

Weiterbildungstag SAV

Rechtsprechung im öffentlichen Baurecht

Dr. Christoph Jäger
Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

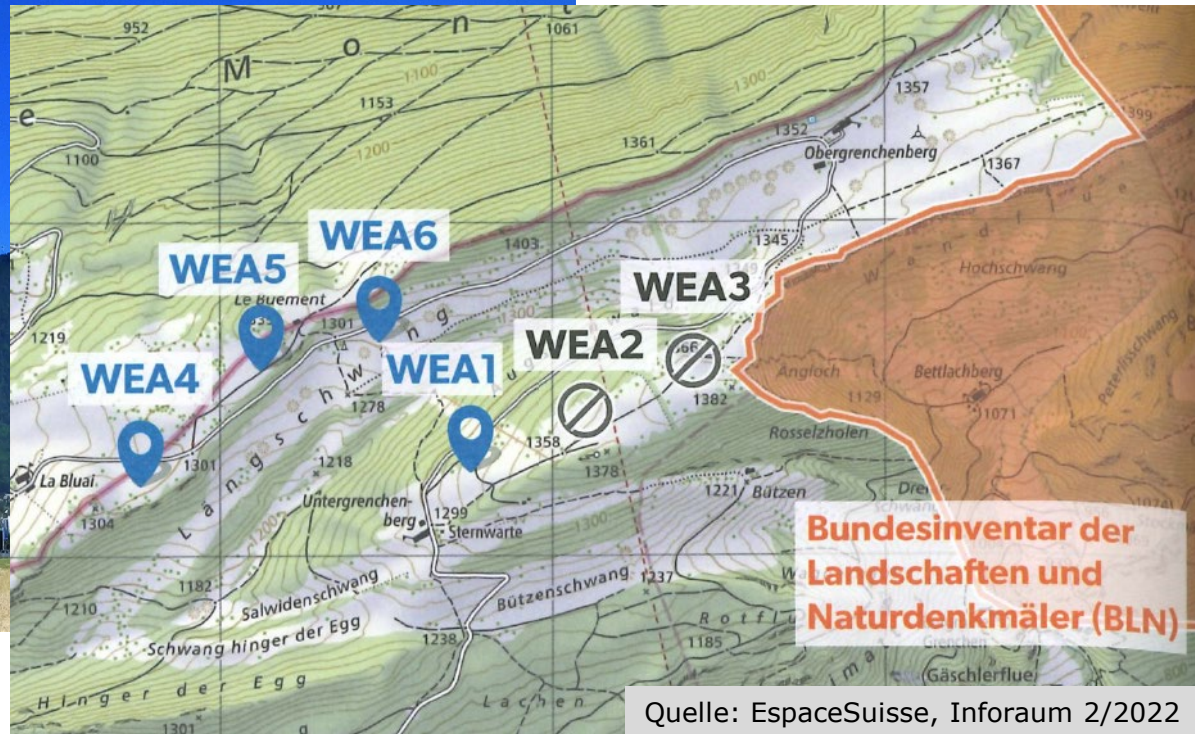
Neuenburg, 14. September 2022



INHALT

- 1. BGer 1C_573/2018 vom 24. November 2021**
= BGE 148 II 36
Windpark Grenchenberg SO
- 2. BGer 1C_275/2020 vom 6. Dezember 2021**
Bürgli-Areal, Zürich

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHENBERG



Quelle: Grenchner Tagblatt

Quelle: EspaceSuisse, Inforaum 2/2022

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHEMBERG

Sachverhalt

- Windpark mit sechs Windenergieanlagen (WEA) auf dem Grenchenberg, Kt. Solothurn der Städtischen Werke Grenchen (SWG)
- Geplante Jahresproduktion rund 30 GWh, davon ca. 60% im Winter
- Projektperimeter angrenzend an BLN Nr. 1010 «Weissenstein» und liegt in der kant. Juraschutzzone und im kantonalen Vorranggebiet Natur und Landschaft
- Reduktion der Gesamthöhe / max. Nabenhöhe im Verfahren
- Richtplaneintrag des Standorts 2009 (als Festsetzung)
- Nutzungsplanung „Projekt Windkraft Grenchen“
- Beschwerde u.a. Schweizer Vogelschutz SVS/BirdLife und Vogelschutzverband des Kantons Solothurn
- Einholung Expertisen Vogelwarte Sempach und SWILD durch BGer

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHEMBERG

Rechtliches - Richtplanpflicht (1)

- Standortfestsetzung aufgrund einer **Evaluation von Standortvarianten** anhand der Standortkriterien und einer Interessenabwägung (Art. 8 Abs. 2 RPG)
- **Stufengerechte Interessenabwägung:** Realisierbarkeit des Projekts am priorisierten Ort erscheint plausibel («Wenn überhaupt, dann hier und nicht anderswo»):
«Nach dem (...) Gesagten muss die Abklärung auf Stufe Richtplan in einer Tiefe erfolgen, die es erlaubt, einerseits Standorte auszuschneiden, die aufgrund schwerwiegender Konflikte mit Naturschutzanliegen von vornherein nicht realisierbar erscheinen, und andererseits unter den verbleibenden Standorten den oder die am besten geeigneten auszuwählen.» (E. 2.5)
- In casu: **Unvollständige Abklärung auf Richtplanstufe** (Fledermausaktivitäten), umfangreiche standortspezifische Abklärungen zur Gefährdung von Vögeln und Fledermäusen erst im UVB-Verfahren (Stufe Nutzungsplanung).

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHEMBERG

Rechtliches – Richtplanpflicht (2)

- Keine Abklärung von Alternativgebieten mehr im Nutzungsplanverfahren, aber **vorfrageweise Prüfung** der Richtplanfestsetzung durch Vorinstanzen
- Gewählter Standort gehört unter Einbezug aller Kriterien (Windenergiepotenzial, Erschliessungssituation, Ausschlusskriterien) **eindeutig zu den besten** und es sind unter dem Aspekt Vogel- und Fledermausschutz keine problemlosen, klar besser geeigneten Alternativstandorte ersichtlich.
- **Keine Aufhebung des Plans** unter diesem Aspekt.

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHEMBERG

Rechtliches – Vogel- und Fledermausschutz (1)

- **Rechtsgrundlagen:** Art. 78 Abs. 4 BV und Staatsverträge, Art. 18/20 NHG, Art. 14/20 NHV.
- Schutzwürdigkeit der Lebensräume, Rote-Liste-Arten: Liste **National Prioritäre Arten und Lebensräume**. In casu: 14 gegenüber der Windkraftnutzung sensible Arten am Grenchenberg, u.a. Fledermäuse (grosse Artenvielfalt), Heidelerche, Wanderfalke, Auerhuhn etc.
- **Standortgebundenheit** (bejaht) und **Interessenabwägung** u.a. nach Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG: Eingriffe in Schutzobjekte nur, wenn sich diese unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden lassen.
- **Risiken:** Kollision/Barotrauma, Lebensraumverlust, Verhaltensänderung wegen Störung.
- Überprüfung der **Schutz- und Ersatzmassnahmen**, unter Vorbehalt Baubewilligungsverfahren: Abgleich mit Pilotanlage «Le Peuchapatte», mit Untersuchung der Auswirkungen auf den Stromertrag/Rentabilität.

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHEMBERG

Rechtliches – Vogel- und Fledermausschutz (2)

- **Schutzmassnahmen:** Ergänzung der Auflagen. Anpassung des Konzepts der Schlagopfersuche gemäss Vogelwarte Sempach, Wirkungskontrolle, bioakustisches Monitoring, Verfeinerung des Abschaltplans, Installation eines 2. Mikrofons, Anpassungsvorbehalt.
- **Ersatzmassnahmen:** Rechtzeitige Bereitstellung in genügender Qualität als Bedingung (Heidelerche, Brutvögel) und neu Festlegung von Ersatzmassnahmen für Wanderfalken.
- **Verzicht auf gewisse WEA?** (Stromertrag/Rentabilität, nationales Interesse)
- **Gesamtinteressenabwägung:**
 - Nationales Interesse EE: Windkraft > 20 GWh (v.a. auch Winterstrom)
 - Klimawandel
 - Schutz der Biodiversität / gefährdeter Arten
 - Landschaftsschutz: insb. Nähe zu BLN Nr. 1010

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHEMBERG

Rechtliches – Interessenabwägung

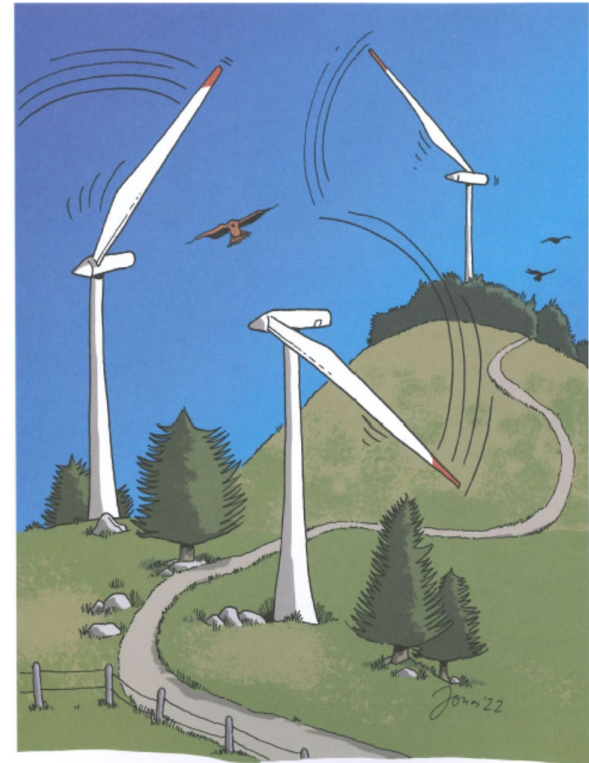
- **Gesamtinteressenabwägung** (Forts.):
 - Optimierung:

«Für die Windenergienutzung ist somit anzustreben, die Anlagen so zu erstellen und zu betreiben, dass das Risiko von Kollisionen und Lebensraumstörungen auf ein für den Biotop- und Artenschutz verträgliches Mass herabgesetzt wird und die verbleibenden Beeinträchtigungen durch Ersatzmassnahmen kompensiert werden, ohne die Nutzung der erneuerbaren Windenergie zu verunmöglichen» (E. 13.5).
 - **Konflikt** Windenergienutzung und Vogel-/Fledermausschutz: Entschärfung insb. durch Abschaltssysteme, hohes Konfliktpotenzial für Wanderfalken und Heidelerche verbleibt
 - Berücksichtigung der **präjudiziellen Bedeutung**
 - **Verzicht auf 2 der 6 WEA:** v.a. zum Schutz der Wanderfalken, Entschärfung auch z.G. Landschaftsschutz

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHENBERG

Würdigung:

- «Quadratur des Kreises»
- Betonung der Interessen an EE
- Musterbeispiel einer umfassenden Interessenabwägung und eines Interessenausgleichs *lege artis*



Ein Kompromiss zum Schutz der Vögel
Quelle: EspaceSuisse, Inforaum 2/2022

1. BGE 148 II 36 – WINDPARK GRENCHEMBERG

Weitere **Urteile zu Windenergieanlagen (WEA)**

- BGer **1C_628/2019** (Vallorbe, Vaulion, Premier VD; «sur Grati»)
- BGer **1C_564/2020** (Martigny VS; «Parc éolien de Charrat»)
- BGer **1C_575/2019, 1C_576/2019** (Lausanne VD; «EolJorat Sud»)

2. BGer 1C_275/2020 VOM 6. DEZEMBER 2021 BÜRGLI-AREAL ZÜRICH



Quelle: www.im-buergli.ch

2. BGer 1C_275/2020 VOM 6. DEZEMBER 2021

BÜRGLI-AREAL ZÜRICH

Sachverhalt

- Bauvorhaben: Wohnüberbauung einer Anlagestiftung mit 124 Wohnungen und Ladenlokale (EG) auf dem «Bürgli-Areal» in Zürich-Enge (Bederstrasse)
- Wohnzone W5, Lärm-Empfindlichkeitsstufe ES III, lärmbelastetes Gebiet
- Immissionsgrenzwerte (IGW) der LSV hauptsächlich in der Nacht um 2 bis 5 dB(A) bei 99 Wohnungen in mind. einem Raum überschritten (v.a. im Bereich zwischen dem EG und dem 4. OG)
- Streitfrage:
Wurden sämtliche verhältnismässigen Massnahmen im Sinne von Art. 31 Abs. 1 LSV ergriffen und alternative bauliche und gestalterische Massnahmen genügend geprüft, um gestützt auf Art. 31 Abs. 2 LSV eine Ausnahmegewilligung erteilen zu können?
- Beschwerde der Einsprecher vor VGer erfolgreich (Aufhebung der Baubewilligung), BGer weist Beschwerde der Bauherrschaft ab

2. BGer 1C_275/2020 VOM 6. DEZEMBER 2021 BÜRGLI-AREAL ZÜRICH

Rechtliches (1)

Art. 31 Baubewilligungen in lärmbelasteten Gebieten

¹ Sind die Immissionsgrenzwerte überschritten, so dürfen Neubauten und wesentliche Änderungen von Gebäuden mit lärmempfindlichen Räumen nur bewilligt werden, wenn diese Werte eingehalten werden können:

- a. durch die Anordnung der lärmempfindlichen Räume auf der dem Lärm abgewandten Seite des Gebäudes; oder
- b. durch bauliche oder gestalterische Massnahmen, die das Gebäude gegen Lärm abschirmen.²⁵

² Können die Immissionsgrenzwerte durch Massnahmen nach Absatz 1 nicht eingehalten werden, so darf die Baubewilligung nur erteilt werden, wenn an der Errichtung des Gebäudes ein überwiegendes Interesse besteht und die kantonale Behörde zustimmt.

³ Die Grundeigentümer tragen die Kosten für die Massnahmen.

Pro memoria: «Sind die Immissionsgrenzwerte überschritten, so werden Baubewilligungen für Neubauten, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, nur erteilt, wenn die Räume zweckmässig angeordnet und die allenfalls notwendigen zusätzliche Schallschutzmassnahmen getroffen werden» (Art. 22 Abs. 2 USG)

2. BGer 1C_275/2020 VOM 6. DEZEMBER 2021 BÜRGLI-AREAL ZÜRICH

Rechtliches (2)

- Auseinandersetzung mit dem Lärmschutz bei besonders starker Lärmbelastung muss entsprechend vertieft erfolgen. **Erhöhte Anforderungen** an den Lärmschutz/-nachweis.
- **Lärmvorbelastung** führte hier bereits zur Zuweisung in ES III: doppelte Berücksichtigung *unzulässig*.
- IGW-Überschreitung bis 5 dB(A) in der Nacht: **offengelassen**, ob in solchen Situationen eine Ausnahmewilligung **per se entfällt**.
- «Dem Lärmschutz ist in einem solchen Fall **von Beginn weg**, d.h. schon bei der Definition der Rahmenbedingungen - etwa bei der Ausschreibung und Durchführung eines Projektwettbewerbs -, eine hohe Bedeutung beizumessen.» (E. 2.4.3)
- Sache der Bauherrschaft aufzuzeigen, dass sie den Lärmschutz im Rahmen der Projektausarbeitung **adäquat berücksichtigt** hat.

2. BGer 1C_275/2020 VOM 6. DEZEMBER 2021 BÜRGLI-AREAL ZÜRICH

Rechtliches (3)

- Aussage im Bauentscheid, dass «*[i]m Rahmen der Prüfung durch die Fachstellen Lärmschutz der Stadt und des Kantons Zürich [...] alle infrage kommenden Massnahmen evaluiert und soweit sinnvoll ins Bauvorhaben eingebracht [wurden]*», ist **ungenügend**. Ebenso ein Lärmgutachten, das nur auf die gewählten Massnahmen eingeht.
- Keine «zahllosen Variantenstudien» erforderlich, aber: **Nachvollziehbare Darlegung**, weshalb welche Massnahmen geprüft, gewählt oder verworfen wurden. «Gefragt ist eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Lärmschutz, bezogen auf die konkrete Parzelle und die vorgesehene Nutzung». (E. 2.4.3)
- Plausibilisierungsstudie als **Novum** gemäss Art. 99 BGG unbeachtlich.

2. BGer 1C_275/2020 VOM 6. DEZEMBER 2021 BÜRGLI-AREAL ZÜRICH

Rechtliches (4)

- Vorinstanzliche Verweigerung der Ausnahmebewilligung gemäss Art. 31 Abs. 2 LSV trotz **unterlassener umfassender Interessenabwägung** im Ergebnis richtig.
- **Überwiegendes Interesse** war zum vornherein nie rechtsgenügend ausgewiesen.
- **Interessenabwägung** ist **rechtsbildend** und muss in ihren wesentlichen Schritten offengelegt werden (vgl. Art. 3 RPV), Aufzählung öffentlicher Interessen genügt nicht.
- Einbezug von **Massnahmen an der Lärmquelle:**
«Daran ändert der Umstand nichts, dass beispielsweise Temporeduktionen auf der Strasse wie auch der Einbau von lärmdämpfenden Strassenbelägen mangels Zuständigkeit im Baubewilligungsverfahren nicht angeordnet werden können und nicht im Einflussbereich einer Bauherrschaft liegen. Die zuständigen Hoheitsträger dürfen sich nicht durch den Einsatz von Ausnahmebewilligungen auf Kosten der künftigen Bewohnerinnen und Bewohner der geplanten Baute ihrer Verantwortung entziehen, den Lärm an der Quelle zu begrenzen (vgl. Art. 11 Abs. 1 USG)». (E. 3.2)

2. BGer 1C_275/2020 VOM 6. DEZEMBER 2021 BÜRGLI-AREAL ZÜRICH

Würdigung

- «Bauen im Lärm»: Das Spannungsverhältnis zwischen Lärmschutz (Gesundheitsschutz) und raumplanerisch erwünschter Verdichtung akzentuiert sich.
- Wichtige Klarstellung und auch eine **Verschärfung** der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Ausnahmegewilligung gem. Art. 31 Abs. 2 LSV.
- Erhöhte Anforderungen und Verantwortung für **Bauherrschaften** (und Behörden)
- Änderung USG (Art. 22, 23, 24), angestossen durch die **Motion 16.3529 Flach Beat** «Siedlungsentwicklung nach innen nicht durch unflexible Lärmmessmethoden behindern»:

Link auf Vernehmlassungsvorlage USG vom 8.9.2021

<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85026.html>

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Dr. Christoph Jäger

Rechtsanwalt | Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Partner

Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern

Telefon +41 58 200 35 28
christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch