

# Aktuelle Entwicklungen im Bau-, Planungs- und Umweltrecht

Alexander Rey

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Anwatskongress Schweizerischer Anwaltsverband  
(SAV) Luzern vom 8. – 10. Juni 2023 / Luzern

# Aktuelle Entwicklungen im Bau-, Planungs- und Umweltrecht

## **Laufende Gesetzgebungsprojekte (Auswahl)**

Botschaft 22.085 zur Änderung  
des Umweltschutzgesetzes  
(Lärm, Altlasten,  
Lenkungsabgaben etc.) vom  
16. Dezember 2022  
BBl 2023 239

## Änderung Umweltschutzgesetz

### Lärm

- Jede 7. (Nacht) bzw. jede 8. (Tag) Person ist am Wohnort von Lärm über dem IGW (schädlich oder lästig) betroffen
- Siedlungsentwicklung nach innen führt dazu, dass auch in lärmvorbelasteten Gebieten lärmempfindliche Nutzungen (Wohnen) erstellt werden (Zusammenhang zwischen Raumplanung und Lärmbekämpfung).
- Aufhebung der sog. Lüftungsfensterpraxis durch das Bundesgericht (1C\_141/2015). Diverse Entscheide des BGer, in denen die Anforderungen an Ausnahmegewilligungen nach Art. 31 Abs. 2 LSV (lärmempfindliche Räume trotz Überschreitung IGW) konkretisiert wurden (etwa 1C\_275/2020 vom 6. Dezember 2021)
- **Erleichtertes Bauen in lärmvorbelasteten Gebieten (Art. 22 Abs. 2 und 3 revUSG)**  
„Können die Immissionsgrenzwerte nicht eingehalten werden, so darf die Baubewilligung nur erteilt werden, wenn: a. **bei jeder Wohneinheit der vom Bundesrat festgelegte Anteil, mindestens jedoch die Hälfte der lärmempfindlichen Räume über ein Fenster verfügt, bei dem die Immissionsgrenzwerte eingehalten sind**; und b. Der bauliche Mindestschutz nach Artikel 21 gegen Aussen- und Innenlärm angemessen verschärft wird.“ (Art. 22 Abs. 2 revUSG)  
Spezialregelung Fluglärm (Art. 22 Abs. 3 revUSG)

Botschaft 22.085 zur Änderung  
des Umweltschutzgesetzes  
(Lärm, Altlasten,  
Lenkungsabgaben etc.) vom  
16. Dezember 2022  
BBl 2023 239

Vgl. dazu nach geltendem  
Recht: BGE 147 II 484  
(Altendorf / SZ): Einhaltung der  
Belastungsgrenzwerte muss  
stufenweise angepasst  
nachgewiesen werden  
(grundsätzliche *Machbarkeit*  
muss auch bereits im Rahmen  
der Nutzungsplanung  
nachgewiesen sein)

## Änderung Umweltschutzgesetz

### Lärm

#### – Erleichterte Anforderungen an Bauzonen (Art. 24 revUSG)

*Neue Bauzonen* mit lärmempfindlichen Nutzungen nur, wenn Planungswerte eingehalten werden können (Art. 24 Abs. 1 revUSG)

In Bauzonen sind *Änderungen von Nutzungsplänen*, mit denen *zusätzlicher Wohnraum* geschaffen wird, nur zulässig, wenn die Immissionsgrenzwerte eingehalten werden können (Art. 24 Abs. 2 revUSG)

Ausnahmen von Art. 24 Abs. 1 und 2 revUSG, wenn

- Überwiegendes Interesse an Siedlungsentwicklung nach innen
- Für die betroffene Bevölkerung ein Freiraum mit Erholungszweck zugänglich ist
- Massnahmen (bei Verkehrsanlagen, Gebäuden, Umfeld etc.) festgelegt werden, die zu einer angemessenen Verbesserung der akustischen Wohnqualität führen

Botschaft 18.077 zur zweiten  
Etappe der Teilrevision des  
Raumplanungsgesetzes vom  
31. Oktober 2018  
BBl 2018 7443

Stand: 2. Beratung im NR  
Sommeression 2023

### Änderung Raumplanungsgesetz, 2. Etappe

- **Bauen ausserhalb der Bauzonen (1)**
  - **Neues Ziel: Stabilisierung der Zahl der Gebäude und der Bodenversiegelung ausserhalb der Bauzone** (Art. 1 Abs. 2 lit. b<sup>ter</sup> und b<sup>quater</sup>; Art. 8d Abs. 1 revRPG)
  - **Möglichkeit der Kantone, in den Richtplänen innerhalb des Berggebietes bestimmte Gebiete zu bezeichnen, in denen aufgrund einer Gesamtkonzeption spezielle Zonen (gemäss Art. 18 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> revRPG) vorgesehen werden können, in denen nicht standortgebundene Nutzungen zulässig sind** (sofern Verbesserung der Gesamtsituation erreicht wird und mit Kompensations- und Aufwertungsmassnahmen)
  - Möglichkeit der Kantone, unter den gleichen Voraussetzungen die **Umnutzung nicht mehr benötigter landwirtschaftlicher Bauten zur Wohnnutzung** gestützt auf kantonale Richtlinien vorzusehen
  - Vorrang landwirtschaftlicher Nutzungen in den Landwirtschaftszonen (Immissionen)
  - Anpassung Bestimmungen Zonenkonformität Anlagen Energiegewinnung aus Biomasse (Art. 16a Abs. 1<sup>bis</sup> revRPG) und weitere Anpassungen von Art. 16a RPG (innere Aufstockung, Agrotourismus, landwirtschaftsnahe Tätigkeiten, Landschaftsgärtner, Hobbytierhaltung etc. ...)

Botschaft 18.077 zur zweiten  
Etappe der Teilrevision des  
Raumplanungsgesetzes vom  
31. Oktober 2018  
BBl 2018 7443

### Änderung Raumplanungsgesetz, 2. Etappe

- **Bauen ausserhalb der Bauzonen (2)**
  - Regelung betreffend Bündelung Infrastrukturanlagen ausserhalb der Bauzonen (insbesondere Mobilfunkanlagen und thermische Netze; Art. 24<sup>bis</sup> und 24<sup>ter</sup> revRPG)
  - Anpassungen beim Umgang mit bestehenden Bauten und Anlagen mit teils erweiterten Ausnahmen gegenüber dem geltenden Recht (insbesondere im Bereich traditioneller Streusiedlungen)
  - Der Abriss, Wiederaufbau und die betriebliche Erweiterung von altrechtlichen Beherbergungsbetrieben ausserhalb der Bauzone soll unter gewissen Voraussetzungen zugelassen werden (Art. 37a Abs. 2 revRPG)
  - Möglichkeit der Kantone, zu gewissen Vorschriften über das Bauen ausserhalb der Bauzonen einschränkende Bestimmungen zu erlassen (Art. 27a revRPG)
  - **Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verwirkt nach 30 Jahren** (als Reaktion auf BGE 147 II 309: Keine Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs)

Botschaft 18.077 zur zweiten  
Etappe der Teilrevision des  
Raumplanungsgesetzes vom  
31. Oktober 2018  
BBl 2018 7443

## Änderung Raumplanungsgesetz, 2. Etappe

- **Mehrwertausgleich (Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> revRPG)**
  - Reaktion auf Entscheide Münchenstein II (BGE 147 II 225) und Meikirch (1C\_233/2021):  
Nur noch Mehrwertabgabe bei Neueinzonungen oder weiterhin auch bei anderen  
Planungsvorteilen zulässig?
- **Beiträge für den Abbruch von Gebäuden ausserhalb der Bauzonen (Art. 5 Abs. 2<sup>bis</sup> ff. RPG)**
- **RPG-Revision 2. Etappe soll Gegenvorschlag zu Landschaftsinitiative darstellen**

<https://www.landschaftsinitiative.ch/initiative/initiativtext/>

Botschaft 22.025 zur Volksinitiative «Für die Zukunft unserer Natur und Landschaft (Biodiversitätsinitiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Revision des Natur- und Heimatschutzgesetzes) vom 4. März 2022  
BBl 2022 737

Stand: Von beiden Räten behandelt

### Revision Natur und Heimatschutzgesetz (NHG)

- Berücksichtigung der Inventare des Bundes bei der Erfüllung von kantonalen Aufgaben
- Der Bund achtet bei der Erfüllung seiner Aufgaben auf eine Baukultur von hoher Qualität (hohe Baukultur) (gestrichen vom Nationalrat)
- Bund und Kantone sorgen für ein funktionsfähiges Netzwerk aus ökologisch wertvollen natürlichen und naturnahen Lebensräumen (ökologische Infrastruktur)
- Bezeichnung zusätzlicher Biodiversitätsgebiete von nationaler Bedeutung
- **Biodiversitätsinitiative**

<https://www.biodiversitaetsinitiative.ch/initiative/initiativtext/>



Botschaft 21.047 zum  
Bundesgesetz über eine  
sichere Stromversorgung mit  
erneuerbaren Energien vom  
18. Juni 2021

BBl 2021 1666

Stand: Von beiden Räten  
behandelt

### Gesetzesrevisionen im Zusammenhang mit Sicherstellung Energieversorgung

- Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes)
  - **Definition der Rahmenbedingungen für die 15 im Rahmen des «runden Tisches» priorisierten Wasserkraft-Projekte.** Planungspflicht nur für Vorhaben an einem neuen Standort und auch dann beschränkt auf den Richtplan. Bedarf und Standortgebundenheit werden von Gesetzes wegen bejaht und das Interesse an ihrer Realisierung geht anderen Interessen von nationaler Bedeutung grundsätzlich vor. Eine Interessenabwägung bleibt jedoch möglich. Im Gegenzug sind Ausgleichsmassnahmen zum Schutz von Landschaft und Biodiversität vorgesehen. Auch bei Solar- und Windenergieanlagen im nationalen Interesse sollen Bedarf, Standortgebundenheit und überwiegendes Interesse von Gesetzes wegen bejaht werden.
  - Anpassung Mechanismen Vergütung/Beiträge EE
  - Art. 45a EnG (bis 31.12.2025 geltend): Solarpflicht beim Bau neuer Gebäude mit einer anrechenbaren Gebäudefläche von mehr als 300 m<sup>2</sup>. **Geplant:** Alle geeigneten Flächen bei erheblichem Umbau/Erneuerung; alle Nichtwohnbauten grösser als 300 m<sup>2</sup> bis Ende 2031.
  - Fahrzeugabstellplätze für PW im Freien ab einer Fläche von 250 m<sup>2</sup> (entspricht ca. 12 -14 PP) sind bis 2035 mit solaraktiven Überdachungen auszustatten. Geeignete Flächen an und auf Parkhäusern sind bis 2035 solaraktiv auszustatten.

Revision Art. 7 Abs. 3  
Lärmschutzverordnung  
(abgeschlossene  
Vernehmlassung)

### Revision Art. 7 Abs. 3 Lärmschutz-Verordnung (LSV) Vernehmlassung bis Ende März 2023 (Relativierung Vorsorgeprinzip)

- Bei neuen **Luft/Wasser-Wärmepumpen**, die der Raumheizung oder der Erwärmung von Trinkwasser dienen und deren Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten, sind weitergehende Emissionsbegrenzungen nach Art. 7 Abs. 1 lit. a nur zu treffen, wenn:
  - a. mit höchstens einem Prozent der Investitionskosten der Anlage eine Begrenzung der Emissionen von mindestens 3 dB erzielt werden kann; oder
  - b. eine leistungsvariable Anlage bei über 2°C Aussentemperatur auf mehr als 65 Prozent ihrer Leistungsfähigkeit läuft.
- Gewinn? Mehr als nur mehr Komplexität?

# Aktuelle Entwicklungen im Bau-, Planungs- und Umweltrecht

## **Bundesgerichtliche Rechtsprechung 2022/2023 (Auswahl/Aktuellste)**

Nutzungsplan Windpark  
Eoljoux

BGer 1C\_240/2021 vom 27.  
Januar 2023 (Windpark  
Eoljoux)

Le Chenit/VD

Zur Publikation bestimmt

### Richtplanerische Festsetzung eines Windparks

- Das Projekt Eoljoux sieht die Errichtung von sieben Windkraftanlagen (Höhe max. 210 m) vor und sollte im Rahmen eines Teilnutzungsplans verankert werden. Strittig ist die Rechtmässigkeit des Nutzungsplans.
- **Gemäss Art. 8 Abs. 2 RPG müssen Vorhaben, die erhebliche Auswirkungen auf Raum und Umwelt haben, im Richtplan vorgesehen sein.** Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Windpark Eoljoux eine Verankerung im kantonalen Richtplan erfordert, sei es unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 Abs. 2 RPG oder von Art. 8b RPG.
- Eine solche Verankerung liegt erst vor, wenn das Vorhaben im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a RPV **festgesetzt** ist (abgeschlossene raumplanerische Interessenabwägung; nicht bloss im Sinne eines Zwischenergebnisses; BGE 147 II 164, E. 3.2).
- Gemäss Art. 12 EnG sind die Nutzung und der Ausbau erneuerbarer Energien von nationalem Interesse (Abs. 1). Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien sind ab einer gewissen Grösse und Bedeutung (Windenergieanlagen: 20 GWh/a) insbesondere im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG von nationalem Interesse. Handelt es sich beim betroffenen Bereich um ein Objekt, das im Inventar nach Art. 5 NHG aufgeführt ist, kann eine Ausnahme von der Regel, dass ein Objekt unversehrt zu erhalten ist, in Betracht gezogen werden.

Nutzungsplan Windpark  
Eoljoux

BGer 1C\_240/2021 vom 27.  
Januar 2023 (Windpark  
Eoljoux)

Le Chenit/VD

Zur Publikation bestimmt

### Richtplanerische Festsetzung eines Windparks

- Nach der Rechtsprechung führt das Vorliegen eines nationalen Interesses an der Errichtung solcher Anlagen zu einer **Interessenabwägung** (vgl. BGE 147 II 164, E. 4.7), deren Ergebnis nicht gesetzlich vorgegeben ist, sondern **im Einzelfall** vorgenommen werden muss (BGE 148 II 36, E. 13.5). **Ihr Ziel ist es, das Projekt so zu optimieren, dass alle Interessen möglichst umfassend berücksichtigt werden (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. c RPV)**. Es soll eine ausgewogene Lösung gefunden werden, die den beteiligten Interessen möglichst weitgehend Rechnung trägt, aber nur auf ein Minimum ihrer Wirkung verzichtet (BGE 148 II 36, E. 13.5).
- Der Richtplan des Kantons VD enthält den Windpark Eoljoux, er ist **vom Bund noch nicht vorbehaltlos genehmigt** und konnte daher **nicht als definitiv festgesetzt** und damit als definitiv koordiniert betrachtet werden. Die definitive Festsetzung der Standortfestsetzung im Richtplan war abhängig von der Anpassung des Perimeters des BLN-Objekts Nr. 1022. **Damit fehlte die notwendige Verankerung der Anlage im Richtplan gemäss Art. 8 Abs. 2 RPG und der Nutzungsplan konnte nicht genehmigt werden.**
- Daran ändert auch nichts, dass Art. 12 Abs. 2 EnG dem vorliegenden Windpark (mit einer Jahresproduktion von 55 GWh) nationale Bedeutung zumisst – eine Interessenabwägung mit den Interessen des NHG bleibt nach wie vor zwingend.

Nutzungsplan Windpark  
Eoljoux

BGer 1C\_240/2021 vom 27.  
Januar 2023 (Windpark  
Eoljoux)

Le Chenit/VD

Zur Publikation bestimmt

### Richtplanerische Festsetzung eines Windparks

- Für die kantonsübergreifenden Bestandteile des Richtplans wirkt die Genehmigung durch den Bund konstitutiv (BGE 136 I 265, E. 1.2)
- **Die Genehmigung durch den Bundesrat hat nur den Charakter einer vorläufigen Bestätigung der Bundesrechtskonformität des Richtplans, weshalb eine spätere Anfechtung des Richtplans möglich bleibt (und zwar des kantonalen Entscheids über den Richtplan und nicht des bundesrätlichen Genehmigungsentscheids).** Wird die Genehmigung eines kantonalen Richtplanbeschlusses jedoch verweigert, fällt dieser Beschluss dahin und die Nichtgenehmigung kann nicht angefochten werden.
- Vorliegend führte die bundesrätliche Nichtgenehmigung des Richtplanbeschlusses dazu, dass der Teilnutzungsplan Eoljoux nicht genehmigt werden darf, was bedeuten würde, dass für die betroffene Gemeinde keine effiziente Rechtsmittelmöglichkeit bestehen würde, obwohl die Nichtgenehmigung eines kommunalen Nutzungsplans Verfahrensgegenstand bildet. **Es besteht daher ein Anspruch darauf, im Rahmen der Prüfung der Nichtgenehmigung eines Nutzungsplans eine Nichtgenehmigung des Richtplans vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit prüfen zu lassen.**
- Im Rahmen dieser Prüfung kam die kantonale Vorinstanz (im Einklang mit der ENHK) zum Schluss, dass der Windpark zu einer schweren Beeinträchtigung der Interessen des NHG (insbesondere Auerhahnpopulation; Landschaft) führt. Es war daher zulässig, dem Vorhaben die Genehmigung der richtplanerischen Festsetzung zu verweigern. Auch die Voraussetzungen für eine Rodung (Art. 5 Abs. 2 WaG) liegen nicht vor. Damit war die Nichtgenehmigung des Nutzungsplans korrekt.

Zulässige Abweichungen eines  
Sondernutzungsplans von der  
Grundordnung

BGer 1C\_398/2021 vom 8.  
November 2022

Samedan/GR

**Zur Publikation bestimmt**

### **Zulässige Abweichung von der nutzungsplanerischen Grundordnung mittels eines Sondernutzungsplans**

- Mit einem Sondernutzungsplan darf von der Grundordnung abgewichen werden, **soweit diese Abweichungen nicht dazu führen, die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung ihres Sinngehalts zu entleeren**
- Viele Kantone haben diese Anforderung an Sondernutzungspläne in ihrem Recht konkretisiert und Kriterien festgelegt, an welchen die Zulässigkeit von Abweichungen von der Grundordnung zu messen ist. Die Zulässigkeit von Abweichungen ergibt sich daher häufig aus dem kantonalen Recht, dessen Anwendung das Bundesgericht bloss auf Willkür prüft.
- **Die Kantone sind nicht frei, beliebig grosse Abweichungen von der Grundordnung zuzulassen:**
  - Der (mit der Grundordnung) unkoordinierte Erlass von Sondernutzungsordnungen für Teile des Gemeindegebiets widerspricht der Planungspflicht von Art. 2 Abs. 1 RPG
  - Sondernutzungspläne, welche die Grundordnung in wesentlichen Teilen ausser Kraft setzen, sind grundsätzlich unzulässig

Zulässige Abweichungen eines  
Sondernutzungsplans von der  
Grundordnung

BGer Urteil 1C\_398/2021 vom  
8. November 2022

Samedan/GR

**Zur Publikation bestimmt**

### **Zulässige Abweichung von der nutzungsplanerischen Grundordnung mittels eines Sondernutzungsplans**

- Die in Art. 2 Abs. 1 RPG statuierte Planungspflicht verlangt, dass die **Grundordnung überprüft wird, wenn sich für Teilgebiete erhebliche Abweichungen von der bisherigen Grundordnung aufdrängen**. Weiter verlangt diese Bestimmung, dass der planerische Stufenbau eingehalten wird
- Gleichzeitig sind die Grundnutzungsplanung und die Sondernutzungsplanung im Falle wesentlicher Abweichungen auch **nicht ausreichend aufeinander abgestimmt**
- Das kantonale Recht kann daher keine unbeschränkten Abweichungen zulassen. **In einer bundesrechtskonformen Auslegung ist es bei einer solchen Ausgangslage vielmehr das Bundesrecht, an welchem sich die Zulässigkeit einer Abweichung misst**
- Ein Sondernutzungsplan darf die Grundordnung **auch dann nicht** ihres Sinngehalts entleeren, **wenn er von den gleichen Organen und im gleichen Verfahren festgesetzt und genehmigt wurde wie die Grundordnung**. Ein strengerer Massstab an die Zulässigkeit solcher Abweichungen ist anzulegen, wenn der Erlass eines Sondernutzungsplans von einer weniger stark demokratisch legitimierten Behörde bzw. in einem weniger stark demokratisch abgestützten Verfahren ergangen ist als der Erlass der Grundordnung (Exekutive statt Legislative)



### Zulässige Abweichung von der nutzungsplanerischen Grundordnung mittels eines Sondernutzungsplans

Zulässige Abweichungen eines Sondernutzungsplans von der Grundordnung

BGer Urteil 1C\_398/2021 vom 8. November 2022

Samedan/GR

Zur Publikation bestimmt

#### – Im konkreten Fall:

- In der Bahnhofzone (BHZ) Samedan sind eine maximale Gebäudehöhe von 13 m, eine maximale Firsthöhe von 3 m ab Gebäudehöhe sowie eine maximale Gebäudelänge von 30 m zulässig. Eine Ausnützungsziffer ist nicht festgelegt.
- Der überprüfte Arealplan lässt demgegenüber im Sockel eine unbegrenzte Gebäudelänge zu; die Gebäudelänge im EG und 1. OG darf maximal 90 m betragen, jene im 2. OG maximal 60 m, jene darüber maximal 35 m.
- Das Bundesgericht erachtet die Abweichungen von der maximalen Gebäudelänge für sich betrachtet als nicht mit der Grundordnung vereinbar.



Vorfrageweise Überprüfung  
eines Nutzungsplans

Erlass einer Planungszone

BGE 148 II 417 (Klosters-  
Serneus/GR)

### Vorfrageweise Überprüfung eines Nutzungsplans

- Nutzungspläne müssen nach Art. 21 Abs. 2 RPG überprüft und nötigenfalls angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben
- Art. 21 Abs. 2 RPG unterscheidet zwei Stufen:
  - **Haben sich die Verhältnisse so erheblich geändert haben, dass die Nutzungsplanung überprüft werden muss?** Betrifft die Veränderung die für die Planung massgebenden Gesichtspunkte und ist sie erheblich? *Es genügt, wenn eine Anpassung der Zonenplanung in Betracht fällt und die entgegenstehenden Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauens in die Planbeständigkeit nicht so gewichtig sind, dass eine Plananpassung von vornherein ausscheidet (Interessenabwägung)*
  - **Wenn ja: Ist eine Plananpassung notwendig?** Ob eine Plananpassung aufgrund veränderter Verhältnisse gerechtfertigt ist, beurteilt sich ebenfalls aufgrund einer Interessenabwägung:
    - Notwendigkeit einer gewissen Stabilität nutzungsplanerischer Festlegungen (bisherige Geltungsdauer, Ausmass der Realisierung und Konkretisierung)
    - Interesse, die Pläne an eingetretene Veränderungen anzupassen (Gewicht des Änderungsgrunds, der Umfang der beabsichtigten Planänderung und das öffentliche Interesse daran)

Vorfrageweise Überprüfung  
eines Nutzungsplans

Erlass einer Planungszone

BGE 148 II 417 (Klosters-  
Serneus/GR)

### Vorfrageweise Überprüfung eines Nutzungsplans

- Nutzungspläne werden prozessual wie Verfügungen behandelt. Sie müssen bei ihrem Erlass angefochten werden, ansonsten sie grundsätzlich bestandskräftig werden und im Baubewilligungsverfahren nicht mehr vorfrageweise überprüft werden können.
- **Ausnahme ist die vorfrageweise Überprüfung** eines Nutzungsplans zulässig,
  - so wenn sich der Betroffene bei Planerlass noch nicht über die ihm auferlegten Beschränkungen Rechenschaft geben konnte, er im damaligen Zeitpunkt keine Möglichkeit hatte, seine Interessen zu verteidigen, oder
  - **wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die gesetzlichen Voraussetzungen seit Planerlass so erheblich geändert haben, dass die Planung rechtswidrig geworden sein könnte, und das Interesse an ihrer Überprüfung bzw. Anpassung die entgegenstehenden Interessen der Rechtssicherheit und der Planbeständigkeit (vgl. Art. 21 Abs. 2 RPG) überwiegt.**

Vorfrageweise Überprüfung  
eines Nutzungsplans

Erlass einer Planungszone

BGE 148 II 417 (Klosters-  
Serneus/GR)

### Vorfrageweise Überprüfung eines Nutzungsplans – im konkreten Fall

- Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das **Inkrafttreten der RPG-Revision 2012** - insbesondere die Verpflichtung, überdimensionierte Bauzonen zu reduzieren (Art. 15 Abs. 2 RPG) - **für sich alleine betrachtet keine erhebliche Veränderung der Verhältnisse**, welche eine vorfrageweise Überprüfung eines Nutzungsplans im Baubewilligungsverfahren verlangt
- **Es müssen andere Umstände dazukommen**, wie etwa die Lage der Parzelle in der bestehenden Bauzone, der Grad der Erschliessung oder das Alter des Plans
- Bei Gemeinden, welche wie die Gemeinde Klosters-Serneus einen erheblichen Anteil an Zweitwohnungen aufweisen, kann auch das **Inkrafttreten von Art. 75b BV (2012) bzw. das Inkrafttreten von ZWG/ZWV (2015/2016)** für eine vorfrageweise Überprüfung einer älteren Nutzungsplanung sprechen, wenn anzunehmen ist, dass damit die Nachfrage nach Wohnbauten in einer Gemeinde gesunken ist
- Im Richtplan/GR (20. März 2018) wurden die Gemeinden aufgefordert, ihre Ortsplanung innert fünf Jahren zu überarbeiten und innerhalb von fünf Jahren beim Kanton zur Genehmigung einzureichen (Anpassung an Bedarf). Jene Gemeinden mit mutmasslich überdimensionierten Wohn-, Misch- und Zentrumszonen (wozu Klosters-Serneus gemäss Richtplan gehört) sind aufgefordert, bis spätestens am 20. März 2019 eine Planungszone bezüglich potenzieller Auszonungsflächen zu beschliessen; andernfalls hätte der Kanton ersatzvornahmeweise eine kantonale Planungszone zu erlassen

Vorfrageweise Überprüfung  
eines Nutzungsplans

Erlass einer Planungszone

BGE 148 II 417 (Klosters-  
Serneus/GR)

### **Vorfrageweise Überprüfung eines Nutzungsplans – im konkreten Fall**

- Art. 27 RPG sieht die Möglichkeit zum Erlass von Planungszone zur Sicherung einer bevorstehenden Anpassung der Nutzungsplanung vor. Innerhalb einer Planungszone darf nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte (Art. 27 Abs. 1 Satz 2 RPG).
- Die Gemeinde erliess zwar im Juli 2018 eine Planungszone, diese sah jedoch vor, dass Bauvorhaben u.U. bis zum 19. März 2019 selbst dann noch zu bewilligen waren, wenn sie dem aus Art. 15 RPG und dem Richtplan abgeleiteten Planungsziel widersprachen. Insbesondere war nicht vorausgesetzt, dass das Baugrundstück sich mit Blick auf seine Lage und die weiteren Umstände nicht für eine Auszonung eignet.
- Das Bundesgericht hält fest:
  - Die fragliche Bauzone stammt aus dem Jahr 2001 (geringes Gewicht der Planbeständigkeit und des Vertrauensschutzes)
  - Verstoss gegen Art. 15 RPG ergibt sich bereits aus dem kantonalen Richtplan
  - Kein weitgehend überbautes Gebiet im Sinne von Art. 15 RPG: Auszonung kommt durchaus in Frage bzw. ist nicht ausgeschlossen
  - Das aus Art. 15 RPG und dem Richtplan fliessende Ziel wird durch eine Baubewilligungserteilung negativ präjudiziert
  - Die Anpassungspflicht bestand für die Gemeinde schon vor deren Verankerung im Richtplan, direkt gestützt auf Art. 15 RPG, weshalb es keine Rolle spielt, ob die Bewilligung mit der kommunalen Planungszone vereinbar war oder nicht

Kataster der belasteten  
Standorte – Eintragung von  
Ablagerungsstandorten

BGE 148 II 155 (Kanton  
Solothurn)

## Abgrenzung zwischen Ablagerung von Abfällen und ihrer Verwertung als Baustoff

- Der Kanton SO verkaufte einer privaten Investorin ein Grundstück und verpflichtete sich, alle notwendigen Kosten zu übernehmen, um einen Eintrag im Kataster der belasteten Standorte (KbS) zu verhindern. Beim Aushub wurden verschiedene Auffüllungen (E-Material, B-Material, T-Material) angetroffen und die Mehrkosten für die Entsorgung betrugen über CHF 1.0 Mio. Der Kanton Solothurn stellte die notwendigen Entsorgungsentscheide (E- und B-Material) aus. Die Investorin verlangte die Feststellung, dass die angetroffenen und teils noch vorhandenen Belastungen einen KbS-Eintrag nach sich gezogen hätten oder nach sich ziehen
- Nur mit Abfällen belastete Standorte, die als *Ablagerungs-, Betriebs- und Unfallstandorte* qualifiziert werden können bzw. müssen, sind in den KbS einzutragen (Art. 2 Abs. 1 AltIV; numerus clausus)
- Gemäss der am 12. Februar 2020 geänderten Abfallverordnung (VVEA; Art. 19 Abs. 2 lit. d) ist lediglich *schwach verschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial* (gemäss Anhang 3 Ziff. 2 VVEA, sog. *T-Material*) möglichst *vollständig zu verwerten*. Derartiges Material, das bei Tiefbauarbeiten anfällt, ist am Ort zu verwerten, an dem das Material anfällt, sofern eine allenfalls notwendige Behandlung des Materials am oder direkt neben dem Ort erfolgt

Kataster der belasteten  
Standorte – Eintragung von  
Ablagerungsstandorten

BGE 148 II 155 (Kanton  
Solothurn)

### **Abgrenzung zwischen Ablagerung von Abfällen und ihrer Verwertung als Baustoff**

- Im Lichte dieser neuen Bestimmungen gibt das BGer die bisherige Differenzierung zwischen Verwertung und Ablagerung im Kontext von Art. 2 Abs. 1 lit. a AltIV auf, soweit es um Schadstoffe geht, die (z.B. als Auffüll- und Verfestigungsmaterial) in den Untergrund gelangen. Bei Auffüllungen mit belastetem Material im Untergrund lasse sich nachträglich meist nicht mehr feststellen, ob der Verwertungs- oder der Ablagerungszweck im Vordergrund stand. **Der subjektive Abfallbegriff (Inhaber will das Material loswerden = Abfall im subjektiven Sinn) spielt daher bei derartigen Ablagerungen keine Rolle mehr für die Frage, ob ein belasteter Standort vorliegt. Massgebend ist einzig noch, ob es sich um Material handelt, das nach heutigem Recht vor Ort verwertet werden darf oder nicht.**
- Es sei widersprüchlich, Standorte, die Auffüllungen mit schwach verschmutztem Aushubmaterial (T-Material) enthalten, als Ablagerungsstandorte in den KbS einzutragen, obwohl das Material heute bei Tiefbauarbeiten nicht entsorgt werden müsste, sondern (gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. d VVEA) vor Ort behandelt und wieder eingebaut werden dürfte, ohne dass hierfür ein KbS-Eintrag notwendig wäre.

Kataster der belasteten  
Standorte – Eintragung von  
Ablagerungsstandorten

BGE 148 II 155 (Kanton  
Solothurn)

## Abgrenzung zwischen Ablagerung von Abfällen und ihrer Verwertung als Baustoff

- **Bei Auffüllungen im Untergrund ist daher neu entscheidend, ob die Verwendung des Materials aus heutiger Sicht zulässig wäre.** Das ist bei Auffüllungen mit unverschmutztem (gemäss Anhang 3 Ziff. 1 VVEA; sog. A-Material) und schwach verschmutztem Material (gemäss Anhang 3 Ziff. 2 VVEA; sog. T-Material) grundsätzlich der Fall (anders aber weiterhin bei B-Material).
- **Dementsprechend führt die Tatsache, dass maximal schwach verschmutztes Material (T-Material) abgelagert wurde (mit welchem Zweck auch immer), nicht zu einem Ablagerungsstandort und demnach auch nicht zu einem Eintrag im KbS (Änderung der Praxis)**
- Anders verhält es sich dagegen, wenn *Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Auffüllungen stärker verschmutztes Material (etwa B-Material) enthalten*, denn Letzteres unterliegt gemäss Art. 19 Abs. 3 VVEA einem grundsätzlichen Verwertungsverbot. Diesfalls liegt keine (umweltverträgliche) Verwertung i.S.v. Art. 30 Abs. 2 und 3 USG vor, mit der Folge, dass es sich um einen Ablagerungsstandort im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a AltIV handelt. Dies hat grundsätzlich einen Eintrag in den KbS zur Folge (vorbehältlich mengenmässige Bagatellfälle).
- Neue Praxis steht in einem gewissen Widerspruch zu Art. 2 Abs. 1 lit. a AltIV, wonach Ablagerungsstandorte in den KbS einzutragen sind, mit Ausnahme jener, „an die *ausschliesslich unverschmutztes Aushub-, Ausbruch- und Abraummateriale* gelangt ist“.



NISV - Mobilfunkanlage

BGer 1C\_100/2021 vom 14.

Februar 2023

Steffisburg/BE

Adaptive Antennen bestehen aus einer Vielzahl (64 oder 32) von einzeln angesteuerten Antennenelementen. Adaptive Antennen kommen mit dem 5G-Standard zum Einsatz.

### NISV – Mobilfunkanlagen

- BGer hält anhand der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse fest, dass die **aktuellen Grenzwerte der NISV rechtmässig sind und keine Anpassung erfolgen musste**. Die Belastungsgrenzwerte entsprechen dem Vorsorgeprinzip. Das gilt auch für die sog. adaptiven Antennen.
- **Die sog. „worst case“-Betrachtung adaptiver Antennen (maximale Sendeleistung gleichzeitig in alle Senderichtungen), die bis zum Erlass der Vollzugshilfe für adaptive Antennen ist nicht zu beanstanden**. Solange die automatische Leistungsbegrenzung und das Qualitätssicherungssystem noch nicht auf die Änderung der NISV vom 17.12.2021 (Ziff. 63 Anhang 1 NISV) angepasst sei, gelte dies weiterhin und der sog. Korrekturfaktor KAA für adaptive Antennen finde keine Anwendung.
- **Keine akzessorische Prüfung von Ziff. 63 Anhang 1 NISV**, weil ein Betrieb im Sinne dieser per 17.12.2021 angepassten Bestimmung vorliegend nicht zur Diskussion steht.
- Obiter Dictum (E. 6.3.2): **„Dass die Vorinstanz erwogen hat, bei einer Leistungserhöhung infolge Berücksichtigung eines "Erleichterungsfaktors" wäre mit stärkeren Immissionen zu rechnen, eine solche Leistungssteigerung könnte nur in einem ordentlichen Verfahren mit entsprechenden Einsprachemöglichkeiten bewilligt werden (...), ist nicht zu beanstanden.“**
- Ob eine blosser Meldung bei der Anwendung des KAA bei adaptiven Antennen unzulässig ist, die aufgrund einer „worst case“-Betrachtung bewilligt wurden, ist damit nicht definitiv gesagt, aber jedenfalls darf ein ordentliches Bewilligungsverfahren verlangt werden.

NISV - Mobilfunkanlage

BGer 1C\_100/2021 vom 14.  
Februar 2023

Steffisburg/BE

### NISV – Mobilfunkanlagen

- Was die **rechnerische Prognose der Mobilfunkstrahlung** betrifft, ist diese – soweit technisch und im Rahmen eines verhältnismässigen Aufwands möglich – weiterzuentwickeln und neuen Gegebenheiten anzupassen; im vorliegenden Fall ist sie aber nicht zu beanstanden
- Der Kritik der Beschwerdeführenden an der vom Bund empfohlenen **Methode zur Messung** der Mobilfunkstrahlung kann nicht gefolgt werden
- Ausserdem besteht zum heutigen Zeitpunkt **keine Veranlassung, die Tauglichkeit der Qualitätssicherungssysteme zu verneinen**

Verbot bestehender elektrischer Widerstandsheizungen ab 2030

BGer 1C\_37/2022 vom 23. März 2023

Energiegesetz des Kantons Zürich / Normenkontrolle

Zur Publikation bestimmt



### Verbot bestehender elektrischer Widerstandsheizungen zur Gebäudeheizung

- Kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal geltenden Rechtsordnung gibt (BGE 145 II 140, E. 4; 130 I 26, E. 8.1). Eine Rechtsänderung muss jedoch das höherrangige Recht und dabei namentlich die Grundrechte wahren. Dazu zählt die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV). Die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum nicht unbeschränkt, sondern nur innerhalb der Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind (BGE 146 I 70, E. 6.1; BGE 105 Ia 330, E. 3c).
- Einschränkungen der Eigentumsgarantie bedürfen einer **genügenden gesetzlichen Grundlage** (je nach Schwere ein formelles Gesetz) (Art. 36 Abs. 1 BV).
- Jedes **öffentliche Interesse** ist geeignet, einen Eingriff in das Eigentum zu legitimieren, sofern es nicht rein fiskalisch oder sonstwie verfassungswidrig ist. Umweltschutzinteressen und das Interesse an der Sicherstellung einer umweltverträglichen Energieversorgung und einem rationellen und sparsamen Energieverbrauch gelten als wichtige öffentliche Interessen (Art. 74 BV). Mit einer Wärmepumpe kann der Verbrauch im Vergleich zu einer direkten Elektroheizung um 64% gesenkt werden.
- **Verhältnismässigkeit:** Neue Elektrowiderstandsheizungen sind schon seit 1990 nur noch ausnahmsweise zulässig, und im Kanton ZH **seit Juni 2013 prinzipiell verboten, weshalb die bestehenden Anlagen mutmasslich im Jahr 2030 das Ende ihrer Lebensdauer erreicht haben werden**

Verbot bestehender elektrischer Widerstandsheizungen ab 2030

BGer 1C\_37/2022 vom 23. März 2023

Energiegesetz des Kantons Zürich / Normenkontrolle

**Zur Publikation bestimmt**

Bestehende Ausnahmeregelungen genügen, um das Erfordernis der Zumutbarkeit zu erfüllen. Bereits seit 1990 war absehbar, dass Elektrowiderstandsheizungen irgendwann durch ein anderes System ersetzt werden müssen

- **Enteignung?** Namentlich umweltschutz- und raumplanungsrechtlich bedingte Eingriffe in das Eigentum werden in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als in der Regel entschädigungslos **zulässige Inhaltsbestimmungen des Grundeigentums** beurteilt (vgl. BGE 145 II 140, E. 4.1).

Aufgrund des seit 2013 geltenden Verbots der Neuinstallation von elektrischen Widerstandsheizungen und der Frist für den Ersatz bestehender Anlagen bis 2030 dürfte das angefochtene Verbot von Elektroheizungen in der Regel nicht die erforderliche Schwere einer entschädigungspflichtigen Eigentumsbeschränkung erreichen (keine abschliessende Prüfung im Rahmen der Normenkontrolle)

- **Relevanz:** Es ist anhand dieses Entscheides absehbar, nach welchen Kriterien derartige Konflikte (Verbote gewisser ineffizienter oder CO<sub>2</sub>-relevanter technischer Anwendungen) in Zukunft gelöst werden sollen: Solange eine Massnahme eine gesetzliche Grundlage hat und ein öffentliches Interesse begründbar ist, ist m.E. **primär relevant, dass derartige Verbote nicht „überfallsartig“ angeordnet** werden und die Geräte bzw. die Investitionen „abgeschrieben“ werden können.

Abgrenzung Endentscheid –  
Zwischenentscheid in  
Baubewilligungssachen

Vgl. 1C\_288/2020 vom 28.  
April 2021

Oberegg/Al

Vgl. 1C\_498/2020 vom 3.  
November 2021

Luzern

1C\_203/2022 vom 12. April  
2023

Zürich

**Zur Publikation bestimmt**

## Abgrenzung Endentscheid – Zwischenentscheid

- Grundsatz: Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen (Art. 90 Abs. 1 BGG)
- Ausnahmen:
  - Teilentscheide (Art. 91 BGG)
  - Selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide, insbesondere Zuständigkeit und Ausstand (Art. 92 BGG)
  - Andere Vor- und Zwischenentscheide mit nicht wieder gutzumachendem Nachteil oder wenn sofort ein Endentscheid erwirkt werden kann und damit ein weitläufiges Beweisverfahren unterbleiben kann (Art. 93 BGG): Das kant. Verwaltungsgericht erteilt eine generelle Baubewilligung, in der gewisse Fragen kantonal abschliessend beurteilt werden (1C\_127/2019 E. 2.2).

Abgrenzung Teilentscheid –  
Zwischenentscheid in  
Baubewilligungssachen

1C\_644/2020; 1C\_287/2021;  
1C\_513/2020; 1C\_590/2019

1C\_203/2022 vom 12. April  
2023

Zürich

Zur Publikation bestimmt

### Abgrenzung Endentscheid – Zwischenentscheid

- Auflagen in einer Baubewilligung, um Mängel eines Bauprojekts zu beseitigen (gemäss Bundesgericht: bedingte Baubewilligung), etwa:
  - Einreichung eines überarbeiteten Umgebungsplans **zur Genehmigung vor Baubeginn**
  - Reduktion der Fläche des Attikageschosses um 3 m<sup>2</sup> und Einreichung eines angepassten Plans **zur Genehmigung vor Baubeginn**
  - Einreichen Farb-, Material-, Fassadenkonzept **vor Baubeginn zur Genehmigung**
- Das Bundesgericht unterschied vor 1C\_203/2022 bei unter solchen Auflagen erteilten Baubewilligungen zwischen anfechtbaren Teilbaubewilligungen (*sofern die Auflage keinen relevanten Gestaltungsspielraum mehr eröffnete*) und suspensiv bedingten Baubewilligungen, die es als Zwischenentscheide qualifizierte
- Mit 1C\_203/2022 fällt diese Unterscheidung dahin, **es muss davon ausgegangen werden, dass alle Baubewilligungen, die mit einer Auflage versehen sind, die vor Baubeginn zu erfüllen ist und einen „Genehmigungsentscheid“ verlangt, formal als Zwischenentscheide gelten** und eine Anfechtung vor Bundesgericht erst erfolgen muss und kann, wenn die Baubewilligungsbehörde über die Auflagenerfüllung entscheidet, **was in einem anfechtbaren Entscheid unter Einbezug allfälliger weiterer Verfahrensbeteiligter (Einwender) geschehen muss**

Abgrenzung Endentscheid –  
Zwischenentscheid in  
Baubewilligungssachen

1C\_644/2020; 1C\_287/2021;  
1C\_513/2020; 1C\_590/2019

1C\_203/2022 vom 12. April  
2023

Zürich

Zur Publikation bestimmt

### Abgrenzung Endentscheid – Zwischenentscheid

- Baubewilligungen sind an sich **Gesamtentscheide**, die alle massgebenden Fragen im Zusammenhang mit einem Baugesuch abschliessend regeln (Koordinationsgebot)
- Nebenbestimmungen, insbesondere Auflagen sind nur zulässig, wenn damit der Mangel behoben werden kann. **Auflagen sind zulässig, wenn sie der Bauherrschaft und der Baubehörde in der weiteren Bearbeitung keinen relevanten Spielraum (Planung, Beurteilung) einräumen**
- Verlangt die Baubewilligung, dass gewisse **Teilaspekte noch vor Baubeginn anzupassen oder zu ergänzen sind und der Behörde zur „Genehmigung“ vorzulegen sind, liegt jedoch eine suspensiv bedingte Baubewilligung und damit ein Zwischenentscheid (Art. 93 BGG) vor. Auf Beschwerden gegen Bewilligungen mit solchen Auflagen tritt das Bundesgericht nicht mehr ein.** Das hat Auswirkungen auf das gesamte Verfahren.

## Abgrenzung Endentscheid – Zwischenentscheid - Problematik

### Für derartige suspensiv bedingte Baubewilligungen gilt:

- Verfahrensbeteiligte Dritte (Einwender; Einsprecher) sind am Verfahren zu beteiligen, in dem die Erfüllung der Auflage beurteilt wird und über die Auflagenerfüllung (etwa Genehmigung Umgebungsplan) ist ein anfechtbarer Beschluss zu erlassen
- Der verfahrensbeteiligte Dritte kann *in diesem Zeitpunkt* entweder nur den Beschluss über die Auflagenerfüllung anfechten oder die ganze Bewilligung, wobei diese beiden Entscheidteile u.U. in einem anderen Stadium stecken (Hauptentscheid bereits kantonal angefochten)
- Kantonale Verwaltungsgerichte beurteilen (bis jetzt) auch derartige suspensiv bedingte Bewilligungen (also Zwischenentscheide nach BGG). Deren Entscheide können aber nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden
- Was geschieht mit der Hauptbewilligung (Geltungsdauer), wenn bloss der Beschluss über die Auflagenerfüllung angefochten wird? Etc.
- **Damit ist es grundsätzlich nicht mehr sinnvoll, mangelhafte Bauprojekte mit einer vor Baubeginn zu erfüllenden Auflage zu heilen**, sobald die Möglichkeit besteht, dass Dritte am Verfahren daran beteiligt sind (Einwender, potenzielle Rekurrenten). Das Bundesgericht hat dieses an sich sinnvolle baurechtliche Instrument (Verhältnismässigkeitsprinzip) faktisch beseitigt

Abgrenzung Endentscheid –  
Zwischenentscheid in  
Baubewilligungssachen

1C\_644/2020; 1C\_287/2021;  
1C\_513/2020; 1C\_590/2019

1C\_203/2022 vom 12. April  
2023

Zürich

**Zur Publikation bestimmt**



### Abgrenzung Endentscheid – Zwischenentscheid - Problematik

Abgrenzung Endentscheid –  
Zwischenentscheid in  
Baubewilligungssachen

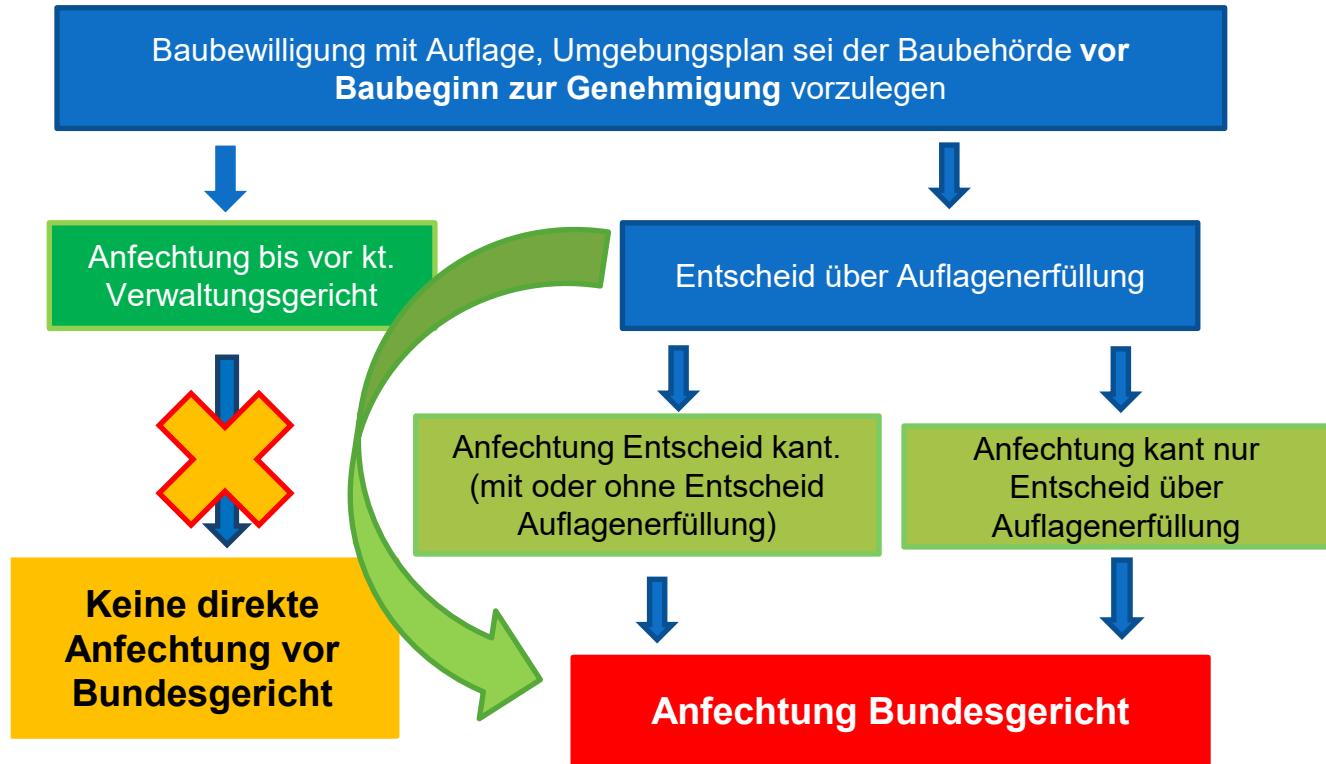
1C\_644/2020; 1C\_287/2021;  
1C\_513/2020; 1C\_590/2019

1C\_203/2022 vom 12. April  
2023

Zürich

Zur Publikation bestimmt

Rechtskraft  
Entscheid Auf-  
lagenerfüllung:  
Anfechtung  
Entscheid VGer  
innert 30 Tagen



Besten Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!

Alexander Rey, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und  
Immobilienrecht

Baden

rey@rlh-law.ch