

BGE 148 II 359

Bundesgericht (BGE), 2022-03-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148 II 359](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148_II_359)

FR: ATF 148 II 359

IT: DTF 148 II 359

Regeste

Regeste Publikation von Baugesuchen im Anwendungsbereich des ZWG (Art. 20 Abs. 1 ZWG; Art. 12b NHG). Art. 20 Abs. 1 ZWG ist lex specialis zu Art. 12b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 NHG. Die Publikation von Baugesuchen im Anwendungsbereich des ZWG richtet sich somit ausschliesslich nach kantonalem Recht (E. 3-4.4). Dieses muss allfälligen verfassungs- oder völkerrechtlichen Mindestanforderungen an die Publikation genügen (E. 4.5). Als Sondervorschrift ist Art. 20 Abs. 1 ZWG eng auszulegen. Sie gelangt nicht zur Anwendung, wenn mit dem Bauvorhaben eine andere Bundesaufgabe verbunden ist (E. 5).

Erwägungen

E. 3

Aus prozessökonomischen Gründen ist noch auf die Rügen der Beschwerdeführerin zum Verhältnis von Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702) und Art. 12b des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) einzugehen.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin ist als beschwerdeberechtigte Organisation im Bereich des Natur- und Heimatschutzes nach Art. 12 Abs. 1 lit. b NHG (vgl. Anhang Ziff. 9 der Verordnung vom 27. Juni 1990 über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen [VBO; SR 814.076]) zur Beschwerde gegen Verfügungen befugt, die in Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG ergehen. Die Plafonierung des Zweitwohnungsbaus gemäss Art. 75b BV stellt eine Bundesaufgabe dar, die der Schonung der Natur und Landschaft dient (BGE 139 II 271 E. 11 S. 276 ff.). Baubewilligungen können daher von der Beschwerdeführerin wegen Verletzung von Art. 75b BV und seiner BGE 148 II 359 S. 362 Ausführungsbestimmungen mit Beschwerde gemäss Art. 12 NHG angefochten werden. Findet - wie vorliegend - ein Einspracheverfahren statt, muss sich die Organisation bereits an diesem beteiligen, um ihr Beschwerderecht nicht zu verlieren (vgl. Art. 12c Abs. 2 NHG und Art. 104 Abs. 2 letzter Satz des kantonalen Raumplanungsgesetzes vom 6. Dezember 2004 [KRG; BR 801.100]). Gemäss Art. 12b NHG eröffnet die Behörde den Gemeinden und Organisationen ihre Verfügungen durch schriftliche Mitteilung oder durch Veröffentlichung im Bundesblatt oder im kantonalen Publikationsorgan. Die öffentliche Auflage dauert in der Regel 30 Tage (Abs. 1). Sieht das Bundesrecht oder das kantonale Recht ein Einspracheverfahren vor, so sind auch die Gesuche nach Absatz 1 zu veröffentlichen (Abs. 2).

E. 3.2

Im Urteil 1C_630/2014 vom 18. September 2015 (E. 2.3.2 und 2.3.3) folgte das Bundesgericht aus dieser Bestimmung, dass Baugesuche und -bewilligungen für Zweitwohnungen durch schriftliche Mitteilung an die beschwerdeberechtigten Organisationen oder durch Veröffentlichung im Bundesblatt oder im kantonalen Publikationsorgan zu eröffnen seien. Sollten sich gesamtschweizerisch tätige Organisationen als Partei am Verfahren beteiligen können, müssten sie in überblickbarer Weise über die geplanten Vorhaben informiert werden. Dies werde durch die schriftliche Mitteilung bzw. die Publikation im Bundesblatt oder im kantonalen Publikationsorgan erreicht. Diese Publikationsformen seien das notwendige Korrelat zur Obliegenheit der Organisation, sich von Anfang an am kantonalen Verfahren zu beteiligen. Bereits die Botschaft vom 26. Juni 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG) halte dazu fest, mit einer solchen Veröffentlichung solle verhindert werden, dass beschwerdeberechtigte Organisationen sämtliche Publikationsorgane bis hin zu Gemeindeanzeigern und öffentlichen Aushängen regelmässig einsehen müssten, um nicht Gefahr zu laufen, ihr Beschwerderecht zu verwirken (BB1 1991 III 1121 ff., 1141). Sinn und Zweck von Art. 12b NHG sei es, sicherzustellen, dass das Verbandsbeschwerderecht effektiv gewährleistet sei (zit. Urteil 1C_630/2014 E. 2.3.2 mit Literaturhinweisen). Das Bundesgericht liess damals offen, ob Art. 20 Abs. 1 ZWG zu einer anderen Beurteilung führe, weil die Bestimmung noch nicht in Kraft war und im Bereich der Publikationsvorschriften auch keine Vorwirkung entfaltete (zit. Urteil 1C_630/2014 E. 2.5). Diese Frage muss nunmehr beantwortet werden. BGE 148 II 359 S. 363

E. 4

Art. 20 Abs. 1 ZWG sieht vor, dass sich die Ausschreibung von Baugesuchen und die Mitteilung von Bauentscheiden abschliessend nach den jeweiligen kantonalen Vorgaben richten; vorbehalten bleibt Art. 112 Abs. 4 BGG (betr. die Eröffnung an beschwerdeberechtigte Bundesbehörden). Im Weiteren richten sich die Zuständigkeit, das Verfahren und der Rechtsschutz unter Vorbehalt der Bestimmungen des ZWG nach dem RPG (SR 700) und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen der Kantone (Art. 20 Abs. 2 ZWG).

E. 4.1

Das Verwaltungsgericht und die Gemeinde Surses erwogen, diese Bestimmung gehe als jüngeres und spezielleres Recht für die Publikation von Baugesuchen im Bereich der Zweitwohnungsgesetzgebung dem älteren Art. 12b NHG vor, weshalb es genüge, Baugesuche für Zweitwohnungen in einem amtlichen Publikationsorgan der Gemeinde bekannt zu geben, wie dies in Art. 45 Abs. 1 der kantonalen Raumplanungsverordnung vom 24. Mai 2005 (KRVO; BR 801.110) vorgesehen sei. Diese Auffassung wird vom BAFU geteilt. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies: Ihres Erachtens ist Art. 12b NHG Spezialbestimmung für die Publikation von Vorhaben, welche das Verbandsbeschwerderecht auslösen; Art. 20 Abs. 1 ZWG nehme gerade keinen Bezug auf die Besonderheiten der Verbandsbeschwerde.

E. 4.2

Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 ZWG , insbesondere das Wort "abschliessend", spricht klar gegen die Annahme der Beschwerdeführerin, wonach Art. 12b NHG neben den kantonalen Publizitätsanforderungen zu beachten sei. Ein Vorbehalt wird in Satz 2 einzig für die Eröffnung an beschwerdeberechtigte Bundesbehörden gemacht, nicht aber für

Natur- und Heimatschutzorganisationen. Art. 20 Abs. 1 ZWG wäre auch überflüssig, wenn Art. 12b NHG kumulativ zur Anwendung käme, da sich die Ausschreibung von Baugesuchen und die Mitteilung von Baumentscheiden ansonsten (d.h. abgesehen von gesetzlichen Beschwerderechten der Gemeinden, der Organisationen und der Bundesbehörden) schon zuvor nach kantonalem Recht richtete.

E. 4.3

Die Entstehungsgeschichte der Norm bestätigt diese Auslegung: Kommissionssprecher Ivo Bischofberger (AB 2014 S 969) führte aus, mit der vorgeschlagenen Bestimmung werde sichergestellt, dass in Kantonen, in denen Baugesuche nur in kommunalen oder regionalen Amtsblättern ausgeschrieben werden müssen, solche BGE 148 II 359 S. 364 Ausschreibungen bundesrechtlich dann auch genügen, wenn sie einen in den Anwendungsbereich des Zweitwohnungsgesetzes fallenden Tatbestand betreffen. Er ergänzte, dass diese Bestimmung mit dem Beschwerderecht der Gemeinden und Organisationen gemäss Art. 12 ff. NHG vereinbar sei: Als kantonale Publikationsorgane, in welchen gemäss Art. 12b Abs. 1 NHG die relevanten Baubewilligungsgesuche veröffentlicht werden müssen, gälten auch diejenigen Publikationsorgane, die das kantonale Recht für die Ausschreibung von Baugesuchen vorsehe. Ständerat Martin Schmid (AB 2014 S 969) hielt fest, es handle sich um eine *lex specialis*, die auch als neuere Norm vorgehe. Aufgrund dieser neuen Bestimmung im Zweitwohnungsgesetz bestehe keine bundesrechtliche Verpflichtung zur Publikation von kommunalen Baubewilligungsentscheiden mehr, ausser der Kanton würde das vorsehen; die Kantone seien diesbezüglich also frei. Es sei ausreichend, wenn der Baubewilligungsentscheid dem Betroffenen und allfälligen Einsprechern mitgeteilt werde; die Baubewilligungserteilung müsse nicht nochmals amtlich publiziert werden. Somit wäre auch ausgeschlossen, dass das Bundesgericht im Anwendungsfall, zum Beispiel aufgrund von Art. 12b Absatz 1 NHG, eine entsprechende kantonale Veröffentlichungsvorschrift als NHG-widrig erklären könnte. Beide Voten bezogen sich somit ausdrücklich auf das Beschwerderecht der Naturschutzorganisationen und befürworteten eine Abweichung von Art. 12b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 NHG im Anwendungsbereich des Zweitwohnungsgesetzes.

E. 4.4

In der Literatur wird denn auch, soweit ersichtlich, einhellig die Auffassung vertreten, Art. 20 Abs. 1 ZWG gehe als *lex specialis* Art. 12b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 NHG vor (vgl. STALDER/HEIM, in: Zweitwohnungsgesetz [...], Wolf/Pfammatter [Hrsg.], 2. Aufl. 2021, N. 1 und 5 zu Art. 20 ZWG ; JONAS ALIG, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBl 117/2016 S. 249 f.; ALAIN GRIFFEL, Anmerkung der Redaktion zu BGer 1C_630/2014, URP 2016 S. 35 f.; DANIELA THURNHERR, in: Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, 2016, S. 707 Rz. 8.21; DAVID DUSSY, in: Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, 2016, S. 658 Fn. 293; AURÉLIEN WIEDLER, La protection du patrimoine bâti, 2019, S. 246). Auch PETER M. KELLER (in: Kommentar NHG, Keller/Zufferey/Fahrländer [Hrsg.], 2. Aufl. 2019, N. 10 zu Art. 12b NHG) teilt die Auffassung, dass Art. 20 Abs. 1 ZWG eine Sonderregelung darstellt, BGE 148 II 359 S. 365 mit der Folge, dass Baugesuche im Anwendungsbereich des ZWG nicht zwingend im zentralen kantonalen Publikationsorgan veröffentlicht werden müssten, sondern das kantonale Recht auch andere Publikationsorgane (z.B. kommunale oder regionale Amtsblätter) vorsehen könne, allerdings mit dem Vorbehalt, dass dies die Wahrnehmung des Beschwerderechts nicht verunmöglichen oder übermässig erschweren dürfe.

E. 4.5

Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, bei dieser Auslegung sei Art. 20 Abs. 1 ZWG verfassungs- und völkerrechtswidrig: Verletzt seien Art. 29 und 29a BV, Art. 6 und 13 EMRK und Art. 9 des Übereinkommens vom 25. Juni 1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention; SR 0.814.07). Damit werde im Ergebnis das Verbandsbeschwerderecht ausgehebelt und die Umsetzung von Art. 75b BV torpediert; dies verletze Treu und Glauben und sei rechtsmissbräuchlich. Art. 20 Abs. 1 ZWG müsse daher verfassungs- und konventionskonform ausgelegt werden, indem Baugesuche betreffend Zweitwohnungen weiterhin im kantonalen Amtsblatt publiziert oder den Verbänden schriftlich mitgeteilt werden (mit Hinweis auf die Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung des Kantons Bern, 2020, S. 45). Dem ist entgegenzuhalten, dass Art. 20 Abs. 1 ZWG ausschliesslich auf das kantonale Recht verweist, ohne selbst festzulegen, wie im Einzelnen Baugesuche zu publizieren oder mitzuteilen sind. Soweit sich aus den von der Beschwerdeführerin angerufenen Verfassungs- und Konventionsbestimmungen Mindestanforderungen an die Publikation ergeben, ist es somit Sache der kantonalen Behörden, diese in Gesetzgebung und Praxis umzusetzen. Die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des kantonalen Verfahrensrechts kann im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle oder inzident, im Anwendungsfall, gerichtlich überprüft werden (in diesem Sinne auch GRIFFEL, a.a.O., S. 36; ALIG, a.a.O., S. 250).

E. 4.6

Vorliegend rügt die Beschwerdeführerin zwar eine Verunmöglichung des Verbandsbeschwerderechts mangels Publikation im kantonalen Amtsblatt; sie legt aber nicht substantiiert dar, inwiefern es ihr nicht möglich oder zumutbar gewesen sei, rechtzeitig von der Baupublikation der Gemeinde Surses Kenntnis zu nehmen, die nicht nur im amtlichen Publikationsorgan der Gemeinde, sondern auch auf deren Internetseite publiziert wurde. Die Beschwerdeführerin BGE 148 II 359 S. 366 legt auch nicht konkret, anhand der Bauausschreibung, dar, inwiefern sie sich daraus kein Bild von Art und Tragweite des geplanten Vorhabens machen und ihre Beschwerdeberechtigung erkennen konnte. Damit fehlt es an einer rechtsgenügenden Begründung der Grundrechts- und Konventionsrügen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG), weshalb auf diese nicht näher einzugehen ist.

E. 5

Nach dem Gesagten ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass Art. 20 Abs. 1 ZWG eine *lex specialis* gegenüber Art. 12b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 NHG darstellt. Dies schliesst allerdings eine Publikationspflicht im Kantonsblatt nicht von vornherein aus, wie im Folgenden darzulegen sein wird.

E. 5.1

KELLER (a.a.O., N. 11 zu Art. 12b NHG), DUSSY (a.a.O., Rz. 7, 115) sowie das BAFU weisen darauf hin, dass Art. 20 Abs. 1 Satz 1 ZWG als Sondervorschrift eng auszulegen sei und nicht zur Anwendung gelange, sobald mit dem Bauvorhaben eine andere Bundesaufgabe verbunden sei, z.B. bei der Erstellung von Bauten ausserhalb der Bauzone oder im Gewässerraum. Dem ist zuzustimmen: Bauvorhaben, die in Erfüllung einer Bundesaufgabe ergehen, z.B. weil sie auf eine bundesrechtliche Spezial- oder Ausnahmebewilligung angewiesen sind, unterlagen schon vor Einführung von Art. 75b BV

der Verbandsbeschwerde und mussten Gemeinden und Organisationen gemäss Art. 12b NHG angezeigt werden. Es gibt keine Hinweise, dass der Gesetzgeber an dieser vorbestehenden und von der Zweitwohnungsgesetzgebung unabhängigen Rechtslage etwas ändern wollte.

E. 5.2

Im Übrigen verlangt bereits Art. 45 Abs. 2 KRVO bei Baugesuchen ausserhalb der Bauzone, Gesuchen mit UVP oder mit Zusatzbewilligungen, die im Kantonsamtsblatt zu publizieren sind, dass die öffentliche Auflage gleichzeitig auch im Kantonsamtsblatt bekannt zu geben sei. Gemäss der vom Departement für Volkswirtschaft und Soziales Graubünden publizierten Liste der zu koordinierenden Zusatzbewilligungen handelt es sich insbesondere um Bewilligungen, die sich auf das GSchG (SR 814.20), das USG (SR 814.01), das NHG, das Waldgesetz vom 4. Oktober 1991 (WaG; SR 921.0) und das Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF; SR 923.0) stützen, d.h. auf Bundesrecht.

E. 5.3

Ob vorliegend eine bundesrechtliche Spezialbewilligung in diesem Sinne erforderlich ist, lässt sich ohne Kenntnis der Baugesuchsakten nicht zuverlässig beurteilen. Es erscheint daher geboten, BGE 148 II 359 S. 367 die Sache in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen, um diese Frage - nach (ganz oder teilweiser) Gewährung des Akteneinsichtsrechts - zu prüfen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.