

# **BGer 1C\_375/2019 vom 26. März 2021**

Bundesgericht, 2021-03-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_375\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_375_2019)

FR: TF 1C\_375/2019 du 26 mars 2021

IT: TF 1C\_375/2019 del 26 marzo 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen kantonal letztinstanzlichen Endentscheid über eine Bau- und Betriebsbewilligung eines Modellflugplatzes, mithin eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 82 lit. a BGG. Dagegen steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen. Ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 83 BGG ist nicht gegeben. Die falsche Bezeichnung des Rechtsmittels schadet nicht ( BGE 137 IV 269 E. 1.6 S. 275; 133 II 396 E. 3.1 S. 399 mit Hinweis). Die Beschwerdeführerin, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und in schutzwürdigen Interessen besonders berührt ist, ist zur Beschwerde legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet dieses grundsätzlich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist an den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt gebunden, soweit dieser nicht offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 und Art. 97 Abs. 1 BGG ). Unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) prüft es grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen. Die Verletzung von Grundrechten prüft es nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 146 IV 88 E. 1.3.1 ; 145 I 121 E. 2.1).

### **E. 1.3**

Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sind erfüllt und geben zu keinen weiteren Erörterungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten, soweit die in E. 1.2 hiervor genannten Begründungsanforderungen erfüllt sind.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid den in Rechtskraft erwachsenen Beschluss des Regierungsrates vom 6. September 2016 übergangen und damit die mit dem Beschluss angeblich einhergehende einjährige Betriebsbewilligung willkürlich nicht beachtet.

Die Beschwerdeführerin begnügt sich in ihrer Beschwerdeschrift damit, ihre Sicht der Dinge darzulegen, ohne konkret aufzuzeigen, dass und inwiefern die Feststellung der Vorinstanz, wonach der in Rechtskraft erwachsene Rückweisungsentscheid des

Regierungsrates keine einjährige Betriebsbewilligung impliziere, im Ergebnis unzutreffend sein soll. Eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG ist weder ersichtlich noch wird eine solche von der Beschwerdeführerin substantiiert dargelegt (vgl. E. 1.2). Auf diese Rüge ist nicht einzutreten.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, die Vorinstanz habe Art. 5 Abs. 2 lit. d der Verordnung vom 1. Mai 1996 über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsverordnung; SR 451.35) in Verbindung mit Art. 23d Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) falsch angewendet. Der umstrittene Modellflugplatz sei als blosser Nutzungsänderung einer bestehenden Baute nicht von Art. 5 Abs. 2 lit. d der Moorlandschaftsverordnung erfasst. Der Modellflugplatz müsse darum unabhängig von der unmittelbaren Standortgebundenheit und des nationalen Interesses an einer solchen Anlage zulässig sein.

### **E. 3.2**

Das Verwaltungsgericht kommt in angefochtener Entscheidung (E. 4.4) zum Schluss, eine (weitere) befristete Bau- und Betriebsbewilligung für einen Modellflugplatz auf KTN 327 könne zur Klärung der Frage, ob der Standort aus Gründen des Vogelschutzes überhaupt in Betracht falle, nicht erteilt werden. Die angestrebte Klärung der Beeinträchtigung der Avifauna durch den Modellflugbetrieb vermöge nichts daran zu ändern, dass die angestrebte Nutzungserweiterung auf KTN 327 mangels nationaler Bedeutung und fehlender unmittelbarer Standortgebundenheit des Vorhabens von vornherein nicht bewilligt werden könne. Der geplante Modellflugplatz auf KTN 327 diene weder direkt noch indirekt dem Schutz der Moorlandschaft. Es komme ihm weder nationale Bedeutung zu noch sei er unmittelbar standortgebunden, weswegen er in der Moorlandschaft Rothenthurm selbst dann unzulässig sei, wenn mit einem ornithologischen Fachgutachten die Schutzzielverträglichkeit in dem Sinne nachgewiesen werden könnte, dass er keine beeinträchtigenden Auswirkungen auf die Avifauna habe. Daran ändere auch nichts, wenn vom geplanten Modellflugplatz keine schützenswerte Vegetation betroffen sei.

### **E. 3.3**

Nach Art. 78 Abs. 5 BV sind Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung geschützt. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen. Art. 23d Abs. 1 NHG lässt die Gestaltung und Nutzung von Moorlandschaften zu, soweit dies der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widerspricht. Art. 23d NHG ersetzt somit im Hinblick auf Moorlandschaften das durch die Verfassung vorgegebene Kriterium der Schutzzieldienlichkeit durch dasjenige der Schutzzielverträglichkeit (vgl. BGE 138 II 281 E. 6.2 S. 295 ff.; 123 II 248 E. 3a/cc S. 252 f.; je mit Hinweisen) und ist damit milder ausgestaltet als die verfassungsrechtliche Bestimmung (BGE 123 II 248 E. 3a/cc S. 252 f.; 138 II 281 E. 6.2 S. 295 ff.; NINA DAJCAR/ALAIN GRIFFEL, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 40 zu Art. 78 BV; PETER M. KELLER, in: Kommentar NHG, 2. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 23d NHG). Art. 23d Abs. 2 NHG erklärt in nicht abschliessender Weise ("insbesondere") folgende Nutzungen in Moorlandschaften für zulässig: die land- und forstwirtschaftliche

Nutzung (lit. a); den Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen (lit. b); Massnahmen zum Schutz von Menschen vor Naturereignissen (lit. c) sowie die für die Anwendung der Buchstaben a-c notwendigen Infrastrukturanlagen (lit. d). Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. d der Moorlandschaftsverordnung sorgen die Kantone unter anderem dafür, dass Bauten und Anlagen, die weder mit der Gestaltung und Nutzung nach Art. 23d Abs. 2 NHG in Zusammenhang stehen noch der Biotoppflege oder der Aufrechterhaltung der typischen Besiedlung dienen, nur ausgebaut oder neu errichtet werden, wenn sie nationale Bedeutung haben, unmittelbar standortgebunden sind und den Schutzziele nicht widersprechen. Zudem sorgen sie dafür, dass die touristische Nutzung und die Nutzung zur Erholung mit den Schutzziele im Einklang stehen (Art. 5 Abs. 2 lit. e der Moorlandschaftsverordnung).

#### **E. 3.4.1**

Der Standort des geplanten Modellflugplatzes auf dem Grundstück KTN 327 befindet sich nach den unbestrittenen und für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz im Objekt Nr. 1 "Moorlandschaft Rothenthurm" (Art. 1 und Anhang 1 der Moorlandschaftsverordnung). Die horizontale Pufferfläche im Umfang von 500 m um den geplanten Modellflugplatz tangiert neben dem Objekt Nr. 1 "Moorlandschaft Rothenthurm" auch den südlichen Bereich der Flachmoore Nr. 2901 "Grossblätz" und Nr. 1951 "Altmatt/Ägeriried" (Art. 1 und Anhang 1 der Verordnung über die Flachmoore von nationaler Bedeutung vom 7. September 1994 [Flachmoorverordnung; SR 451.33]), den südlichen Bereich der sekundären Hochmoorfläche und des Hochmoorumfeldes Nr. 303 "Altmatt-Biberbrugg" (Art. 1 und Anhang 1 der Verordnung über den Schutz der Hochmoore von nationaler Bedeutung vom 21. Januar 1991 [Hochmoorverordnung; SR 451.32]), den südlichsten Teil des im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung verzeichneten Gebiets Nr. 1308 "Moorlandschaft zwischen Rothenthurm und Biberbrugg" ( Art. 1 und Anhang 1 der Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 29. März 2017 [VBLN; SR 451.11] ) und kantonale Biotope im Bereich "Grossblätz" und entlang des Flusses Biber.

#### **E. 3.4.2**

Unumstritten ist, dass der ausserhalb der Bauzone geplante Modellflugplatz nicht zonenkonform ist und die neue Nutzung der Parzelle auch ohne bauliche Veränderungen eine raumplanungsrechtliche Ausnahmegewilligung erfordert (vgl. BGE 119 Ib 222 E. 3a und b S. 226 ff. betreffend einen Hängegleiterlandeplatz; Urteil des Bundesgerichts 1C\_505/2017 vom 15. Mai 2018 E. 5.1 f., publ. in: URP 2018 S. 528; BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, 2006, N. 17 zu Art. 22 RPG ). Die geplante Nutzung soll regelmässig und organisiert erfolgen, ist auf Dauer angelegt und örtlich konzentriert. Auch Eingriffe und Nutzungsänderungen, die ohne bauliche Veränderungen Folgen für die Raumordnung, die Umwelt und die Erschliessung haben, fallen unter den Begriff der Nutzung. In ihrer Wirkung kommen sie jener von Bauten und Anlagen gleich (vgl. KELLER, a.a.O., N. 2 zu Art. 23d NHG und N. 6 zu Art. 25b NHG ). Der Betrieb eines Modellflugplatzes auf KTN 327 hat gegenüber der Nutzung der Liegenschaft als Hundeausbildungsplatz neue Auswirkungen auf die Umwelt, wie Lärm, Motorengeräusche, Abgase und Mehrverkehr. Die Vorinstanz hat zutreffend erkannt, dass im Rahmen des Bewilligungsverfahrens in Anwendung von Art. 24 lit. b RPG eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen ist. Soweit das positive Verfassungs- und

Gesetzesrecht allerdings einzelne Aspekte der allgemeinen Interessenabwägung konkret regelt und auf diese Weise die Entscheidungsspielräume eingrenzt oder ausschliesst, wird zuerst die Vereinbarkeit des Vorhabens mit diesen Vorschriften geprüft, da anschliessend unter Umständen gar keine umfassende Interessenabwägung mehr nötig ist (vgl. BGE 115 Ib 472 E. 2e/aa S. 486 f.; WALTER HALLER/PETER KARLEN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Aufl. 1999, Rz. 717; RUDOLF MUGGLI, in: Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, 2017, N. 22 zu Art. 24 RPG ; WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., N. 22 zu Art. 24 RPG ).

#### **E. 4.1**

Gegenstand von Art. 23d NHG ist nach dem Titel der Bestimmung die Gestaltung und Nutzung der Moorlandschaften. Art. 23d Abs. 2 NHG enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Nutzungen, die unter der Prämisse der Schutzzielverträglichkeit in der Moorlandschaft zulässig sind. Diese Aufzählung wird durch weitere Beispiele in Art. 5 Abs. 2 lit. d und e der Moorlandschaftsverordnung ergänzt. In Art. 5 Abs. 2 lit. d der Moorlandschaftsverordnung wird wiederum die Voraussetzung der Schutzzielverträglichkeit durch weitere Voraussetzungen, nämlich die Standortgebundenheit und das Eingriffsinteresse von nationaler Bedeutung ergänzt. Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, Art. 5 Abs. 2 lit. d der Moorlandschaftsverordnung regle nicht die Nutzungsänderung bzw. wie im konkreten Fall die Nutzungserweiterung des bestehenden Hundeausbildungsplatzes ohne bauliche Vorkehrungen. Es könne daher nicht verlangt werden, dass für die Nutzungsänderung neben der Standortgebundenheit auch ein nationales Eingriffsinteresse vorliegen müsse. Es genüge, dass sich die Nutzung in der Moorlandschaft als schutzzielverträglich erweise.

#### **E. 4.2**

Unabhängig von der Beurteilung der umstrittenen Nutzung ist zunächst zu prüfen, inwieweit Art. 23d NHG im Lichte der verfassungsrechtlichen Grundlage des Moorlandschaftsschutzes in Art. 78 Abs. 5 BV eine solche Nutzung in der Moorlandschaft zulässt. Von Verfassungs wegen sind in den Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung wie hier der Bau von Anlagen und Bodenveränderungen nicht zulässig ( Art. 78 Abs. 5 Satz 2 BV ). Ausgenommen sind lediglich Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen ( Art. 78 Abs. 5 Satz 3 BV ). Im Unterschied zu der in der Verfassung zum Ausdruck gebrachten strengen Schutzverpflichtung, wonach die ausnahmsweise zulässigen Einrichtungen dem Schutzziel dienen sollen (Schutzzieldienlichkeit), erklärt Art. 23d Abs. 1 NHG die Gestaltung und die Nutzung der Moorlandschaften als zulässig, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widersprechen (Schutzzielverträglichkeit). Das Bundesgericht ist mit Blick auf Art. 190 BV zur Anwendung dieser über den Verfassungswortlaut hinausgehenden Gesetzesbestimmung verpflichtet. Die mit der Verfassungsbestimmung und dem NHG verfolgten gewichtigen Schutzziele gebieten indessen nach gefestigter Rechtsprechung eine zurückhaltende Handhabung der mit Art. 23d NHG zusätzlich gewährten Gestaltungs- und Nutzungsmöglichkeiten (vgl. BGE 138 II 281 E. 6.2 f.; 138 II 23 E. 3.3 S. 27 ff.; je mit Hinweisen; Dajcar/Griffel, a.a.O., N. 40 zu Art. 78 BV ; Arnold Marti, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 78 BV ; Keller, a.a.O., N. 7 zu den Vorbemerkungen zu Art. 23a-23d NHG ).

### **E. 4.3**

Wie in E. 4.1 hiervor erwähnt, handelt es sich bei der Aufzählung in Art. 23d Abs. 2 NHG um eine nicht abschliessende Aufzählung ( BGE 138 II 281 E. 6.2 S. 295 ff. mit Hinweisen). Grundsätzlich können somit nach dem Willen des Gesetzgebers auch weitere Nutzungen zulässig sein, wenn die Schutzzielverträglichkeit gegeben ist (vgl. auch Keller, a.a.O., N. 8 zu Art. 23d NHG ). Die vorliegend zur Diskussion stehende Nutzung der Moorlandschaft für einen Modellflugplatz gehört nicht zu den in Art. 23d Abs. 2 NHG konkret genannten Nutzungen. Für weitere, über die in Art. 23d Abs. 2 NHG umschriebenen Nutzungen hinausgehende Gestaltungen und Nutzungen bleibt jedoch nach ständiger Praxis nur ein sehr enger Raum ( BGE 138 II 281 E. 6.3 S. 297 f.; Urteil des Bundesgerichts 1C\_515/2012 vom 17. September 2013 E. 5.4, publ. in: URP 2013 S. 707; je mit Hinweisen; vgl. auch Keller, a.a.O., N. 11 zu Art. 23d NHG mit Hinweisen). Aus den parlamentarischen Debatten geht hervor, dass neben den ausdrücklich genannten Nutzungen auch militärische Nutzungen und eine sanfte touristische Nutzung möglich sein sollten (Votum Schallberger, AB 1992 S 619). Abgelehnt wurden dagegen die Anträge von Ständerat Kuchler, in Art. 23d Abs. 2 NHG auch die Erweiterung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen sowie den Neubau notwendiger Erschliessungsanlagen zu erwähnen: Die Zulassung von Erweiterungen würde den verfassungsrechtlichen Rahmen sprengen (Voten Jagmetti, Frick und Bundesrat Cotti, AB 1992 S 621). Der in der parlamentarischen Debatte zum Ausdruck gebrachten Würdigung des verfassungsrechtlichen Rahmens entspricht die bundesgerichtliche Praxis, wonach Art. 23d Abs. 2 lit. b NHG bei rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen nur den Unterhalt und die Erneuerung, nicht aber eine Erweiterung zulässt ( BGE 138 II 281 E. 6.3 S. 297 f. mit Verweis auf BGE 138 II 23 E. 3.3 S. 28 f.). Vorbehalten bleiben nur die Erweiterung von Anlagen oder Bauten, die dem Schutz der Moorlandschaft - direkt oder indirekt - dienen und somit schon nach Art. 78 Abs. 5 BV zulässig sind ( BGE 138 II 23 E. 3.3 S. 28 f.; Urteil des Bundesgerichts 1C\_515/2012 vom 17. September 2013 E. 5.4, publ. in: URP 2013 S. 707). Dasselbe muss auch für Nutzungsänderungen gelten, soweit sie den Bauten und Anlagen gleichkommen. Somit ergibt sich, dass nach verfassungskonformer Auslegung und unter Berücksichtigung der parlamentarischen Beratungen unter dem Vorbehalt der Schutzzieldienlichkeit keine weiteren Nutzungen als die in Art. 23d Abs. 2 NHG genannten und allenfalls die militärische oder sanfte touristische Nutzung in Moorlandschaften zulässig sind. In allen weiteren Fällen der Nutzung bzw. Errichtung von Bauten und Anlagen ist weiterhin im Sinne des Art. 78 Abs. 5 BV das Kriterium der Schutzzieldienlichkeit massgebend. Diese ist im Falle eines Modellflugplatzes nicht gegeben, leistet er doch gerade keinen Beitrag zum Schutz der Moorlandschaft.

### **E. 4.4**

Während der Wortlaut der Verfassungsbestimmung ( Art. 78 Abs. 5 BV ) lediglich für Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen, eine Ausnahme vom Schutz vorsieht, lässt Art. 23d Abs. 1 NHG die Gestaltung und die Nutzung von Moorlandschaften zu, soweit diese der Erhaltung der für die Moorlandschaft typischen Eigenschaften nicht widersprechen. Mit Gestaltung im Sinne von Art. 23d NHG sind die planerischen Vorstellungen angesprochen, die primär in der Raumplanung der Kantone, aber auch in Sachplänen und Konzepten des Bundes zum Ausdruck kommen und im Rahmen der baurechtlichen Bewilligungen konkretisiert werden. Unter den Begriff der Nutzung fallen auch Eingriffe und Nutzungsänderungen, die ohne

bauliche Veränderungen Folgen für die Raumordnung, die Umwelt und die Erschliessung haben, so dass sie in ihrer Wirkung jener von Bauten und Anlagen gleichkommen (vgl. E. 3.4.2 hiervor). Bei einem Modellflugplatz beschränken sich die Auswirkungen nicht auf die baulichen Anlagen und die für die Start- und Landemanöver erforderliche Bodenfläche. Die Beeinträchtigung der Umwelt erfolgt in erster Linie durch den Betrieb der Anlage und die damit verbundene Fliegerei in der Moorlandschaft. Die Flüge mit den Modellflugzeugen als solche sowie der zusätzliche Motorfahrzeugverkehr durch An- und Wegfahrten sind in der Regel weiträumig wahrnehmbar. Es handelt sich damit offensichtlich nicht um eine Nutzungsänderung, die mit Art. 23d NHG im Einklang steht. Soweit die Beschwerdeführerin unter Berufung auf Art. 5 der Moorlandschaftsverordnung die beschriebene Rechtslage in Frage stellt, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Verordnung kann nicht als rechtliche Grundlage für eine Bewilligung dienen, die über den gesetzlichen Rahmen hinausgeht.

Nach dem Gesagten kann der Beschwerdeführerin keine Bau- und Betriebsbewilligung für den Modellflugplatz auf dem Grundstück KTN 327 in Rothenthurm erteilt werden.

#### **E. 5**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sie hat den obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnern eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs 2 BGG ). Eine Entschädigung an den Bund, an Kantone oder an Gemeinden sowie an mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisationen fällt ausser Betracht ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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