwerte in Anhang 2 NISV halten sich somit an den von Art. 13 USG vorgezeichneten Rahmen und sind daher nicht bundesrechtswidrig.

Die Kritik der Beschwerdeführer richtet sich indessen auch gegen die Regelung der vorsorglichen Emissionsbegrenzungen in Art. 4 und im Anhang 1 NISV. Sie sei ungenügend und verletze daher das Umweltschutzgesetz. Nach Art. 11 Abs. 2 USG sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Angestrebt wird damit eine weitere Reduktion der Emissionen unterhalb der durch die Immissionsgrenzwerte bezeichneten Schwelle. Doch lässt sich aus Art. 11 Abs. 2 USG nicht ableiten, von einer Anlage Betroffene hätten überhaupt keine Belastungen hinzunehmen. Die Vorsorge hat hinsichtlich der Einwirkungen nicht zwingend eliminierenden Charakter, sondern dient vor allem deren weiteren Begrenzung in Fällen, in denen die Immissionsgrenzwerte eingehalten sind. Die Festlegung von vorsorglichen Emissionsbegrenzungen setzt zudem eine Rücksichtnahme auf die technischen und betrieblichen Möglichkeiten sowie auf die wirtschaftlichen Interessen des Emittenten voraus. Bei dieser Abwägung von Schutz- und Nutzinteressen ist wie erwähnt insbesondere auch nicht abschätzbaren Risiken Rechnung zu tragen. Die in der neuen Verordnung zur vorsorglichen Emissionsbegrenzung festgesetzten Anlagegrenzwerte sind erheblich tiefer als die Immissionsgrenzwerte. Im vorliegenden Fall beträgt der Anlagegrenzwert (4.0 V/m) weniger als 10 Prozent des Immissionsgrenzwerts für die elektrische Feldstärke (41.25 V/m). Der Bundesrat hat die Anlagegrenzwerte im Unterschied zu den Immissionsgrenzwerte nicht nach medizinischen Kriterien, sondern auf Grund der technischen und betrieblichen Möglichkeiten und im Blick auf die wirtschaftliche Tragbarkeit für die Mobilfunkbetreiber festgesetzt. Einerseits wurde zur Wahrung einer Sicherheitsmarge darauf geachtet, dass neue Emissionsquellen nicht zu nahe bei Orten mit empfindlicher Nutzung errichtet werden. Andererseits war massgeblich, dass neue Mobilfunkanlagen normalerweise die Anlagegrenzwerte einhalten können, was nach den bisherigen Erfahrungen bei den gewählten Werten offenbar der Fall ist. Die Beschwerdeführer zeigen nicht auf, inwiefern die Anlagegrenzwerte für Mobilfunk und drahtlose Teilnehmeranschlüsse in Ziff. 7 des Anhangs 1 NISV den genannten gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechen sollten. Sie betonen lediglich, dass auch von Strahlen unterhalb der Anlagegrenzwerte nicht-thermische Wirkungen ausgingen, und verweisen auf verschiedene Erfahrungsberichte. Ihre Kritik erscheint insofern verständlich, als die

Anlagegrenzwerte gleich wie die Immissionsgrenzwerte auf die Intensität der Strahlen abstellen und sich damit an deren thermischer Wirkung orientieren. Sie bilden daher keinen verlässlichen Massstab, um nicht-thermische Wirkungen nichtionisierender Strahlen zu erfassen und davor zu schützen. Indessen besteht zur Zeit kein Mass zur Beurteilung solcher Wirkungen. In dieser Situation muss die vorsorgliche Emissionsbegrenzung notwendigerweise an Kriterien anknüpfen, die nicht in direkter Abhängigkeit zu den nicht-thermischen Wirkungen stehen. Der Bundesrat hat mit dem Erlass der fraglichen Anlagegrenzwerte den ihm zustehenden Spielraum nicht überschritten. Sobald jedoch eine sachgerechte und zuverlässige Quantifizierung der nicht-thermischen Wirkungen nichtionisierender Strahlen auf Grund neuer Erkenntnisse möglich ist, müssen die Immissions- und die Anlagegrenzwerte überprüft und soweit nötig angepasst werden. Die im vorliegenden Fall massgebende vorsorgliche Emissionsbegrenzung gemäss Art. 4 und Anhang 1 Ziff. 7 NISV erweist sich somit ebenfalls als bundesrechtskonform.

Fall 5 Wohnhaus bei Schweinezucht ausserhalb der Bauzonen (BGE 115 Ib 295)

A. Sachverhalt

X. erwarb im Jahre 1985 von seinem Vater die Parzelle Nr. 854 in Ried, der Gemeinde Giswil (Obwalden). Das 5360 m² grosse Grundstück liegt gemäss Zonenplan der Gemeinde im Übrigen Gemeindegebiet, in welchem nur Bauten zulässig sind, die den Bedürfnissen der Land-, Alp- oder Forstwirtschaft oder des Gartenbaus dienen (Art. 30 des Baureglementes der Gemeinde Giswil vom 18. Januar 1981). Auf diesem Grundstück steht seit 1965 ein Schweinestall. X. führt darin einen reinen (bodenunabhängigen) Zuchtbetrieb. Das Bundesamt für Landwirtschaft bewilligte am 29. April 1987 die Haltung von maximal 80 Mutterschweinen und 40 Jungsau. Nach fünfzehnmonatiger Betriebszeit stellte X. das Gesuch um Erteilung einer Bewilligung für den Bau eines Einfamilienhauses für seine Familie unmittelbar neben dem Zuchtbetrieb.

B. Problemkreise

- Welche Bereiche für den vorliegenden Fall regelt das Landwirtschaftsrecht, welche das Raumplanungs- und Baurecht?
- Welche Art Nutzungszone stellt Übriges Gemeindegebiet dar?
- Was sind die Voraussetzungen zur Erteilung einer Baubewilligung für ein Wohnhaus im Übrigen Gemeindegebiet/in der Landwirtschaftszone?

C. Lösungsskizze

1. Einleitung

Abgrenzung zwischen Landwirtschaftsrecht und Raumplanungsrecht

Wie dem Sachverhalt zu entnehmen ist, bewilligte das Bundesamt für Landwirtschaft am 29. April 1987 die Haltung von maximal 80 Mutterschweinen und 40 Jungsau. Nun stellt X. ein Gesuch um Erteilung einer Baubewilligung für die Erstellung eines Wohnhauses. Es stellt sich daher vorweg die Frage, wer zuständig für die Erteilung der Baubewilligung ist resp. wie die Kompetenzen im Bereich Landwirtschaft geregelt sind.

Gemäss Art. 104 BV ist die Landwirtschaft Sache des Bundes. Der Bund sorgt dafür, dass die Landwirtschaft durch eine nachhaltige und auf den Markt ausgerichtete Produktion einen wesentlichen Beitrag leistet zur Versorgung der Bevölkerung, Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, Pflege der Kulturlandschaft sowie zur dezentralen Besiedelung des Landes. Der Bund fördert durch den Einsatz von Finanzmitteln und anderen Massnahmen bodenbewirtschaftende bäuerliche Betriebe.

Demgegenüber ist nach Art. 75 BV die Raumplanung Sache der Kantone. Der Bund legt die Grundsätze fest, während die Kantone weitere Bestimmungen über die Nutzung des Bodens

und Bewilligungen von Bauten und Anlagen erlassen. Die meisten Kantone haben diese Kompetenz teilweise an die Gemeinden weitergegeben.

Landwirtschaft in der Raumplanung:

Das Raumplanungsgesetz enthält zahlreiche Bestimmungen, die für die Landwirtschaft von grosser Bedeutung sind und deshalb Agrarrecht im weiteren Sinne darstellen.

Das heutige System der Flächennutzungs- und Entwicklungsplanung bewirkt,

- dass die Landwirtschaft Gegenstand der Raumplanung gleichwertig wie die Siedlungsplanung ist;
- dass die Landwirtschaft auch der Siedlungsplanung dient (Verhinderung der Streubauweise bzw. Einschränkung der Baunutzung);
- dass der Landwirtschaft funktionell eigenes Land zugewiesen wird, nicht einfach "übriges" Land (die Landwirtschaftszone ist nicht einfach eine Zone, in der nicht gebaut werden darf);
- dass das Landwirtschaftsland der Baulandhortung entzogen wird und der landwirtschaftlichen Nutzung zur Verfügung bleibt.

Der Erlass von Nutzungsplänen (Art. 14 RPG) obliegt in der Regel den Gemeinden. Das zuständige Gemeindeorgan bestimmt sich nach kantonalem Recht. Gewöhnlich entscheidet die Gemeindeversammlung oder das Gemeindeparlament. Die Bevölkerung ist gemäss Art. 4 RPG berechtigt, sich informieren zu lassen und mitzuwirken bei der Ausarbeitung der (Richt- und) Nutzungspläne. Nutzungspläne müssen durch den Kanton genehmigt werden (Art. 26 RPG). Erst mit dieser Genehmigung erhalten sie Gültigkeit (konstitutive Wirkung). Die Genehmigungspflicht soll sicherstellen, dass die raumplanungsrechtlichen Grundsätze (vgl. insbesondere Art. 1 und 3 RPG) respektiert werden.

Das Baubewilligungsverfahren wird durch die Einreichung eines Baugesuches eröffnet. Zuständige Baubehörde in erster Instanz ist regelmässig eine kommunale Behörde.

Fazit: Das Bundesamt für Landwirtschaft erteilte eine Betriebsbewilligung für die Schweinezucht, d.h. bewilligte die Haltung der Tiere und deren Anzahl. Der Bund ist für den Betriebsteil zuständig (Art. 104 BV), während die Bausache in den Kompetenzbereich des Kantons/der Gemeinde fällt (Art. 75 BV).

1.2. Nutzungsplan/Übriges Gemeindegebiet

Der vorgesehene Bauplatz liegt im Übrigen Gemeindegebiet. Es fragt sich deshalb, ob es sich bei Übrigem Gemeindegebiet um eine Nutzungszone im Sinne des RPG handelt und welche Nutzung in dieser Zone zulässig ist.

Unter Nutzungsplanung versteht man die Erarbeitung einer raumplanerischen Nutzungsordnung. Mit ihr wird bezüglich Ort, Art und Mass die zulässige Bodennutzung grundeigentümer-verbindlich festgelegt. Sie dient der Verwirklichung einer geordneten Siedlungsentwicklung, verbindet die Zonenausscheidung mit Umweltsanierungen und berücksichtigt überkommunale und regionale Anliegen. Hauptaufgabe der Nutzungsplanung bildet die Trennung von Bau- und Nichtbaugelände. Ergebnis dieses Planungsprozesses ist der Nutzungsplan (Art. 14 Abs. 1 RPG).

Der Nutzungsplan steht als Oberbegriff für alle Pläne und alle Vorschriften mit Plancharakter, welche die Bodennutzung betreffen und für die Grundeigentümer unmittelbar verbindlich sind. Das Mittel des Nutzungsplanes sind Nutzungszonen mit zugehörigen Nutzungsvorschriften. In ihrer Gesamtheit müssen die Nutzungszonen eine flächendeckende, lückenlose Ordnung herstellen.

Der Zonenplan teilt als Rahmennutzungsplan ein Gemeindegebiet den Hauptnutzungszonen des RPG zu, den Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 Abs. 2 RPG). Den Kantonen ist es gemäss Art. 18 Abs. 1 RPG freigestellt, weitere Unterteilungen dieser drei bundesrechtlichen Hauptnutzungszonen in kantonale Nutzungszonen wie z.B. Wohn-, Gewerbe-, Industrie-, Gefahren-, Wintersportzone, Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Weiler-, Erholungs- oder Landschaftsschutzzonen vorzusehen. Diese kantonalen Nutzungszonen verfeinern die bundesrechtliche Grobeinteilung, stellen also Untergruppen einer der drei Hauptnutzungszonen des Art. 14 Abs. 2 RPG dar (Bsp. Wohnzone ist eine Bauzone). Ausserdem kann das kantonale Recht Vorschriften enthalten über Gebiete, deren Nutzung noch nicht bestimmt ist oder in denen eine bestimmte Nutzung erst später zugelassen wird (Art. 18 Abs. 2 RPG). Nicht zulässig ist jedoch gemäss Rechtsprechung (BGE 112 Ia 315) die Errichtung einer Zone ohne spezifische Nutzungsbestimmung. Im Rahmen des öffentlichen Interesses ist es nur ausnahmsweise gestattet, die definitive Zuweisung einer Fläche aufzuschieben, nämlich dann, wenn ernsthaft Ungewissheit besteht hinsichtlich der künftigen Nutzung und nicht etwa aus reiner Bequemlichkeit (Art. 18 Abs. 2 RPG).

Fazit: Was ist nun im vorliegenden Fall mit Übrigem Gemeindegebiet gemeint?

Man muss den Zonenplan und das zugehörige Baureglement konsultieren, um zu wissen, welche Nutzung in einer bestimmten Zone zugelassen ist. Der Zonenplan und das Baureglement bilden gemeinsam die Grundordnung. Vorliegend bestimmt Art. 30 des Baureglementes, dass im Übrigen Gemeindegebiet nur Bauten zulässig sind, die den Bedürfnissen der Land-, Alp- oder Forstwirtschaft oder dem Gartenbau dienen. Es ist somit eine Nutzung bestimmt, weshalb im vorliegenden Fall mit Übrigem Gemeindegebiet nicht eine Zone mit künftiger unsicherer Nutzungsbestimmung gemeint ist. Es verhält sich vielmehr so, dass sich die Zone Übriges Gemeindegebiet in casu wie eine Landwirtschaftszone äussert. In der weiteren Fallbearbeitung wird deshalb Übriges Gemeindegebiet als Landwirtschaftszone behandelt.

2. Falllösung

Ausgangspunkt bildet Art. 22 RPG „Baubewilligung“:

„¹ Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden.

² Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass

- a. die Bauten oder Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und
- b. das Land erschlossen ist.

³ Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten.“

2.1. Umfang der Baubewilligungspflicht

Bei jedem Bauvorhaben ist zunächst zu prüfen, ob es sich um ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben handelt. Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG sind grundsätzlich alle Bauten und Anlagen bewilligungspflichtig. Unter den Begriff der „Bauten und Anlagen“ fallen „jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt

beeinträchtigen“ (vgl. BGE 123 II 259 E. 3; BGE 120 Ib 379 E. 3c mit Hinweisen sowie BGE 113 Ib 315 f.). Dazu gehören gemäss bundesgerichtlicher Praxis auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 119 Ib 222 E. 3a; BGE 118 Ib 1 E. 2c je mit Hinweisen). Da in casu der Bau eines Einfamilienhauses zur Debatte steht, bereitet die Beurteilung der Bewilligungspflicht vorliegend keine Schwierigkeiten und kann klar bejaht werden.

2.2. Zonenkonformität

Bei einem bewilligungspflichtigen Bauprojekt stellt sich als zweites die Frage, ob das Vorhaben zonenkonform ist und ihm demnach eine ordentliche Bewilligung nach Art. 22 Abs. 2 RPG erteilt werden kann. Trifft dies nicht zu, so ist zu prüfen, ob das Vorhaben einer Ausnahmegewilligung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen gestützt auf Art. 24 ff. RPG zugänglich ist.

Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG ist Voraussetzung der Bewilligung, dass die Bauten oder Anlagen dem Zweck der Nutzungszone, in die sie zu liegen kommen, entsprechen. Bedingung für eine ordentliche Bewilligung ist mit anderen Worten, dass das Vorhaben zonenkonform in der betreffenden Nutzungszone gemäss geltendem Nutzungsplan ist. Die Baubewilligung bildet damit das Scharnier zwischen Raumplanung und Baurecht.

Die Zonenkonformität bestimmt sich ausschliesslich nach dem Zweck der entsprechenden Nutzungszone und nach der Vereinbarkeit der Bauten und Anlagen mit diesem Zweck.

Das praktische Vorgehen spielt sich folgendermassen ab:

1. In welcher Nutzungszone liegt der vorgesehene Bauplatz? Konsultation der Nutzungspläne (Zonenplan) und des zugehörigen kommunalen Baureglementes.
2. Was ist der genaue Zweck der betreffenden Nutzungszone? Einschlägige Bestimmungen des RPG, des kantonalen Raumplanungsgesetzes sowie des kommunalen Baureglementes lesen.
3. Ist der projektierte Bau mit diesem Zweck vereinbar?

Fazit: Gemäss Zonenplan der Gemeinde Giswil liegt das betreffende Baugrundstück im Übrigen Gemeindegebiet. Weiter bestimmt Art. 30 des kommunalen Baureglementes, dass im Übrigen Gemeindegebiet nur Bauten zulässig sind, die den Bedürfnissen der Land-, Alp- oder Forstwirtschaft oder dem Gartenbau dienen. Aufgrund dieser Nutzungsumschreibung kann in casu – wie bereits erwähnt – das Übrige Gemeindegebiet wie eine Landwirtschaftzone behandelt werden.

Ausgangspunkt bildet Art. 16 RPG, welcher unter dem Titel „Landwirtschaftszonen“ in Abs. 1 festlegt:

„¹ Landwirtschaftszonen dienen der langfristigen Sicherung der Ernährungsbasis des Landes, der Erhaltung der Landschaft und des Erholungsraums oder dem ökologischen Ausgleich und sollen entsprechend ihren verschiedenen Funktionen von Überbauungen weitgehend freigehalten werden. Sie umfassen Land, das:

- a. sich für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder den produzierenden Gartenbau eignet und zur Erfüllung der verschiedenen Aufgaben der Landwirtschaft benötigt wird; oder*
- b. im Gesamtinteresse landwirtschaftlich bewirtschaftet werden soll.“*

Landwirtschaftliche Bauten entsprechen dem Zweck der Landwirtschaftszone dann, wenn sie für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a Abs. 1 RPG).

Wie gesagt, bestimmt sich die Zonenkonformität ausschliesslich nach dem Zweck der entsprechenden Nutzungszone und nach der Vereinbarkeit der Bauten und Anlagen mit diesem Zweck. Wohnhäuser als solche sind grundsätzlich ausserhalb der Bauzonen nicht zonenkonform.

Es kann sich indessen fragen, ob der bestehende Schweinezuchtbetrieb zonenkonform sei und das geplante Wohnhaus allenfalls als betriebsnotwendige Baute bewilligt werden könnte, lässt doch die bundesgerichtliche Praxis Wohnraum als "Folge" zonenkonformer landwirtschaftlicher Nutzung dann zu, wenn für ein ordnungsgemässes Bewirtschaften des Bodens ein längeres Verweilen am betreffenden Ort erforderlich ist und dieser von der nächstgelegenen Wohnzone weit entfernt liegt. Der landwirtschaftliche Zweck darf nicht bloss Vorwand sein, um ein Bauvorhaben zu realisieren, das für die Bewirtschaftung des Bodens nicht erforderlich ist. Das Vorrecht, ausserhalb der Bauzone zu wohnen, bleibt daher einem relativ engen Personenkreis vorbehalten. Dazu zählen nur Leute, die als Betriebsinhaber oder Hilfskraft unmittelbar in der Landwirtschaft tätig sind, und ihre Familienangehörigen sowie ferner die abtretende Generation, welche ein Leben lang in der Landwirtschaft tätig war. In jedem einzelnen Fall ist anhand objektiver Kriterien zu prüfen, ob eine betriebliche Notwendigkeit besteht, ausserhalb der Bauzonen Wohnsitz zu nehmen. Auf subjektive Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen kann es ebensowenig ankommen wie auf die persönliche Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit. Es ist namentlich zu untersuchen, in welchem Umfang eine ständige Anwesenheit des Bewirtschafters zur Führung des Landwirtschaftsbetriebs notwendig ist. Zu berücksichtigen ist ferner, wie weit das zu bewirtschaftende Land von der nächsten Bauzone entfernt liegt. Soweit betrieblich eine ständige Anwesenheit des Personals nicht erforderlich ist, gilt dessen Wohnraum nur dann als zonenkonform, wenn die nächste Wohnzone weit entfernt und schwer erreichbar ist. Letzteres ist anzunehmen, wenn ein Fussmarsch von 20-30 Minuten erforderlich ist, um an den Betriebsort zu gelangen.

Untersucht werden muss folglich zunächst, ob ein Schweinezuchtbetrieb, der bodenunabhängig produziert, als zonenkonform in der Landwirtschaftszone betrachtet werden kann. Wird die Zonenkonformität bejaht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob Wohnraum als Folge dieses zonenkonformen Betriebes bewilligt werden kann.

Zum Zeitpunkt der Urteilsfällung dieses Falles galt noch die alte Regelung, wonach in der Landwirtschaftszone nur bodenabhängig produzierende Betriebe zonenkonform waren (Produktionsmodell). Als bodenabhängig gilt die Bewirtschaftung, wenn ein hinreichend enger Bezug zum natürlichen Boden besteht. Mit der RPG-Revision, welche am 1.9.2000 in Kraft getreten ist, wurde der Übergang vom Produktions- zum Produktmodell vollzogen: Der raumplanerische Landwirtschaftsbegriff stützt sich nicht mehr auf die bodenabhängige Bewirtschaftung, sondern neu auf das Landwirtschaftsrecht. Heute darf unter bestimmten Bedingungen zu einen bestimmten Prozentsatz bodenunabhängig produziert werden (vgl. Art. 36 RPV); der betreffende Betrieb wird dann immer noch als zonenkonform in der Landwirtschaftszone eingestuft (vgl. dazu Art. 16a Abs. 2 RPG). Diese erweiterte Zonenkonformität erstreckt sich jedoch nur auf Aufstockungen zu einem zum Hauptteil bodenabhängig produzierenden Betrieb. Rein bodenunabhängig produzierende Betriebe gelten auch nach neuem Recht als zonenfremd in der Landwirtschaftszone. Der Kreis der zonenkonformen Bauten und Anlagen wird seit der Revision also etwas weiter gezogen, da auch die bodenunabhängige Produktion mitumfasst wird, sofern sie noch landwirtschaftlichen und nicht gewerblichen Charakter hat. Die Unterscheidung zwischen bodenabhängiger und

bodenunabhängiger Bewirtschaftung bleibt aber dennoch bestehen, insofern die Bauten und Anlagen, die über eine innere Aufstockung hinausgehen, in einem Planungsverfahren dafür freigegeben werden müssen (Art. 16a Abs. 3 RPG).

Fazit: Im Lichte dieser Ausführungen handelt es sich beim Bauvorhaben von X. nicht um eine geplante Wohnbaute zu einem zonenkonformen, sondern zu einem zonenwidrigen Betrieb, da der Schweinezuchtbetrieb rein bodenunabhängig produziert. Zu dieser Schlussfolgerung gelangt man sowohl unter Anwendung der alten wie auch der neuen Regelung der Landwirtschaftszone.

Bestehende zonenwidrige Bauten können eine weitere Ausdehnung der zonenfremden Nutzung nicht begründen. Das projektierte Wohnhaus kann nicht als zonenkonform bewilligt werden.

Es bleibt nur mehr zu prüfen, ob das Wohnhaus gestützt auf Art. 24 ff. RPG bewilligt werden kann.

2.3. Ausnahmbewilligung

Wenn ein Bauprojekt sich als nicht-zonenkonform erweist, d.h. nicht gestützt auf Art. 22 RPG bewilligt werden kann, kann allenfalls ein Ausnahmetatbestand gemäss Art. 24 ff. RPG einschlägig sein. Art. 24a - 24d RPG regeln Ausnahmbewilligungen für zonenfremde Änderungen an bestehenden Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen. Da es sich im zu beurteilenden Fall um einen Neubau handelt, scheiden diese Tatbestände aus. Es bleibt die Möglichkeit einer Ausnahmbewilligung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen nach Art. 24 RPG zu prüfen. Damit für ein Bauvorhaben eine Ausnahmbewilligung gemäss Art. 24 erteilt werden kann, muss das Vorhaben standortgebunden sein (Art. 24 lit. a RPG) und es dürfen ihm keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 24 lit. b RPG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt eigenständiger Wohnraum ausserhalb der Bauzonen grundsätzlich nicht als standortgebunden. Das geplante Wohnhaus als solches erfüllt somit die Voraussetzung von Art. 24 Abs. 1 lit. a RPG nicht. Zu prüfen ist, ob die Standortgebundenheit des geplanten Wohnhauses aus der Tatsache hergeleitet werden kann, dass es für die Schweinezucht allenfalls betrieblich notwendig ist. Voraussetzung dazu ist jedoch, dass der zwar zonenwidrige, jedoch bereits seit Jahrzehnten bestehende Schweinezuchtbetrieb seinerseits als standortgebunden zu bezeichnen ist. Vorab ist daher zu untersuchen, ob die positive oder negative Standortgebundenheit dieses Betriebes bejaht werden kann.

Die positive Standortgebundenheit darf nach der bundesgerichtlichen Praxis nur dann bejaht werden, wenn eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Dabei beurteilen sich die Voraussetzungen nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit ankommen. Die positive Standortgebundenheit ist in casu nicht gegeben, da X. bodenunabhängig produziert und damit nicht auf Kulturland angewiesen ist. Er könnte seinen Betrieb deshalb auch irgendwo anders führen; insbesondere in einer Bauzone. Er ist nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen.

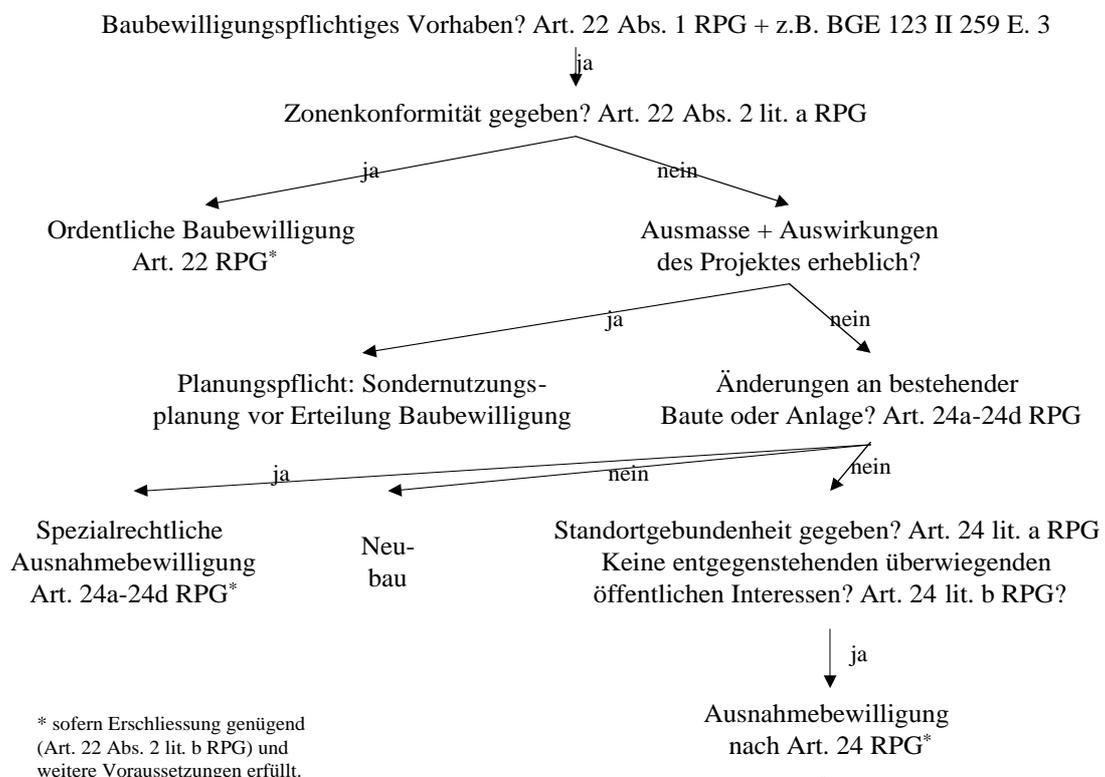
Zu untersuchen bleibt, ob eine Schweinezucht in einer Bauzone überhaupt sinnvoll betrieben werden könnte. Es ist dies die Frage nach der negativen Standortgebundenheit des bestehenden Schweinezuchtbetriebes. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die negative Standortgebundenheit nur sehr zurückhaltend angenommen werden, etwa wenn ein Werk wegen seiner Immissionen in Bauzonen ausgeschlossen ist. Das Bundesgericht bejaht z.B. für Tierheime die negative Standortgebundenheit in der Regel, soweit sie immissionsträchtig sind.

Fazit: Im vorliegenden Fall ging das Bundesgericht davon aus, dass vom Betrieb des X. keine erheblichen Immissionen ausgehen. Die Schweine werden ausschliesslich im Innern des Stallgebäudes gehalten. Es dringt nur sehr wenig Lärm nach aussen. Auch die Geruchsemissionen stellen beim Betrieb des X. kein Problem dar; der Stall ist gegen aussen hin geschlossen und wird künstlich belüftet. Insofern ist die von X. ausgeübte Haltung der Schweine nicht mit einem Tierheim vergleichbar. Zudem muss ein Schweinezuchtbetrieb ganz allgemein den Anforderungen der Umweltschutzgesetzgebung genügen.

Erweist sich der Schweinezuchtbetrieb als nicht standortgebunden, so ist auch das zugehörige Wohnhaus nicht standortgebunden. Eine Prüfung der zweiten, kumulativen Voraussetzung des Art. 24 RPG, keine überwiegenden entgegenstehenden öffentlichen Interessen, erübrigt sich vorliegend, da die Standortgebundenheit ohnehin verneint wurde.

Für den Fall, dass man (als Variante) zum – je nach Faktenlage durchaus möglichen - Schluss käme, dass die Schweinezucht (negativ) standortgebunden sei, würde sich wiederum die Frage stellen, ob das Wohnhaus betrieblich notwendig ist. Es gelten dafür weitgehend die gleichen Kriterien wie für die Beurteilung von Wohnraum als Folge eines zonenkonformen Landwirtschaftsbetriebes. Dabei gilt es indessen zu berücksichtigen, dass demjenigen, der schon betrieblich nicht auf Kulturland angewiesen ist, auch zugemutet werden darf, einen Standort zu wählen, der die erforderliche Überwachung von einer nahegelegenen Wohnzone aus ermöglicht. Weiter bedingt eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG neben der Standortgebundenheit auch, dass dem Vorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Entscheidungsschema Bauvoraussetzungen



GZ und Baurecht ÜB SS 02/Lehrstuhl für öffentliches Recht, ETHZ, Ass. T. Nüssle

Fall 6 Wildschwein (*sus scrofa*)

A. Sachverhalt (BGE 128 II 1)

Für ihre Militärübungen mit der "Schwimmbrücke 95" benötigen die Pontoniere der Schweizer Armee ein neues Wasserbecken samt ufernahem Land von rund 20'000m² Fläche. In der Gemeinde Böttstein/AG wird für die zu errichtende Anlage ein möglicher Standort, die Au (unmittelbar neben der Aare gelegen) gefunden. Die Au ist im Richtplan des Kantons Aargau als Landschaft von kantonaler Bedeutung und im Nutzungsplan der Gemeinde Böttstein als Landschaftsschutzzone ausgeschieden. Ferner enthält der kantonale Richtplan im Raum Au einen sogenannten Vernetzungskorridor für Wildtiere, da an dieser Stelle die Wildschweine die Aare überqueren. Ein Teil der Anlage käme zudem innerhalb des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN) von nationaler Bedeutung zu liegen.

Das Bauprojekt soll mittels eines Plangenehmigungsverfahrens und einer damit verbundenen Umweltverträglichkeitsprüfung realisiert werden.

B. Problemkreise

- Wie ist bei einem Konflikt entgegenstehender öffentlicher Interessen vorzugehen?
- Welche raumplanerischen Instrumente kommen gemäss Sachverhalt zum tragen? Wie müssen diese aufeinander abgestimmt werden?
- Wie wird der Bundesrat den Interessenkonflikt sachlich lösen? Mit welchen Auswirkungen?

C. Lösungsskizze

1. Grundlagen

1.1 In der Bundesverfassung verankerte, tangierte Aufgaben

Die Erstellung einer Anlage fällt in den Aufgabenbereich der Raumplanung, Art. 75 BV. Daneben ist die Landesverteidigung gemäss Art. 58 Abs. 2 und die Ausbildung der Armee in Art. 60 Abs. 1 BV tangiert. Das BLN-Objekt und der Vernetzungskorridor für Wildtiere gehören zum Natur- und Heimatschutz, welcher in Art. 78 BV geregelt ist.

1.2 Regelungskompetenz

Bezüglich Raumplanung legt der Bund die Grundsätze fest, Art. 75 Abs. 1 BV. Die detaillierte Regelung bleibt jedoch, innerhalb der vom Bund aufgestellten Rahmenordnung, den Kantonen vorbehalten. "Sicherheit" stellt eine Querschnittsaufgabe dar, für die Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zu sorgen haben, Art. 57 Abs. 1 BV. Während die innere Sicherheit (Polizeirecht) in die Kompetenz der Kantone fällt, ist der Bund für die äussere Sicherheit (Landesverteidigung) zuständig, da es sich dabei um eine "auswärtige Angelegenheit" im Sinne von Art. 54 Abs. 1 BV handelt. Laut Art. 78 Abs. 1 BV sind grundsätzlich die Kantone für den Natur- (natürliche Umwelt) und Heimatschutz (von den Menschen gestaltete Umwelt) zuständig. Davon gibt es aber Ausnahmen: In den Absätzen 2 bis 4 werden die Kompetenzen und Aufgaben des Bundes in abschliessender Form aufgezählt.

1.3 Konflikt entgegenstehender öffentlicher Interessen auf Verfassungsstufe

Art. 78 Absatz 2 BV bestimmt ausdrücklich, dass der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes nehmen muss und Landschaften, Ortsbilder etc. ungeschmälert zu erhalten hat. Zwischen den in der BV verankerten nationalen Zielen des Natur- und Heimatschutzes und denjenigen der Landesverteidigung besteht somit ein Interessenkonflikt. Soll der Bau und Betrieb der militärischen Übungsanlage der ungeschmälerten Erhaltung des BLN-Objektes und der Erhaltung des Wildtierkorridors vorgehen?

Als Grundsatz gilt, dass die BV als Einheit, dh. als ein Ganzes zu verstehen ist. Die einzelnen BV-Normen dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden. Ferner lässt sich aus der BV nicht entnehmen, dass eines dieser Interessen allgemein höher zu bewerten ist als das andere. Bei der Frage, welchem von zwei sich widerstreitenden, gleichwertigen, nationalen Interessen der Vorrang zu geben ist, handelt es sich um einen Ermessensentscheid. Die zuständige Behörde (in unserem Fall der Bundesrat) ist in ihrer Entscheidung nicht völlig frei: So sind etwa das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip, die Wahrung öffentlicher Interessen und Sinn und Zweck der Normen zu beachten. Oft lässt sich auch in den entsprechenden Ausführungserlassen (Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG), Militärgesetz (MG)) eine Konkretisierung der Staatsaufgaben finden.

2. Instrumente

2.1 Plangenehmigungsverfahren

Neben den "normalen" Bewilligungsverfahren (siehe Fall 6) bestehen auch "besondere" Plangenehmigungsverfahren. Diese kommen jeweils dann zum Zuge, wenn eine Bundesbehörde (aufgrund einer spezial-gesetzlichen Grundlage) einen planungs- oder baurechtlichen Entscheid fällen muss. Damit soll nach dem Motto "ein Verfahren, ein Entscheid, ein Rechtsmittelweg" eine bessere Koordination und Vereinfachung bzw. Beschleunigung des Bewilligungsverfahrens erreicht werden. Art. 126 Abs. 1 MG sieht für Bauten und Anlagen, die der Landesverteidigung dienen, ein solches Verfahren vor. Mit der Plangenehmigung durch das VBS (Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport) werden sämtliche nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt. Weitere kantonale Bewilligungen oder Pläne sind nicht erforderlich, Art. 126 Abs. 2 und 3 MG. Neben dem MG sehen auch weitere Spezialerlasse, so etwa für den Bau von Eisenbahnen, Nationalstrassen, Flughäfen etc. ein Plangenehmigungsverfahren vor.

2.2 Sachplan

Nach Art. 75 BV ist die Aufstellung der Raumpläne ausschliessliche Aufgabe der Kantone. Der Bund besitzt daher grundsätzlich keine Kompetenz, eigene Pläne festzusetzen. Eine Ausnahme bilden die in Art. 13 RPG vorgesehenen Konzepte und Sachpläne des Bundes, welche sich jeweils auf eine besondere Sachzuständigkeit stützen. Art. 126 Abs. 4 MG bestimmt, dass die Plangenehmigung für militärische Vorhaben, die sich erheblich auf Raum und Umwelt auswirken, einen Sachplan nach RPG voraussetzen. In unserem Fall muss somit der Bundesrat als zuständige Planbehörde einen entsprechenden Sachplan erlassen. Dieser vereint sowohl Elemente eines Richtplans (Koordination der Sachaufgaben des Bundes mit der kantonalen Raumplanung), eines Nutzungsplans (die Nutzung des Bodens wird festgelegt) als auch eines Sondernutzungsplans (Verfügungscharakter, enthält sämtliche Bewilligungen). Die Pflicht des Bundesrates, beim Erlass von Sachplänen mit den Kantonen zusammenzuarbeiten, ist in Art. 13 Abs. 2 RPG i.V.m. Art. 25a RPG normiert.

2.3 BLN-Inventar

Gestützt auf Art. 5 NHG hat der Bundesrat das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (VBLN, SR 451.11) erlassen. Mit der Inventar-Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung wird laut Art. 6 NHG dargelegt, dass dieses "ungeschmälert erhalten" werden soll und eine "grösstmögliche" Schonung verdient. Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung darf bei Erfüllung von Bundesaufgaben nur dann in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen. Laut Sachverhalt liegt ein Teil der geplanten Anlage innerhalb BLN-Objektes Nr. 1108, welches den Aargauer Tafeljura schützt. Massgebend ist die Umschreibung des Schutzgehalts des jeweiligen Objektes, da sich mögliche Beeinträchtigungen nach den Schutzziele zu richten haben. Diese lauten für das Objekt Nr. 1108 wie folgt: "Repräsentativer Teil des Aargauer Tafeljuras, durch die West-Ost verlaufende Mettaufer und Mandacher Störungen gegliedert. Zahlreiche, bemerkenswerte Standorte von vegetationskundlicher und floristischer Bedeutung. Orchideenreiche Buchen-Föhrenwälder auf Effinger Mergeln. Naturnahe Kulturlandschaftsteile, typische aargauische Reblandschaft, teils gut erhaltene Dörfer." Die Aufnahme in ein Inventar bedeutet also nicht automatisch, dass sich im betreffenden Gebiet nichts mehr ändern darf, oder dass zukünftig keine Bauten mehr erstellt werden dürften.

2.4 Umweltverträglichkeitsprüfung

Ehe eine Behörde über die Planung oder Errichtung einer Anlage entscheidet, welche die Umwelt erheblich belasten könnte, muss sie deren Umweltverträglichkeit prüfen, Art. 9 Abs. 1 USG. Die vom Bundesrat abschliessend bezeichneten Anlagen finden sich im Anhang zur UVPV. Unter der Nummer 50.1 werden dort Übungsplätze der Armee aufgeführt. Als massgebliches (Leit-) Verfahren wird die Plangenehmigung durch das VBS bezeichnet, in welchem die Umweltverträglichkeitsprüfung integriert wird. Im konkreten Fall wurde die Durchführung der Prüfung vom VBS angeordnet.

2.5 Wildtierkorridor

Wie im Sachverhalt dargelegt, überqueren im Raum Au Wildschweine die Aare. Dieser Wildtierkorridor ist zur Zeit die einzige noch intakte Verbindung zwischen der Zentral- und der Ostschweiz. Die Funktion eines solchen Korridors besteht darin, die Wildtierpopulationen grossräumig zu vernetzen, den genetischen Austausch zu gewährleisten, eine artgemässe Mobilität zu garantieren. Dadurch soll das Überleben der Tiere sichergestellt werden. Zur juristischen Qualifikation führt das Bundesgericht folgendes aus: "Wildtierkorridore haben die Funktion, verschiedene Biotop miteinander zu verbinden. Ohne solche Verbindungen können die Schutzziele von Biotopen nationaler Bedeutung nicht nachhaltig sichergestellt werden. Wildtierkorridore sind deshalb den Biotopen gleichzustellen und können folglich, sofern ihnen nationale Bedeutung zukommt, Gegenstand einer entsprechenden Inventarisierung sein." Da auf Bundesebene noch kein Inventar für Wildtierkorridore existiert, müssen die Kantone gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. a NHV mit geeigneten (Sofort-)Massnahmen des kantonalen Instrumentariums dafür sorgen, dass sich deren Zustand nicht verschlechtert.

2.6 Richtplan

Art. 9 Abs. 1 RPG hält fest, dass Richtpläne für die Behörden verbindlich sind. Damit ist nicht nur die erlassende (kantonale) Behörde gemeint, sondern sowohl sämtliche kommunalen als auch Bundesbehörden. Das im kantonalen Richtplan als Landschaft von kantonaler Bedeutung ausgeschiedene Gebiet stellt eine Umsetzung des im BLN erfassten Objekts dar. Ferner kommt

dem im Richtplan aufgeführten Vernetzungskorridor für Wildtiere nicht nur kantonalen, sondern (wie oben ausgeführt) überkantonalen, ja nationalen Stellenwert zu.

2.7 Nutzungsplan

Das RPG sieht neben Bau- und Landwirtschaftszonen auch Schutzzonen vor. Gegenstand einer solchen Zone können Gewässer, Landschaften, Ortsbilder und Lebensräume für schutzwürdige Tiere und Pflanzen sein, Art. 17 Abs. 1 RPG. Grundsätzlich sind somit in der Au alle Nutzungen untersagt, welche die geschützte Landschaft beeinträchtigen könnten. Wiederum hängt es vom konkreten Einzelfall und dem Schutzzweck ab, ob dort eine militärische Anlage erstellt werden darf oder nicht. Sind Landschaftsschutzzonen in kantonalen PBG vorgesehen, so kommen ihnen auch die Funktion zur Bewahrung von Objekten des Natur- und Heimatschutzes zu.

3. Einzelfragen

3.1 Wie wird der Bundesrat den Interessenkonflikt sachlich lösen?

Wie unter Ziff. 1 und 2 dargelegt, muss der Bundesrat als zuständige Sachplanbehörde nicht nur die beiden Interessen Landesverteidigung und Natur- und Heimatschutz gegeneinander abwägen. Bei seinem Sachentscheid hat er zudem die verschiedenen raumplanerischen Rahmenbedingungen zu beachten: Schonung des BLN-Objekts, Erhaltung des als Biotop qualifizierten Wildtierkorridors, Verbindlichkeit von Richtplan, zulässige Nutzung gemäss Nutzungsplan, etc.

Denkbar wäre etwa, den Standort der Anlage ausserhalb des BLN-Objektes zu verlegen. Allerdings kann das Schutzobjekt auch durch Anlagen, welche an seiner Grenze errichtet werden, erheblichen Schaden erleiden. Es kommt daher nicht darauf an, wo die Anlage genau erstellt wird, sondern wie sich die Baute räumlich auf das Schutzobjekt des betreffenden BLN-Objektes auswirkt. Der Schutzgehalt des Objekts "Aargauer Tafeljura" ist landschaftlich, vegetationskundlich, floristisch motiviert und schliesst den Schutz des Wildtierkorridors nicht mit ein. Aus diesem Grund würde eine allfällige Beeinträchtigung des Wildtierkorridors den Schutzzweck des BLN-Objektes nicht verletzen. Festzuhalten bleibt aber, dass eine Verschiebung der militärischen Baute die Funktionsfähigkeit des Wildtierkorridors nicht zu garantieren vermag. Einerseits sind die Korridore über 2 km breit und stets räumlichen Änderungen unterworfen, andererseits lässt die enge, einzig mögliche Flusspassage bei der Au keine noch so geringe Beeinträchtigung zu. Ohne wildtiergerechte Möglichkeit einer Durchquerung der Aare würde der Wildtierkorridor seine Bedeutung so oder so verlieren.

Ein Spagat zwischen den Interessen der Landesverteidigung und des Heimatschutzes scheint kaum möglich. Da bereits im Vorfeld 19 weitere, alternative Standorte geprüft und alle wieder verworfen wurden, ist davon auszugehen, dass sich die Anlage nicht realisieren lässt.

3.2 Wie müssten die einzelnen Instrumente allenfalls aufeinander abgestimmt werden?

Verzichtet der Bundesrat auf eine Erstellung der Anlage und misst den Interessen des Natur- und Heimatschutzes grössere Bedeutung als denjenigen der Landesverteidigung zu, so bleibt raumplanerisch alles beim alten. Im umgekehrten Falle, also beim Vorrang des Militäranliegens, könnte die (zonenkonforme) Anlage gestützt auf den Sachplan erstellt werden. Der Bundesrat müsste darlegen, dass das BLN-Objekt nicht massgeblich tangiert wäre und der Wildtierkorridor seine Funktionsfähigkeit nicht verlieren würde. Gemäss Art. 23 Abs. 1 RV ist der Sachplan des Bundes für die Kantone verbindlich, was somit eine Änderung des kantonalen Richtplans bedingen würde. Im Zuge dieser Bereinigung müsste dann auch der kommunale Nutzungsplan der vom Bund diktierten Raumordnung angepasst werden.