

2. Planungs- und Baurecht

§ 71 f. PBG – Paragraph 72 PBG (in der bis zum 7. Juni 2003 geltenden Fassung) über die Bestandesgarantie gilt nicht als Ausnahme zu § 71 PBG. Bisherige Pläne und Bauvorschriften der Gemeinden bleiben somit bis zu deren Anpassung an das PBG in Kraft.

Aus den Erwägungen:

2. a) Das Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) ist am 1. Januar 2000 in Kraft getreten. Das Baugesuch ist nach Inkrafttreten des Gesetzes eingereicht worden, so dass sich insofern intertemporal-rechtliche Fragen nicht stellen. Die Übergangs- und Schlussbestimmungen (10. Abschnitt) des neuen Gesetzes regeln unter anderem die Änderung bisherigen kantonalen Rechts (§ 75 PBG) und die Aufhebung bisherigen Rechts (§ 76 PBG). Strittig ist im vorliegenden Verfahren, ob die kantonalrechtliche Bestandesgarantie der Übergangs- und Schlussbestimmungen oder die Bestandesgarantie nach bisherigem Gemeinderecht anwendbar sei. Soweit von Interesse lautet das kantonale Recht wie folgt:

§ 71 Bisherige Pläne und Bauvorschriften

¹ Die bisherigen Pläne und Bauvorschriften, namentlich die gemeindlichen Zonenpläne und Reglemente, bleiben bis zur Anpassung an dieses Gesetz in Kraft.

² ...

§ 72 Bestandesgarantie

¹ In Bauzonen dürfen rechtmässig erstellte, zonenfremd gewordene Bauten und Anlagen erhalten, angemessen erweitert, umgebaut oder in ihrem Zweck teilweise geändert werden, wenn keine nachteiligen Einwirkungen auf die Nachbarschaft zu erwarten sind.

² Soweit die Bauten und Anlagen der Zone entsprechen, nicht aber den Bauvorschriften, dürfen sie unterhalten und angemessen erneuert werden.

³ Ausserhalb der Bauzonen gelten für die Bestandesgarantie das Bundesgesetz über die Raumplanung und § 10 Abs. 2 des vorliegenden Gesetzes.

Die Bauordnung der Einwohnergemeinde Cham vom 30. Juni 1997, genehmigt vom Regierungsrat am 2. September 1997 enthält, soweit hier von Interesse, folgende Besitzstandsgarantie:

Art. 2 Besitzstandsgarantie

¹ Der Weiterbestand rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen, welche dieser Bauordnung widersprechen, sowie der Um- und Ausbau innerhalb der bestehenden Kuben ist gewährleistet.

² Bei wesentlichen Änderungen, namentlich Abbruch und Wiederaufbau tragender Gebäudeteile, Erweiterungen und Aufstockungen sowie Umnut-

zungen ist diese Bauordnung einzuhalten. Der Gemeinderat kann Ausnahmen bewilligen, sofern kein überwiegend öffentliches Interesse entgegen steht und die Nachbarrechte gewahrt bleiben oder es sich um Bagatellfälle handelt.

3 ...

Gemäss § 71 Abs. 1 PBG bleiben die gemeindlichen Zonenpläne und Reglemente bis zur Anpassung an das kantonale Gesetz in Kraft. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 9. September 1997 an den Kantonsrat (Vorlage Nr. 478.1 Laufnr. 9311, Seite 62) wird ausgeführt, altes Recht, namentlich gemeindliche Pläne und Vorschriften, blieben einstweilen in Kraft, die sofortige Anpassung an das neue Gesetz werde nicht verlangt. Die zuständigen Behörden sollten jedoch die nächste Gelegenheit für die Anpassung ergreifen. Der Gesetzgeber erwartet somit die Anpassung, hat aber auf eine Frist verzichtet. Die gemeindliche Besitzstandsgarantie ist in einem gemeindlichen Reglement enthalten, und zwar in den allgemeinen Bestimmungen der Bauordnung.

Unter den Parteien ist strittig, ob die Bestandesgarantie nur für das kantonale Recht gelte, oder ob sie mit dem Inkrafttreten des Gesetzes als höherrangiges Recht den gemeindlichen Bestandesgarantien vorgehe, ob sie im Sinne von § 71 PBG anzuwenden sei, oder ob es sich überhaupt um ein gesetzgeberisches Versehen handle. Der Beschwerdeführer lässt vorbringen, er habe mit der gemeindlichen Bauverwaltung lange Verhandlungen geführt auf der Basis der Anwendbarkeit der gemeindlichen Bestandesgarantie, während seit dem Verwaltungsbeschwerdeverfahren die Meinung vertreten werde, es gelte § 72 PBG. Die Vorinstanz hat schliesslich unter diesem Aspekt das Bauvorhaben abgelehnt, nicht ohne ihren Entscheid auch gestützt auf das gemeindliche Recht zu begründen.

b) Die Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG war weder in der Vernehmlassungsvorlage vom 9. Juli 1996 noch im Bericht und Antrag des Regierungsrates zur Totalrevision des Baugesetzes vom 9. September 1997 enthalten. Die vorberatende Kommission des Kantonsrates hat in ihrem Bericht und Antrag vom 11. Mai 1998 (Vorlage Nr. 478.3 / Laufnummer 9527, S. 21) die neue Vorschrift «auf Vorschlag der Baudirektion» eingefügt. Nach der Begründung des Kommissionsantrages soll sie die unterschiedlich formulierten Vorschriften in den gemeindlichen Bauordnungen, aber auch die für das Gebiet ausserhalb der Bauzonen in § 10 Abs. 2 PGB materiell festgelegten Regeln zusammenfassen und einheitlich darstellen. Die Bestimmung soll die Balance halten zwischen dem Schutz des Altrechtlichen im Sinn der Eigentumsgarantie und der Durchsetzung neuen Rechtes. Die Eigentümer von altrechtlichen Bauten und die Bauwilligen nach neuem Recht sollten nach ihren Verhältnissen gleich und nicht gegenüber den andern bevorzugt behandelt werden.

Der Sinn jeder Bestandesgarantie ist insofern unbestritten, als der Gesetzgeber den Umstand zu berücksichtigen hat, dass Bauten in der Regel

länger dauern als die jeweilige Baugesetzgebung. Die Besitzstandsgarantie für rechtmässig erstellte Bauten, welche späterem Recht nicht mehr entsprechen, ist Ausfluss der Eigentumsgarantie und des Vertrauensprinzips, insbesondere des Rückwirkungsverbot. Der Gesetzgeber kann die Bestandesgarantie über die Minimalanforderungen gemäss Art. 26 und Art. 9 der Bundesverfassung hinaus gewähren, ist es doch auch der Gesetzgeber, welcher durch Gesetzesänderung bewirkt, dass rechtmässig erstellte Bauten neuem Recht nicht mehr voll entsprechen. Beim Vergleich der Besitzstandsregelungen der zugerischen Bauordnungen zeigt sich in einzelnen Beispielen der enge Zusammenhang zwischen Bestandesgarantie und der Änderung von Baumassen, beispielsweise im Fall der Vergrösserung der Grenzabstände oder der Änderung der Ausnützungsberechnung bei Dachgeschossen. Die unterschiedlich formulierten gemeindlichen Vorschriften über die rechtliche Behandlung altrechtlicher Bauten stehen somit im Zusammenhang mit Baurechtsänderungen, welche Bauten zu altrechtlichen gemacht haben, wobei versucht wird, damit verbundene Nachteile auszugleichen.

Soll die kantonale Bestandesgarantie auch für die gemeindlichen Bauordnungen gelten, so erfordert dies Anpassungen der Bauvorschriften, zumindest aber die Überprüfung, ob Anpassungen erforderlich sind. Auch die Bestandesgarantie des Kantons ist nicht ohne Bezug zu den zu regelnden Tatbeständen. So sind bei Bauten ausserhalb der Bauzonen bei einem grundsätzlichen Bauverbot Erweiterungen von 30% zulässig (§ 72 Abs. 3 i.V.m. § 10 PBG, Art. 24 ff. RPG). Zonenfremd gewordene Bauten im Baugebiet dürfen angemessen erweitert und in ihrem Zweck teilweise geändert werden. Im Rahmen von § 72 PBG zonenkonforme Bauten innerhalb der Bauzone, die den Bauvorschriften widersprechen, dürfen nur unterhalten und angemessen erneuert werden. Der Gesetzgeber berücksichtigt somit über den verfassungsmässigen Minimalanspruch hinaus die Baufreiheit. Je kleiner sie ist, umso grosszügiger ist die Bestandesgarantie für rechtmässig erstellte Bauten.

Das Gericht kann der Auffassung nicht folgen, die Bestandesgarantie von § 72 gelte nur für das kantonale Recht. Die vorberatende Kommission strebte eine Vereinheitlichung der Bestandesgarantie an. Der Bezug auf die Zonen- und Bauvorschriften innerhalb der Bauzonen im Wortlaut der Bestandesgarantie spricht ebenfalls für diese Auffassung. Der Gesetzgeber hat sodann klar darauf geachtet, was als allgemein verbindliches kantonales Recht erlassen werden soll, was als kantonale Pläne und Bauvorschriften zu gelten hat und welche Aufgaben durch die Gemeinden wahrzunehmen sind. So sind im zweiten Abschnitt des Gesetzes die kantonalen Pläne und Bauvorschriften geregelt, wobei in § 14 die Ausnahmegewilligung, beschränkt auf kantonale Pläne und Bauvorschriften, geregelt ist. Eine auf das kantonale Recht beschränkte Besitzstandsgarantie hätte systematisch in diesen Abschnitt gehört.

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung, wonach die kantonale Bestandesgarantie mit Inkrafttreten des Gesetzes die anderslautenden

gemeindlichen Besitzstandsgarantien oder Bestimmungen über den Geltungsbereich der Bauordnungen ersetzt. Die unterschiedlichen Fragen, welche die einzelnen Gemeinden im Zusammenhang mit der Besitzstandsgarantie regeln, bedürfen der Anpassung ans kantonale Recht wie dies in § 71 Abs. 1 PBG vorgesehen ist. Eine nähere Überprüfung der Auswirkungen der neuen kantonalen Vorschrift im Zusammenhang mit den gemeindlichen Bauvorschriften hat der kantonale Gesetzgeber nicht vorgenommen. Dazu hatte er auch keinen Anlass, wenn er damit rechnete, dass die gemeindlichen Reglemente bis zur Anpassung an das Gesetz in Kraft bleiben. Die sich damit stellenden Fragen können im einzelnen offen bleiben. In diesem Verfahren ist aber festzustellen, dass § 72 PBG über die Besitzstandsgarantie nicht eine Ausnahme zu § 71 über die Weitergeltung des gemeindlichen Baurechtes bis zur Anpassung darstellt, sondern diesem Vorgehen unterworfen ist. Vorbehalten bleiben in jedem Fall die auch für das kantonale Recht massgeblichen verfassungsmässigen Schranken.

Verwaltungsgericht, 25. Februar 2003

Art. 22 und 24 RPG, § 45 PBG, § 21 BO – Für das Aufstellen eines Kreuzes, das 7.38 Meter hoch und 2.46 Meter breit ist, bedarf es einer Baubewilligung der zuständigen Behörden (Erw. 2 und 3), ebenso für dessen Beleuchtung (Erw. 4–5).

Aus den Erwägungen:

2. Das Kreuz hat eine Höhe (Längsbalken) von 7.38 m und eine Breite (Querbalken) von 2.46 m. Längs- und Querbalken sind 0.08 m dick. Beidseits der Längs- und Querbalken ist die Beleuchtung in Form von kleinen Leuchtkörpern angebracht, welche durch ein Stromkabel verbunden sind. Bei Dunkelheit erscheint somit ein Kreuz, dessen Silhouette durch eine schmale beleuchtete Einfassung erkennbar ist. Der Hof des Beschwerdeführers liegt in der Landwirtschaftszone der Gemeinde Menzingen und im BLN-Gebiet Nr. 1307, «Glaziallandschaft zwischen Lorzentobel und Sihl mit Höhrnenkette». Der Weiler Lüthärtigen umfasst etwa fünf Wohnhäuser. Der Hof Unterlüthärtigen des Beschwerdeführers liegt etwas tiefer im Abstand zwischen 100 und 200 m von den übrigen Wohnhäusern. Lüthärtigen liegt in einer eigenen Geländekammer, welche von der Kantonsstrasse nahe Edlibach erreicht wird. Das Kreuz ist weder von Menzingen, Neuheim noch von Edlibach her einsehbar, auch nicht von der Kantonsstrasse her. Das Kreuz ist dem Wohnhaus des Hofes Unterlüthärtigen unmittelbar zugeordnet. Es steht vom Weiler aus betrachtet im Profil der Häusergruppe und erreicht in der Höhe die Dachtraufe bzw. das zweite Obergeschoss. In der Umgebung befinden sich auch mehrere Holzmasten einer Stromleitung, welche das Gesamtbild mitprägen.