

KGVS A1 07 199

KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) vom 17. April 2008 i.S. Zermatt Bergbahnen AG und Saas-Fee Bergbahnen AG c. KBK und Staatsrat

Baubewilligung für Gletscherabdeckungen

- Verhältnis zwischen bundes- und kantonrechtlichen Anforderungen hinsichtlich Baubewilligungspflicht. Kantonrechtliche Bestimmungen sind nur dann relevant, wenn nicht bereits das Bundesrecht eine Baubewilligungspflicht verlangt (Art. 22 Abs. 1, 24 ff.; Art. 19 Abs. 2 BauV).
- Gletscherabdeckungen ab einer bestimmten Grösse sind sowohl nach Bundesrecht wie auch nach kantonalem Recht baubewilligungspflichtig.

Autorisation de bâtir pour dispositifs de couverture d'un glacier

- Assujettissement à autorisation de bâtir: relations entre les règles prévues à cet égard par le droit fédéral et le droit cantonal. Ces dernières ne sont déterminées que si le droit fédéral ne prévoit pas lui-même l'obligation de requérir une autorisation (art. 22 al. 1, 24 ss LAT.; art. 19 Abs. 2 OC).
- Dès qu'elles ont une certaine importance, des dispositifs de couverture d'un glacier nécessitent une autorisation de bâtir tant selon le droit fédéral que selon le droit cantonal.

Gekürzter Sachverhalt

Die Zermatt Bergbahnen AG hat in den letzten Jahren auf dem Theodulgletscher bei sechs Mastenfundamenten der Bahnanlage Furggsattel-Express sowie beim südlichen Ausgang der Bergstation Klein Matterhorn Gletscherabdeckungen mit Folien vorgenommen. Nach ihren Angaben hat sie im Jahre 2006 bei den sechs Mastenfundamenten je eine Fläche von 1'500 m² (30 x 50 m) und bei der Bergstation eine solche von 1'000 m² (20 x 50 m) abgedeckt. Die Folien wurden bei der Bergstation am 11. Mai und bei den Masten am 21. Juni 2006 ausgelegt und bei der Bergstation am 11. September und bei den Masten am 6. und 12./13. September 2006 wieder weggenommen. Die Abdeckungen bei den Masten sollten die Stabilität der Fundamente auf dem Gletscher verbessern und jene bei der Bergstation den Übergang auf die Gletscherpiste sicher stellen.

Die Saas-Fee Bergbahnen AG hat nach eigenen Angaben im Jahre 2006 bei zwei Pistenübergängen vom festen Grund auf den Gletscher (Längfluh) Ende Juni Folien ausgelegt und diese Ende September bzw. anfangs Oktober wieder entfernt. Da der Gletscher an besagten Übergängen jedes Jahr um zwei bis drei Meter geschmolzen war, sollte mit diesen Gletscherabdeckungen die Passierbarkeit vom festen Grund auf die Gletscher erhalten bzw. verbessert werden. Nach ihren Angaben deckte sie dabei auf der Längfluh an zwei Stellen Flächen von ca. 6'000 m² und 2'500 m² ab. Zudem wurden auf dem

Mittelallalin ca. 1'000 m² abgedeckt, um so das Abschmelzen der Überdeckung der dort betriebenen Eisgrotte zu verhindern bzw. zu verlangsamen.

Da die Abdeckungen ohne Baubewilligungen vorgenommen worden waren, verlangte die kantonale Baukommission (KBK) am 11. Januar 2007 die Einreichung entsprechender Baugesuche. Die beiden Unternehmungen waren damit nicht einverstanden und fochten diese Verfügung beim Staatsrat an, der die Baubewilligungspflicht am 24. Oktober 2007 bestätigte. Dasselbe tat die öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin am 17. April 2008.

Erwägungen

(...)

Gemäss Art. 22 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; [RPG]; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Diese Bestimmung des Bundesrechts umschreibt den Begriff "Bauten und Anlagen", die im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG einer ordentlichen oder nach Art. 24 ff. RPG einer ausserordentlichen Baubewilligung bedürfen, nicht näher (Urteil [des Bundesgerichts] 1A.276/2006 vom 25. April 2007 E. 5.1).

3. 1. Nach der Rechtsprechung gelten als "Bauten und Anlagen" jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen. Dies kann dadurch geschehen, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (BGE 123 II 256 E. 3; 120 Ib 379 E. 3c; 113 Ib 314 E. 2b). Dazu gehören gemäss bundesgerichtlicher Praxis auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 123 II 256 E. 3 mit Hinweisen). Gewisse Vorhaben können sodann wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein (Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., S. 288). Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Folgen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (BGE 119 Ib 222 E. 3a). Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilli-

gungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im Allgemeinen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 114 Ib 312 E. 2b). Das Bundesgericht hat in seiner Entscheidung zur Weihnachtsbeleuchtung (Urteil 1A.202/2006 vom 10. September 2007 E. 4) allerdings auch die Möglichkeit offen gelassen, in Grenzfällen statt einer präventiven behördlichen Kontrolle eine nachträgliche zuzulassen, bei der die Baubewilligungsbehörde anhand der konkreten, bereits installierten Dekoration prüft, ob die massgeblichen bau- und umweltschutzrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Als Begründung führte es den unverhältnismässigen administrativen Aufwand sowohl für den Betreiber der Beleuchtung als auch für die Baubehörden an, wenn jedes Jahr aufs Neue ein ordentliches Baubewilligungsverfahren für die Weihnachtsbeleuchtung durchgeführt werden müsste (E. 5).

3. 2. Art. 22 Abs. 1 RPG ist unmittelbar anwendbar und garantiert einen bundesrechtlichen Minimalstandard, den die Kantone nicht unterschreiten dürfen (Urteil [des Bundesgerichts] 1C_433/2007 vom 11. März 2008 E. 4). Den Kantonen bleibt es vorbehalten, über den bundesrechtlichen Mindeststandard hinauszugehen und weitere Vorgänge der Bewilligungspflicht zu unterstellen. Sie können ferner für bestimmte Bauvorhaben ein vereinfachtes Verfahren vorsehen (sog. kleine Baubewilligung) sowie Kleinstbauten nur einer Anzeigepflicht unterstellen oder überhaupt von der Bewilligungspflicht ausnehmen, sofern sie keine nennenswerten Einflüsse auf Raum, Erschliessung und Umwelt bewirken (EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, N. 7 zu Art. 22 RPG; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl. Zürich 1999, Band I, Rz. 512-522 S. 144 ff.). Hingegen können die Kantone nicht von der Bewilligungspflicht ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf. Der Ausschluss der Bewilligungspflicht ist in Art. 22 RPG und damit bundesrechtlich geordnet (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 22 Rz. 9 ff.; Alexander Ruch, Kommentar RPG, Art. 22 Rz. 4; Urteil [des Bundesgerichts] 1C_414/2007 vom 22. Februar 2008 E. 2.2).

Das kantonale Recht ist somit für die Beantwortung der Frage, ob die Gletscherabdeckungen einer Baubewilligung bedürfen, insoweit irrelevant, als bereits das Bundesrecht eine solche verlangt. Erst wenn feststeht, dass das Vorhaben nicht unter die bundesrechtliche Baubewilligungspflicht fällt, stellt sich allenfalls die subsidiäre Frage, ob nicht das kantonale, in diesem Fall strengere Recht, eine solche vorsieht.

4. Bei den fraglichen Abdeckungen ist, wie im Sachverhalt dargestellt, zwischen den beiden Gemeinden zu unterscheiden auch wenn sie im gleichen Verfahren behandelt werden. Bei den Abdeckungen in Zermatt wird auf dem obern Theodulgletscher einmal bei der Sesselbahn zum Furggsattel bei sechs Masten jeweils das Fundament, das heisst eine Fläche von 30 x 50 m, bei jedem Masten somit eine Fläche von 1'500 m² oder insgesamt 9'000 m² abgedeckt. Zusätzlich wird beim Ausstieg zur Bergstation Klein Matterhorn ein Areal von 1'000 m² zugedeckt. Die Abdeckungen erfolgen mit einer farblosen Kunststoffolie.

In Saas-Fee werden auf der Längfluh beim Übergang vom Gletscher zum festen, nicht vereisten Untergrund an zwei Stellen Gletscher abgedeckt (ca. 6'000 m² und 2'500 m²). Auf dem Mittelallalin (ca. 1'000 m²) geschieht dasselbe zum Schutz der Überdeckung der Eisgrotte. Die Abdeckungen dienen der Aufrechterhaltung des Sommerskibetriebs und der Vorbereitung der Pistenübergänge auf die Gletscher sowie dem sicheren Betrieb der Eisgrotte.

Nach Angaben der Beschwerdeführerinnen werden für die Abdeckungen weisse Geotextilfolien verwendet, die jeweils während ca. 4 Monaten aufliegen. Die Abdeckungen sind auf den in den Akten dokumentierten Fällen aufgrund der weissen Farbe der Folien kaum auffällig. Demgegenüber sind die Folgen der Abdeckung, das verringerte Abschmelzen der Gletscher deutlich wahrnehmbar. Werden über einige Jahre hinweg am gleichen Ort Abdeckungen vorgenommen, kann dies eine deutliche Veränderung der Örtlichkeit oder des Landschaftsbilds zur Folge haben.

Die tatsächlichen Eigenschaften der in beiden Gemeinden vorgenommenen Abdeckungen und die damit verbundenen rechtlichen Fragen sind insbesondere auf Grund der räumlichen Ausdehnung, der zeitlichen Dauer und der Lokalisierung der Abdeckungen weitgehend identisch, so dass sie gemeinsam behandelt werden können.

4. 1. Aufgrund der gemachten Feststellungen müssen die Abdeckfolien einmal als künstlich angelegt angesehen werden. Sie sind hingegen nicht dauernd, sondern jedes Jahr nur während den Sommermonaten ausgelegt. Sie liegen aber immerhin während ca. 4 Monaten oder einem Drittel des Jahres auf dem Gletscher, was eine nicht unerhebliche Zeitdauer ist und bedecken alle mindestens eine Fläche von 1'000 m². Die Folien werden zwar mit dem Boden verbunden, denn der Wind darf sie nicht wegblasen, doch nicht derart, dass sie nicht jederzeit wieder ohne grossen Aufwand vom Boden gelöst und entfernt werden können. Die "konstruktiven" Charakteristiken der Anlage sprechen

somit eher für eine Zuordnung zu den Fahrnisbauten mit eingeschränkter, jedoch jährlich wiederkehrender und in etwa gleich langer Dauer. Dieser Aspekt gibt keine eindeutige Antwort in Bezug auf die Baubewilligungspflicht.

4. 2. Die ausgelegten Geotextilfolien sind, wie dargelegt, äusserlich kaum wahrnehmbar. Die auf dem Gletscher entstehenden Erhebungen jedoch schon. Die Fotos in den Akten aus dem Gebiet des Obern Theodulgletschers belegen dieses Phänomen. Prof. A. Bauder von der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich, Versuchsanstalt für Wasserbau, Hydrologie und Glaziologie (VAW) hat im Sommer 2005 Versuche mit Abdeckungen auf dem Gurschenfirn (Gemsstock) in Andermatt vorgenommen. Seine (provisorischen) Ergebnisse bestätigen die Wirksamkeit der Abdeckungen. Gemäss seinen Feststellungen schmolz im Sommer 2005 im unbedeckten Teil nicht nur der gesamte Winterschnee (ca. 1.60 m), sondern auch zusätzlich Eis aus früheren Jahren. Unter der Abdeckung konnte sogar ein Teil des Winterschnees erhalten werden. Gesamthaft resultierte so ein beträchtlicher Eismassengewinn (Quelle: Jahresbericht 2006 der VAW: www.vaw.ethz.ch/about/annual_reports). Diese Forschungsergebnisse, aber auch die bei den Akten liegenden Fotos belegen, dass sich das Gelände in den fraglichen Bereichen, insbesondere bei mehrjährigen Abdeckungen am gleichen Ort, künstlich verändern wird, indem eine Gletschererhebung von mehreren Metern denkbar ist.

4. 3. Auch wenn somit die angebrachten Geotextilfolien direkt und unmittelbar kaum eine erhebliche Auswirkung auf das Gelände haben, kann nicht übersehen werden, dass dieser (künstliche) Eingriff, bereits nach einem Jahr und erst recht bei mehrjährigen Abdeckungen, durchaus erhebliche und klar wahrnehmbare Auswirkungen auf das Erscheinungsbild des Gletschers hat. Wie bei jeder Bewilligung nicht die bauliche Tätigkeit, sondern das durch diese in der Landschaft bewirkte Resultat, die Baute bewilligungspflichtig ist, gilt auch hier in analoger Anwendung, dass die durch die Tätigkeit bewirkte Änderung in der Landschaft rechtsrelevant sein muss. Typisch ist dies bei der Beurteilung von Terrainaufschüttungen oder –abtragungen der Fall. Ob solche baurechtlich bedeutsam und baubewilligungspflichtig sind, hängt von deren Ausmassen, somit vom Resultat der Tätigkeit ab. Unter diesem Gesichtspunkt kann den Vorinstanzen nicht eine falsche Rechtsanwendung vorgeworfen werden, wenn sie durch Abdeckungen künstlich verursachte Geländeerhebungen von mehre-

ren Metern Höhe und Flächen von über 1'000 m² als bewilligungspflichtig erachtet haben. Dabei kann nicht auf das Resultat eines Jahres abgestellt werden, sondern es ist eine länger dauernde Phase der Abdeckung zu berücksichtigen, weil die Veränderungen über mehrere Jahre akkumuliert werden.

4. 4. Lehre und Rechtsprechung stellen, wie in E. 3.1 dargelegt, aber nicht nur auf diese konstruktiven, eher statischen Elemente ab. Bauten oder Anlagen können, auch wenn sie rein von ihrer Konstruktion her nicht a priori als bewilligungspflichtig erscheinen, es wegen ihres Betriebs und ihren Auswirkungen auf die Umwelt werden. Die Baubewilligungspflicht soll es der Behörde ermöglichen, eine Baute oder Anlage vor ihrer Realisierung präventiv auf ihre Übereinstimmung nicht nur mit den raum- und planungsrechtlichen Vorschriften, sondern in einer koordinierten Anwendung mit der gesamten einschlägigen Gesetzgebung zu prüfen. Neben der Anwendung rein bau- und planungsrechtlicher Bestimmungen auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene müssen vorliegend auch Fragen des Gewässerschutzes und der Sicherheit der Skifahrer und Berggänger berücksichtigt werden.

Die Gletscher sind im öffentlichen Eigentum (Art. 664 ZGB) der betreffenden Munizipal gemeinden (Art. 163 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 24. März 1998 [EGZGB, SGS/VS 211.1) und frei zugänglich. Es liegt im öffentlichen Interesse, dass die Behörde Vorkehren, wie die hier umstrittenen, einer vorgängigen Prüfung unterziehen kann. Dabei gilt es einmal das Gebiet, welches abgedeckt werden soll und allenfalls darf, klar abzugrenzen. Es geht weiter auch darum, sicher zu stellen, dass die dabei benutzten Abdeckmaterialien aus umweltschutz- und gewässerschutzrechtlicher Sicht einwandfrei sind. Die ausgebreiteten Kunststoffvliese müssen auf ihre Substanzen untersucht und ihre Herstellungsmaterialien festgelegt werden, damit verhindert wird, dass allenfalls das Schmelzwasser verunreinigt wird. Diese Abdeckungsfolien können verschiedene Farben haben und allenfalls sogar Reklamen enthalten. Einer diesbezüglichen Missbrauchsgefahr ist mit Auflagen in der Baubewilligung zu begegnen, indem die Beschaffenheit und Gestaltung der Vliese verfügt wird. Es muss die zeitliche Dauer der Gültigkeit der Bewilligung pro Jahr oder allenfalls auch auf mehrere Jahre bestimmt werden. Zudem muss garantiert werden, dass die Folien rechtzeitig vor Wintereinbruch auch wieder entfernt werden und nicht im Gletschereis eingefrieren. Es gilt zudem das Betreten und Befahren dieser Vliese zu regeln. Gletscher sind grundsätzlich für jedermann zugänglich. Abgedeckte Gletscher

oder insbesondere auch Übergänge zum nicht vergletscherten Land bergen oftmals Gefahren (Spalten), die bei einer Überdeckung nicht mehr augenscheinlich sind. Es müssen Auflagen verfügt werden, damit diesen Gefahren begegnet wird.

4. 5. Aufgrund der bisher gemachten Überlegungen sind die erwähnten Gletscherabdeckungen aufgrund ihrer Ausmasse und ihrer Auswirkungen auf die Landschaft bundesrechtlich baubewilligungspflichtig. Aber auch nach kantonalem Recht, das wie dargelegt (weiter oben E. 3.2), weiter gehen kann, fallen sie unter die Baubewilligungspflicht. Art. 19 Abs. 2 BauV unterwirft ausserhalb der Bauzone Terrainveränderungen (Auffüllungen und Abgrabungen), die eine Fläche von 500 m² und/oder eine Höhe/Tiefe von 1.50 m übersteigen (lit. c) sowie alle übrigen bedeutenden Arbeiten, welche dazu angetan sind, die Oberflächengestaltung, die Bodennutzung oder das Landschaftsbild merklich zu verändern (lit. e) der Baubewilligungspflicht. Eine künstlich geschaffene Erhöhung von mehr als 1.50 m stellt sich unter Umständen bereits nach einem Jahr, aber sicherlich innerhalb von zwei bis drei Jahren ein. So gesehen sind die künstlichen Gletschererhöhungen auch nach kantonalem Recht in jedem Fall baubewilligungspflichtig.

4. 6. Auch Michael Bütler kommt in seiner erwähnten Dissertation zur Schlussfolgerung, Gletscherabdeckungen bedürften einer Baubewilligung. Nach ihm sind Gletscherabdeckungen bewilligungspflichtige Bauten und Anlagen (S. 304, 309). Die bereits erwähnten Abdeckungen des Gurschenfirns auf dem Gemsstock wurden von den kantonalen und kommunalen Behörden ebenfalls als bewilligungspflichtig angesehen und durch die Gemeinde Andermatt mit Zustimmung der Urner Justizdirektion bewilligt. Das Amt für Raumentwicklung des Kantons Graubünden hat im Nachgang zu einem im September 2006 in Laax zum Thema der Gletscherabdeckungen durchgeführten Workshop mit u.a. Vertretern der Wissenschaft (ETH Zürich), des Rechts (Schweizerischer Verband für Landesplanung), der Bergbahnen Schweiz, der Umweltschutzorganisationen sowie Repräsentanten des Kantons und der Gemeinden eine Beurteilungshilfe für Gesuchsteller, Bergbahnen und Bewilligungsbehörden vom Oktober/November 2006, rev. im Januar 2007, herausgegeben. Danach sollen Gletscherabdeckungen bis zu einer Fläche von 10'000 m² in einem Meldeverfahren (vereinfachtes Verfahren) und solche mit einer grösseren Fläche im normalen Baubewilligungsverfahren beurteilt werden.

4. 7. Es kann somit zusammengefasst werden, dass die Vorinstanzen die Gletscherabdeckungen im hier umstrittenen Umfang wegen ihrer konstruktiv-funktionellen Charakteristiken zu Recht als baubewilligungspflichtig angesehen haben. Auch das öffentliche Interesse an den Gletschern verlangt eine solche präventive Prüfung durch die Behörde im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens.

5. Die Beschwerdeführerinnen bringen dagegen vor, die Anlagen seien nicht auf Dauer angelegt, stünden nicht in fester Beziehung zum Boden, veränderten den Raum nicht, sondern wollten ihn erhalten, belasteten die Erschliessung nicht, beeinträchtigten die Umwelt nicht, sondern schonten sie und beeinflussten die Nutzungsordnung nicht. Diese Einwände wurden in den bisherigen Ausführungen behandelt.

Sie führen zudem an, die Baubewilligungspflicht für die umstrittenen Gletscherabdeckungen sei "in krasser Weise tourismusfeindlich". Warum die Beachtung der Gesetze wirtschaftsfeindlich sein soll, leuchtet nicht ein. Wirtschafts- und Tourismusförderung kann nicht durch eine Umgehung der Gesetze geschehen. In jedem Fall würde der Skitourismus erst dann tangiert, wenn die Baubewilligung nicht erteilt würde. Dies steht bei der heute zur Beantwortung stehenden Frage der Bewilligungspflicht nicht zur Diskussion. Es ist auch nicht ersichtlich, warum ein solches Bewilligungsverfahren Geld in einem Masse binden sollte, das dem Tourismus wirklich schädlich sein könnte. Behauptungen, andere touristische Orte verlangten für Gletscherabdeckungen keine Baubewilligung und die Praxis der KBK stelle deshalb eine rechtsungleiche Behandlung dar, sind einmal aufgrund der weiter oben (Andermatt/Graubünden) gemachten Ausführungen nicht ganz zutreffend und können zudem nur als appellatorische Kritik angesehen werden, auf die nicht einzutreten ist. Die Abdeckungen von Rebflächen und die Treibhaustunnels beschlagen von der Art her einen andern Sachverhalt. Insbesondere ist bei deren Entfernung, nach einer relativen kurzen Zeit des Bestehens, keine andauernde, äussere Veränderung der Landschaft mehr erkennbar. Sie können nicht als Begründung für eine gleiche Behandlung angeführt werden. Schliesslich wird nicht schon durch die Bejahung der Bewilligungspflicht ausgeschlossen, dass nicht auch eine Bewilligung, eventuell für mehrere Jahre erteilt werden kann. Im Gegensatz zum Fall der vom Bundesgericht beurteilten und weiter oben erwähnten Weihnachtsbeleuchtung, kann es durchaus sinnvoll und auch praktikabel sein, eine Baubewilligung über mehrere Jahre zu erteilen, obwohl in den einzelnen Jahren kleinere, nicht bewilligungspflichtige Abweichungen wohl unumgänglich sein werden.