



## Juristische Mitteilungen 2004 / III

### Inhalt

#### Veranstaltungen:

21. Übermässiger Strassen- und Alltagslärm: Was tun? ..... 2  
22. Chancen und Grenzen des Verhandeln im Umweltrecht..... 3

#### Baurecht:

23. Androhung und Verfügung von Ersatzvornahmen ..... 4

#### Umweltschutzrecht:

24. Wiederherstellungspflicht bei widerrechtlichen Abfallablagerungen ..... 10

#### Öffentliches Beschaffungswesen:

25. Angebote nicht eingeladener Unternehmen..... 14  
26. Verstoss gegen gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen..... 16

#### Verwaltungsverfahrenrecht:

27. Das Augenscheinprotokoll ..... 18  
28. Die Begründung von Verfügungen..... 21  
29. Rekursberechtigung bei Ästhetikvorschriften ..... 24  
30. Rechtzeitigkeit von Fristerstreckungsgesuchen ..... 27  
31. Fristenwahrung beim elektronischen Zahlungsauftrag ..... 30

### Impressum

Herausgeber: Baudepartement des Kantons St.Gallen  
Verantwortung: Rechtsabteilung  
Kontaktperson: Kathrin Wacker  
Direktwahl: 071 229 39 09  
Fax: 071 229 39 70  
E-Mail: [kathrin.wacker@sg.ch](mailto:kathrin.wacker@sg.ch)  
Internet: [www.jumi.sg.ch](http://www.jumi.sg.ch)

**21****Veranstaltungen:****Übermässiger Strassen- und Alltagslärm: Was tun?**

Die Schweizerische Vereinigung für Landesplanung VLP-ASPAN organisiert am 27. Oktober 2004 eine Tagung zum Thema: Übermässiger Strassen- und Alltagslärm: Was tun?

Bei der Sanierung übermässig lärmiger Strassen bestehen grosse Vollzugsdefizite. Mögliche Folgen sind gesundheitliche Beeinträchtigungen bei den Betroffenen und volkswirtschaftliche Schäden. Für eine langfristige Lösung dieses Lärmproblems sind insbesondere planerische Gesamtlösungen vonnöten.

Lärmprobleme ergeben sich aber auch bei öffentlichen Lokalen und Veranstaltungen. Wie kann in diesem Bereich ein einheitlicher Vollzug gewährleistet werden? Welche Messtechnik ist anzuwenden und wie ist der Lärm im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen?

An der Tagung referieren Fachleute über die verschiedenen Aspekte des Lärmschutzes. Anschliessend besteht die Möglichkeit eines Erfahrungsaustausches. Dabei sollen auch neue Ideen und Perspektiven zur Sprache kommen. So ist insbesondere der Frage nachzugehen, welches die Erfolg versprechenden Ansätze für eine Trendwende beim Lärmschutz sein könnten.

Die Tagung richtet sich an Mitglieder von Gemeindebehörden, von kommunalen Bauverwaltungen, Planungsämtern und Regionalplanungsstellen, an Mitarbeitende kantonaler Planungsfachstellen, an Planungsfachleute sowie an Wirtschafts- und Umweltorganisationen.

Durchgeführt wird die Tagung in Solothurn. Die Kurskosten betragen für VLP-ASPAN-Mitglieder Fr. 200.--, für Nichtmitglieder Fr. 275.-- und für Studierende Fr. 100.--.

Interessierte können das detaillierte Kursprogramm bei der VLP-ASPAN, Seilerstrasse 22, 3011 Bern, per Telefon unter 031 380 76 76, per Fax unter 031 380 76 77 oder per E-Mail unter [tagung@vlp-aspan.ch](mailto:tagung@vlp-aspan.ch) anfordern.

**22****Veranstaltungen:****Chancen und Grenzen des Verhandeln im Umweltrecht**

Die Vereinigung für Umweltrecht (VUR) bietet am 15. November 2004 eine Tagung zum Thema Chancen und Grenzen des Verhandeln im Umweltrecht an.

In den letzten Jahren ist insbesondere bei Rechtsstreitigkeiten um Grossprojekte vermehrt das Bedürfnis aufgetaucht, Konflikte nicht durch richterliche Entscheidungsfindung regeln zu lassen. Stattdessen wird direkt miteinander verhandelt oder mit Hilfe eines Mediators oder einer Mediatorin eine allseits zufriedenstellende und möglicherweise auch raschere Lösung gesucht. Die diesjährige Herbsttagung der Vereinigung für Umweltrecht will das Verständnis für Verhandlungen und Mediation fördern und praxisbezogen deren Chancen und Grenzen aufzeigen.

- Prof. Dr.iur. Thomas Pfisterer, Rechtsanwalt und Ständerat, eröffnet die Tagung mit einem Referat über den rechtlich zulässigen Verhandlungsspielraum im Umwelt- und Raumplanungsrecht. Es wird aufgezeigt, welche Projekte sich für Verhandlungslösungen eignen, welche Rollen den Behörden zukommt und welche Empfehlungen das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) herausgegeben hat.
- Dr. Phil. II Hansueli Müller-Yersin, Vertreter von Umweltschutzorganisationen in der Projektleitung zur Alpinen Skiweltmeisterschaft 2003 in St. Moritz, präsentiert einen Verhandlungsprozess, dank dem die Eingriffe in die Landschaft minimiert und die Kosten gesenkt werden konnten.
- Dr. techn. Ursula König, Mediatorin mit Erfahrung in Vielparteienkonflikten im öffentlichen Bereich, erläutert die Anwendungsmöglichkeiten der Mediation und verdeutlicht die Unterschiede zur Konfliktlösung mittels Verhandlungen.
- Lic.iur. Lorenz Lehmann, Rechtsanwalt, schildert den Fall einer sanierungspflichtigen Deponie. Die anfallenden Entscheidungen konnten in einem Mediationsverfahren getroffen werden.
- Schliesslich erläutern lic.iur. Martin Pestalozzi, Rechtsvertreter eines Umweltverbandes, und lic.iur. Ulrich B. Mayer, Rechtsvertreter eines Projektträgers, die bei Verhandlungen auftretenden Probleme. Umweltverbände und Projektträger sind bei der Erarbeitung von Verhandlungslösungen in einem Spannungsfeld sowohl untereinander als auch mit Behörden und Investoren. Erörtert wird auch die rechtliche Sicherung der getroffenen Vereinbarungen durch öffentlichrechtliche Bewilligungen oder durch privatrechtlich vereinbarte Konventionalstrafen.

Die Tagung richtet sich an Behörden, Unternehmen, Umweltorganisationen, Umweltjuristen, Mediatoren, Politiker, Medienvertretende und andere Interessierte.

Tagungsort ist das Kultur-Casino Bern. Die Tagungsgebühren betragen für VUR-Mitglieder Fr. 190.--, für studierende Mitglieder Fr. 40.--, für Nichtmitglieder Fr. 240.-- und für studierende Nichtmitglieder Fr. 60.--. Die Teilnehmerzahl ist beschränkt.

Interessierte können das detaillierte Kursprogramm bei der Vereinigung für Umweltrecht, Postfach 2430, 8026 Zürich, per Telefon unter 044 241 76 91, per Fax unter 044 241 79 05 oder per E-Mail unter [info@vur-ade.ch](mailto:info@vur-ade.ch) anfordern.

**23****Baurecht:****Androhung und Verfügung von Ersatzvornahmen****Art. 130 Abs. 2 BauG: Wiederherstellung****Art. 131 BauG: Ersatzvornahme**

**Die Wiederherstellungsverfügung ist, wie auch die Androhung und die Verfügung der Ersatzvornahme, mit Rekurs anfechtbar. Es empfiehlt sich daher, für die Fristen kein konkretes Datum festzulegen, sondern sie ab Rechtskraft der Verfügung anzusetzen.**

Die Androhung und Verfügung von Ersatzvornahmen bei formell und materiell widerrechtlichen Bauten und Anlagen führt in der Praxis oft zu Schwierigkeiten. Dies rührt unter anderem daher, dass die verwendete Terminologie uneinheitlich ist. Die nachfolgenden Ausführungen sollen die für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands notwendigen Verfahrensschritte erläutern.

**1. Die Wiederherstellungsverfügung**

Widerspricht eine Bauausführung den gesetzlichen Vorschriften oder genehmigten Plänen, oder wird sonstwie ein unrechtmässiger Zustand geschaffen, kann die zuständige Behörde die Entfernung oder Abänderung der rechtswidrig ausgeführten Bauten oder Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen (Art. 130 Abs. 2 BauG). Die Behörden haben sowohl im Interesse der einzelnen Bürger als auch im Interesse der Allgemeinheit gegen illegale Bauten vorzugehen.

**a) Voraussetzungen****aa) Formell und materiell rechtswidrige Baute oder Anlage**

Eine Abbruch- oder Wiederherstellungsverfügung setzt nach herrschender Praxis voraus, dass die Baute oder Anlage sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht rechtswidrig ist.

Wird eine Baute oder Anlage ohne Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung erstellt, ist vorab zu prüfen, ob eine Baubewilligungspflicht bestanden hätte. Muss diese Frage bejaht werden, bedeutet dies eine formelle Rechtswidrigkeit. Diese Tatsache für sich allein vermag jedoch eine Abbruch-, beziehungsweise Wiederherstellungsverfügung noch nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist regelmässig in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren zu prüfen, ob eine ordentliche Baubewilligung (Art. 87 Abs. 1 BauG) oder eine Ausnahmbewilligung (Art. 77 BauG) erteilt werden kann. Hierzu ist der Bauherr zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs aufzufordern. Kann weder eine ordentliche noch eine Ausnahmbewilligung erteilt werden, erweist sich die Baute oder Anlage auch als materiell rechtswidrig.

**bb) Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung**

Bei einer sowohl formell als auch materiell rechtswidrigen Baute oder Anlage ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, welche Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verhältnismässig sind. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch der bösgläubige Bauherr berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Überlegungen – wie etwa zum Schutz der Rechtsgleichheit oder der baurechtlichen Ordnung – dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands ein erhöhtes Gewicht beimessen.

Die vorgesehene Massnahme muss sich als zweckmässig, erforderlich und zweckproportional erweisen. Eine Abbruchverfügung hat beispielsweise dann zu unterbleiben, wenn die Abweichung von den Bauvorschriften geringfügig ist, wenn der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt oder wenn der dem Bauherrn entstehende Schaden das öffentliche Interesse am Abbruch überwiegt.

Die Zweckmässigkeit einer Massnahme ist zu bejahen, wenn sie für die Erreichung des angestrebten Ziels tauglich ist. Erforderlich ist sie, wenn sie im Hinblick auf das angestrebte Ziel nötig ist, wobei weder in sachlicher, noch in räumlicher, zeitlicher oder personeller Hinsicht eine mildere Massnahme zur Verfügung stehen darf. Die Zweckproportionalität schliesslich ist dann gegeben, wenn für eine an sich geeignete und erforderliche Massnahme ein öffentliches Interesse besteht, welches die gegenüberstehenden privaten Interessen überwiegt. Das Bundesgericht wertet das Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands regelmässig höher als die für den Bauherrn allfällig entstehenden Nachteile.

**cc) Angemessene Frist**

Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist dem Bauherrn eine angemessene Frist zu setzen. Die Dauer dieser Frist hängt unter anderem von dem für die Wiederherstellung notwendigen Aufwand ab. Dem Pflichtigen muss es objektiv möglich sein, der Anordnung innert Frist Folge zu leisten. Im Kanton St.Gallen werden in der Regel Wiederherstellungsfristen von zwei bis sechs Monaten eingeräumt. Längere Zeitspannen werden nur in Ausnahmefällen gewährt, etwa wenn ein anderes, hängiges Vorhaben die Folgen der Wiederherstellung mildern könnte.

Da Wiederherstellungsverfügungen mit Rekurs beim Baudepartement angefochten werden können (Art. 43bis VRP), empfiehlt es sich, für die Wiederherstellung kein konkretes Datum festzulegen. Besser ist, die Frist ab Rechtskraft der Verfügung anzusetzen.

**dd) Keine Verwirkung des Anspruchs auf Wiederherstellung**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes verwirkt das Gemeinwesen den Anspruch auf Anordnung einer Wiederherstellung erst dreissig Jahre nach Ausführung der rechtswidrigen Baute oder Anlage. Theoretisch könnten die Politischen Gemeinden somit den Abbruch einer illegal errichteten Baute noch neunundzwanzig Jahre nach deren Errichtung verfügen. Haben die Behörden jedoch während Jahren eine ihnen bekannte rechtswidrige Situation geduldet, kann sich der Grundeigentümer unter Umständen erfolgreich auf seinen guten Glauben berufen. Gleiches gilt für den Fall, dass die rechtswidrige Situation den Behörden bei gebotener Aufmerksamkeit hätte bekannt sein müssen.

## **b) Allenfalls Verbindung mit der Androhung der Ersatzvornahme**

Will die zuständige Behörde nötigenfalls zur Ersatzvornahme greifen, muss diese in der Regel dem Pflichtigen angedroht werden. Diese Androhung erfolgt idealerweise bereits in der Wiederherstellungsverfügung.

## **2. Die Ersatzvornahme**

Liegt eine in formelle Rechtskraft erwachsene Sachverfügung (beispielsweise eine Wiederherstellungsverfügung) vor, muss die verfügende Behörde für deren Vollstreckung sorgen (Art. 102 VRP). Dazu stehen ihr verschiedene Zwangsmittel zur Verfügung. Das häufigste Zwangsmittel - wenn nicht eine Geld- oder Sicherheitsleistung vollstreckt werden soll - ist die Ersatzvornahme.

### **a) Begriff**

Ersatzvornahme bedeutet, dass die zuständige Behörde Handlungen, die vom Verpflichteten nicht wahrgenommen werden, auf dessen Kosten durch eine amtliche Stelle oder einen Dritten verrichten lässt. Die ursprüngliche Leistungspflicht des Pflichtigen wird also umgewandelt in eine Pflicht zur Duldung der Ersatzvornahme und zur Bezahlung der dabei anfallenden Kosten.

### **b) Die Androhung**

Die Androhung der Ersatzvornahme enthält die Aufforderung an den Betroffenen, den rechtmässigen Zustand innert einer angemessenen Frist selbst herzustellen. Diese Aufforderung ist mit der Feststellung zu verbinden, dass die zuständige Behörde die Ersatzvornahme durchführen wird, sofern der Betroffene den rechtmässigen Zustand nicht von sich aus innert der angesetzten Frist wieder herstellt.

Auf die Androhung der Ersatzvornahme kann nur verzichtet werden, wenn eine Gefahr droht und sofortiges Handeln geboten ist (Art. 131 Abs. 2 BauG und Art. 105 Abs. 2 VRP).

#### **aa) Form**

Es ist empfehlenswert, die Ersatzvornahme bereits im Rahmen der Sachverfügung (beispielsweise der Wiederherstellungsverfügung) anzudrohen. Hierzu reicht ein Vermerk im Dispositiv, zum Beispiel: Hiermit wird die Ersatzvornahme angedroht.

Wird die Androhung der Ersatzvornahme nicht mit einer Sachverfügung verbunden, ist sie ein eigener Verwaltungsakt. Die Androhung hat diesfalls den entsprechenden inhaltlichen und formellen Anforderungen einer Verfügung zu genügen und benötigt auch eine eigene Rechtsmittelbelehrung (Art. 44 Abs. 1 und 3 VRP). Die Rekursfrist beträgt fünf Tage (Art. 47 Abs. 2 VRP). Die Rügemöglichkeiten sind allerdings beschränkt. Die rechtskräftige Sachverfügung beispielsweise kann grundsätzlich nicht mehr angefochten werden, es sei denn mit der Rüge der Verletzung unverzichtbarer Grund- und Freiheitsrechte oder der Nichtigkeit der Verfügung.

**bb) Frist**

Die Ersatzvornahme muss unter Ansetzung einer angemessenen Frist angedroht werden. Wenn die Androhung der Ersatzvornahme bereits in der Wiederherstellungsverfügung erfolgt, ist die Frist für die Ersatzvornahme identisch mit der angesetzten Wiederherstellungsfrist. Wenn hingegen die Ersatzvornahme in einem eigenen Verwaltungsakt angedroht wird, hat die zuständige Gemeindebehörde die Frist so anzusetzen, dass sowohl auf die Interessen des Betroffenen wie auch auf jene der Allgemeinheit Rücksicht genommen wird. Wiederum ist es empfehlenswert, kein konkretes Datum festzulegen, sondern die Ersatzvornahme nach Ablauf einer Frist ab Eintritt der Rechtskraft anzudrohen.

**c) Die Verfügung (Anordnung)**

Die Ersatzvornahme muss bezüglich Art und Zeitpunkt detailliert festgelegt werden. Dies bedeutet für die zuständige Behörde einen sowohl zeitlichen als auch finanziellen Aufwand. Da dem ursprünglich Verpflichteten nur die notwendigen und angemessenen Kosten überbunden werden können, werden vor der Auftragserteilung zur Ersatzvornahme Informationen über die Preise eingeholt. Mit diesen Abklärungen wird in der Regel zugewartet, bis feststeht, dass der eigentlich Verpflichtete seiner Leistungspflicht nicht nachkommt.

Die Ersatzvornahme wird mit anderen Worten regelmässig erst nach erfolgter Androhung und nach Ablauf der Erfüllungsfrist konkretisiert. Der ursprünglich Verpflichtete muss sich aber auch gegen die erst jetzt feststehenden Modalitäten zur Wehr setzen können. Folglich stellt auch diese sogenannte Anordnung der Ersatzvornahme eine mit Rekurs anfechtbare Verfügung dar. Die Rügemöglichkeiten sind allerdings auch hier (vgl. Ziff. 2.b.aa.) stark eingeschränkt. Die Rekursfrist beträgt wiederum lediglich fünf Tage (Art. 47 Abs. 2 VRP).

**d) Die Durchführung**

Die Behörde führt, sofern sie dazu in der Lage ist, die Ersatzvornahme selbst durch. Sie hat aber auch die Möglichkeit, Dritte mit der Durchführung zu beauftragen. Soweit zum Schutz der beteiligten Personen erforderlich, können Polizeiorgane beigezogen werden. Die Durchführung der Ersatzvornahme stellt keine Verfügung dar.

Der Anspruch des Gemeinwesens auf Ausführung der Ersatzvornahme verwirkt zehn Jahre nach deren Anordnung.

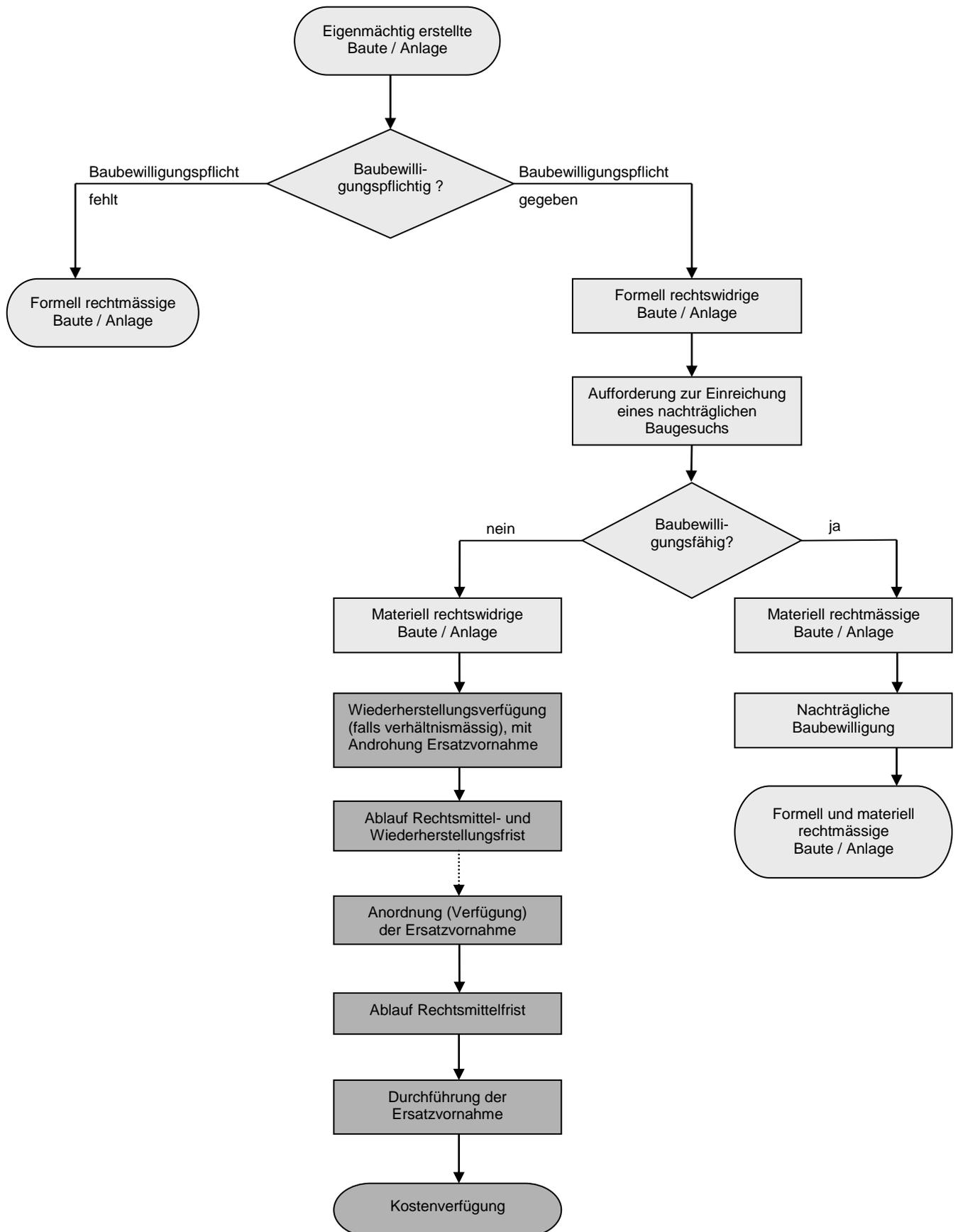
**e) Die Kostenüberbindung**

Die Kostenersatzpflicht erfolgt im Rahmen einer selbständigen, bei der Verwaltungsrekurskommission anfechtbaren Kostenverfügung (Art. 41 lit. f Ziff. 4 VRP).

Dem ursprünglich Verpflichteten können jedoch nur die notwendigen und angemessenen Kosten in Rechnung gestellt werden. Unnötiger Aufwand hat er nicht zu entgelten. Dies ist aber nicht bereits dann der Fall, wenn der Verpflichtete selber kostengünstiger hätte handeln können oder wenn er eine kostengünstigere Offerte eines Dritten vorweisen kann. Zum notwendigen Aufwand gehören auch der entstandene Verwaltungsaufwand und die Kosten eines allfälligen Polizeieinsatzes.

Die Kostenersatzpflicht besteht gegenüber der Vollstreckungsbehörde. Diese wiederum entschädigt gegebenenfalls jene Dritten, welche die Ersatzvornahme getätigt haben.

### 3. Schematische Übersicht über das einfachste Vorgehen bei ohne Baubewilligung erstellten Bauten und Anlagen



**Weiterführende Hinweise:**

- BGE 104 Ib 303, 105 Ib 265 ff.
- Pra 2002 Nr. 3
- GVP 1983 Nr. 97
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 1242 ff. und N 1276 ff.
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 1205 ff.
- B. Heer, Materielles Baupolizeirecht II und Baubewilligungsverfahren, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, St.Gallen 1983, S. 217 f.
- B. Heer, Die Ersatzvornahme als verwaltungsrechtliche Sanktion, Diss. Zürich 1975, S. 112 ff.
- Ch. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss. Zürich 1991, N 660 ff.
- Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 1154 ff.
- VLP-ASPAN, Raum und Umwelt, Illegale Bauten: was tun?, Juli 2004
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 1998/II/5 und 1998/IV/11

**24**

Umweltschutzrecht:

**Wiederherstellungspflicht bei widerrechtlichen Abfallablagerungen****Art. 30e Abs. 1 USG: Abfallablagerung****Art. 130 Abs. 2 BauG: Wiederherstellung**

**Abfälle dürfen nur auf Deponien gelagert werden, welche vom Amt für Umweltschutz bewilligt wurden.**

**Werden Abfälle ausserhalb von bewilligten Deponien gelagert, hat die zuständige Gemeindebehörde eine Wiederherstellungsverfügung zu erlassen – sofern diese Massnahme dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht.**

Infolge einer Feuersbrunst brannten auf einer Alp eine Sennhütte und die angrenzenden Ställe vollständig nieder. Noch vor Aufnahme des Wiederaufbaus entsorgte die Eigentümerin der Alpgebäude die Brandüberreste an Ort und Stelle, indem sie dafür eine rund drei Meter tiefe Mulde aushob. Die Mulde wurde anschliessend wieder zugeschüttet, mit Humus überdeckt und begrünt.

Die zuständige Gemeindebehörde ergriff keinerlei Massnahmen gegen diese Art der Abfallentsorgung, obwohl sie wiederholt auf die entsorgten Brandabfälle aufmerksam gemacht worden war. Dies veranlasste eine Ortspartei, sich mit aufsichtsrechtlicher Anzeige an das Baudepartement zu wenden.

**1. Behandlung von Bauabfällen****a) Begriff**

Abfälle sind bewegliche Sachen, deren sich der Inhaber entledigt oder deren Entsorgung im öffentlichen Interesse geboten ist (Art. 7 Abs. 6 USG).

Bei Bau- oder Abbrucharbeiten anfallende Abfälle werden – mit Ausnahme von Sonderabfällen – als Bauabfälle bezeichnet (Art. 9 TVA). Auch die nach einem Brandfall zurückbleibenden Brandüberreste gelten als Bauabfälle.

**b) Trennung**

Wer Bau- oder Abbrucharbeiten durchführt, muss vorerst die anfallenden Sonderabfälle aussondern (Art. 9 Abs. 1 TVA). Anschliessend sind auch die übrigbleibenden Bauabfälle nach den in Art. 9 Abs. 1 lit. a – d TVA festgelegten Kriterien voneinander zu trennen.

**c) Ablagerung**

Die Ablagerung von Abfällen darf gemäss Art. 30e Abs. 1 USG nur auf dafür vorgesehenen Deponien erfolgen. Mit dieser Vorschrift soll erreicht werden, dass Abfälle nur kontrol-

liert abgelagert werden und dass die Ablagerungen auch langfristig keine Gefahr für die Umwelt darstellen. Das Ablagerungsverbot ausserhalb vorgesehener Deponien gilt jedoch für sämtliche Abfallmaterialien – unabhängig davon, ob die Abfälle umweltgefährdend oder unbedenklich sind.

Mit dem Verbot von Abfallablagerungen ausserhalb von bewilligten Deponien bringt der Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck, dass eine kontrollierte Entsorgung von grossem öffentlichen Interesse ist und dass Ausnahmen hierzu grundsätzlich nicht vorgesehen sind. Bei einer Missachtung des Ablagerungsverbots drohen gar strafrechtliche Sanktionen (Art. 61 Abs. 1 lit. g USG).

## **2. Wiederherstellungspflicht als Folge einer widerrechtlichen Abfallablagerung**

Da das Ablagerungsverbot ausserhalb von bewilligten Deponien eine allgemein verbindliche Verhaltensnorm ist, hat die zuständige Behörde bei dessen Verletzung eine Wiederherstellungsverfügung zu erlassen. Andernfalls missachtet sie wesentliche öffentliche Interessen. Möglich sind allenfalls auch Sicherungs- oder Behebungsmassnahmen auf dem Weg des unmittelbaren Vollzugs (vgl. Art. 59 USG).

### **a) Gesetzliche Grundlage**

Nach Art. 76bis BauG vollzieht die politische Gemeinde die Vorschriften über Bauabfälle der eidgenössischen Technischen Verordnung über Abfälle, indem sie in der Regel im Bau- oder Abbruchbewilligungsverfahren Massnahmen anordnet.

Hat es die Gemeindebehörde versäumt, in der Abbruchbewilligung oder der für den Wiederaufbau erteilten Baubewilligung Auflagen über die vorschriftsgemässe Entsorgung der Bauabfälle zu machen, muss sie prüfen, ob zur Behebung des rechtswidrigen Zustands gestützt auf Art. 130 Abs. 2 BauG Wiederherstellungsmassnahmen angebracht sind.

### **b) Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips**

Bei der Anordnung einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist stets auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Demnach darf eine Wiederherstellungsverfügung nur erlassen werden, wenn die Massnahme bei objektiver Betrachtungsweise als das einzig geeignete Mittel erscheint, um einen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Ist die Abweichung von den Vorschriften nur geringfügig und vermögen die berührten Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch oder die Wiederherstellung erwachsen würde, nicht zu rechtfertigen, ist auf eine Wiederherstellungsverfügung zu verzichten.

Verhältnismässig ist die Wiederherstellung mit anderen Worten dann, wenn sie geeignet ist, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck zu verwirklichen und zur Realisierung dieses Ziels notwendig ist. Zudem muss der im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck die beeinträchtigten privaten Interessen überwiegen.

## **3. Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung im konkreten Fall**

### **a) Vorbringen der Gemeinde**

Die zuständige Gemeindebehörde verneinte die Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung mit dem Vorbringen, dass die vergrabenen Brandreste für die Umwelt unbedenklich

seien. Hinzu komme, dass ein Abtransport mittels Lastwagen eine unnötige Belastung von Umwelt und Strassenwerk zur Folge habe.

## **b) Beurteilung des Baudepartementes**

Das Baudepartement erachtete demgegenüber das Ausbaggern und den Abtransport des widerrechtlich abgelagerten Materials als geeignete, wenn nicht gar einzige Möglichkeit, um dem umweltschutzrechtlichen Ablagerungsverbot zu entsprechen.

Notwendig sei diese Massnahme selbst dann, wenn sich der widerrechtlich gelagerte Bauabfall als nicht umweltgefährdend erweisen sollte. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass nach Art. 30e USG auch unbedenkliche Abfallmaterialien nur auf bewilligten Deponien gelagert werden dürfen. Hinzu komme, dass gemäss dem im Umweltschutzgesetz verankerten Vorsorgeprinzip eine mögliche Gefährdung der Umwelt bereits genügt, um die Notwendigkeit einer Massnahme zu bejahen. Im konkreten Fall sei es tatsächlich ungewiss, ob nur inertes Material vergraben wurde.

Auch die Zweckproportionalität einer Wiederherstellungsverfügung sei zu bejahen. Massgebend seien allein die Auswirkungen einer solchen Verfügung auf die Rechtsstellung des Betroffenen. Der finanzielle Aufwand für die Aushebung und Entsorgung der Abfälle könne ihrem Inhaber ohne weiteres zugemutet werden. Die eigentlichen Transport- und Entsorgungskosten hingegen wären auch bei einer vorschriftsgemässen Entsorgung angefallen und seien daher für die Frage der Zweckproportionalität ohne Bedeutung. Damit stehe fest, dass die öffentlichen Interessen an einer Wiederherstellung die privaten Interessen überwiegen.

Zur geltend gemachten zusätzlichen Umweltbelastung führte das Baudepartement abschliessend aus, dass der Gesetzgeber diese Folgebelastrungen bewusst in Kauf genommen hat. Er sei sich beim Erlass des Ablagerungsverbots durchaus im Klaren gewesen, dass das Abfallgut bei einer gesetzeskonformen Entsorgung in der Regel auf eine Deponie transportiert werden muss, was zusätzliche Umweltbelastungen sowie die Inanspruchnahme von öffentlichen oder privaten Infrastrukturanlagen zur Folge hat. Wenn der Gesetzgeber die Entsorgungspflicht von den konkreten Umständen hätte abhängig machen wollen, hätte er entsprechende Ausnahmeregelungen getroffen. Dies habe er jedoch nicht getan. Die Vorbringen der Gemeinde gegen die Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellungsmassnahme seien folglich nicht stichhaltig.

Das Baudepartement gelangte somit zum Schluss, dass der Verzicht der Gemeindebehörde auf Wiederherstellungsmassnahmen klares Recht verletze. Der aufsichtsrechtlichen Anzeige wurde daher Folge geleistet und die Gemeindebehörde angewiesen, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen.

### **Weiterführende Hinweise:**

- BGE 123 II 255; 120 Ib 400, 108 Ia 216, 107 Ia 27
- GVP 1983 Nr. 98 Erw. 2
- ZBI 98 [1997], S. 364
- P. Tschannen, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 2000, N 2, N 13 und N 18 zu Art. 30e USG
- Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, S. 178 ff.

**Entscheid des Baudepartementes vom 16. Juni 2004 i.S. P.S.**

Das Baudepartement stellte als Aufsichtsbehörde fest, dass bei einer widerrechtlich erstellten Abfalldeponie eine Wiederherstellungsverfügung die geeignete, notwendige und zweckproportionale Massnahme sei, um dem Umweltschutzgesetz zu entsprechen. Der aufsichtsrechtlichen Anzeige wurde daher Folge geleistet und die zuständige Gemeindebehörde zum Erlass einer entsprechenden Verfügung angehalten.

**25**

Öffentliches Beschaffungswesen:

**Angebote nicht eingeladener Unternehmen****Art. 25 Abs. 1 VöB: Einladungsverfahren****Art. 26 VöB: Gemeinsame Angebote****Im Einladungsverfahren darf sich eine nicht eingeladene Unternehmung nicht mit einem eingeladenen Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammenschliessen.**

Das Verwaltungsgericht hatte im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu beurteilen, ob im Einladungsverfahren der Zusammenschluss einer eingeladenen mit einer nicht eingeladenen Unternehmung zulässig ist.

**1. Einladungsverfahren**

Beim Einladungsverfahren bestimmt der Auftraggeber grundsätzlich frei, wen er gestützt auf Art. 25 Abs. 1 VöB zur Einreichung eines Angebots auffordert. Dies ermöglicht der Vergabebehörde unter Einhaltung der Gebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, den Kreis der möglichen Zuschlagsempfänger zu beeinflussen.

Art. 25 Abs. 1 VöB bestimmt, dass im Einladungsverfahren die vom Auftraggeber ausgewählten Anbieter ein Angebot einreichen können. Diese Formulierung schliesst e contrario nicht eingeladene Anbieter von der Einreichung eines Angebots aus, selbst wenn sie zur Ausführung des Auftrags an sich geeignet wären. Damit steht fest, dass ein nicht eingeladener Anbieter gestützt auf Art. 25 Abs. 1 VöB von der Einreichung eines selbständigen Angebotes ausgeschlossen ist.

**2. Gemeinsame Angebote**

Art. 26 VöB bestimmt, dass – vorbehältlich abweichender Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen – gemeinsame Angebote von mehreren Anbietern zulässig sind. Demgegenüber zeichnet sich das Einladungsverfahren im Wesentlichen dadurch aus, dass die Vergabebehörde – anders als beim öffentlichen und selektiven Verfahren – durch die Einladung den Kreis der möglichen Anbieter beschränken kann. Diese freie Entscheidungsmöglichkeit würde beschnitten, wenn nicht eingeladene Teilnehmer zusammen mit eingeladenen Anbietern ein Angebot einreichen könnten.

Die Prüfung der jeweiligen Zuschlagskriterien hat nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen. Ergäbe die Prüfung der Zuschlagskriterien, dass es sich beim gemeinsamen Angebot des eingeladenen und des nicht eingeladenen Anbieters um das wirtschaftlich günstigste im Sinn von Art. 34 Abs. 1 VöB handeln würde, wäre die Vergabebehörde verpflichtet, die Arbeitsgemeinschaft zu berücksichtigen, obwohl sie sich zuvor durch die Nichteinladung implizit gegen die Erteilung des Zuschlags an den nicht eingeladenen Anbieter entschieden hat.

**Weiterführender Hinweis:**

- VerwGE B 2004/55 vom 10. Juni 2004 i.S. B.M. AG

**Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 2. Dezember 2003 i.S. I. H.&P. W. AG, Erw. 3**

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit des Zusammenschlusses einzelner Anbieter zu Arbeitsgemeinschaften ausdrücklich vorgesehen war. Dennoch beurteilte es eine Zuschlagsverfügung als rechtswidrig, weil der Zuschlag einer Arbeitsgemeinschaft erteilt worden war, der ein nicht eingeladener Anbieter angehörte. Es könne nicht angehen, dass es die Eingeladenen in der Hand hätten, durch den Zusammenschluss mit nicht eingeladenen Unternehmen den Kreis der möglichen Zuschlagsempfänger zu erweitern.

**26**

Öffentliches Beschaffungswesen:

**Verstoss gegen gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen****Art. 12 Abs. 1 lit. d und i VöB:      Ausschluss  
Art. 34 Abs. 2 VöB:                Zuschlagskriterien****Verstösse gegen gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen sind Ausschlussgründe und als solche bereits im Rahmen der Eignungsprüfung zu würdigen. Bei der nachfolgenden Bewertung der Zuschlagskriterien dürfen sie nicht mehr berücksichtigt werden.**

Eine Politische Gemeinde führte für eine Strassensanierung das Einladungsverfahren durch. Der Zuschlag zum Preis von Fr. 123'145.80 wurde einer Anbieterin erteilt, welche bei der Bewertung 92,1 Punkte erzielt hatte. Der von einer anderen Anbieterin offerierte Preis hatte Fr. 103'603.05 betragen. Diese Anbieterin war jedoch mit nur 83,2 Punkten bewertet worden. Die unterlegene Anbieterin wandte sich in der Folge mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht und beanstandete insbesondere die Bewertung der Zuschlagskriterien.

Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass gewisse Vorkommnisse als Ausschlussgründe zu werten seien, nicht aber in die Bewertung der Zuschlagskriterien einfliessen dürften.

**1. Die Ausschlussgründe**

Ein Anbieter, der die Eignungskriterien nicht erfüllt, kann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Die Kriterien sind im Rahmen einer sogenannten Eignungsprüfung zu würdigen.

Art. 12 VöB enthält eine Aufzählung von verschiedenen Ausschlussgründen. So kann der Auftraggeber einen Anbieter unter anderem dann vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn dieser Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen nicht gewährleistet oder einhält (lit. d) oder wenn er sich beruflich Fehlverhalten hat und dies in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt wurde (lit. i).

**2. Die Zuschlagskriterien****a) Arten**

Nach Art. 34 Abs. 1 VöB erhält jeweils das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dieses Angebot ist jedoch nicht zwingend identisch mit dem preisgünstigsten Angebot. So können für die Ermittlung der Wirtschaftlichkeit neben dem Preis auch andere Kriterien berücksichtigt werden. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ergibt sich mit anderen Worten aus der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien.

Art. 34 Abs. 2 VöB enthält eine beispielhafte Aufzählung solcher Kriterien. Es sind dies Qualität, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Kundendienst, Betriebskosten, Innovationsgehalt, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Erfahrung sowie die Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung. Dem Auftraggeber steht es frei, zusätzliche Kriterien festzulegen.

Nach Art. 34 Abs. 3 VöB muss der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung die Kriterien samt allfälliger Unterkriterien bekannt geben - in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung.

#### **b) Gewichtung**

Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien liegt im Ermessen des Auftraggebers. Das Verwaltungsgericht kann nur einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser Acht gelassen oder fehlerhaft angewendet wurden.

### **3. Abgrenzung von Ausschlussgründen und Zuschlagskriterien im konkreten Fall**

#### **a) Sachverhalt**

Die vergebende Gemeinde hatte nebst anderen Kriterien die "Qualifikation" als Zuschlagskriterium festgelegt. Dieses Kriterium wurde bei der Beschwerdeführerin mit einer geringen Punktezahl bewertet. Als Begründung hierfür wurde unter anderem angeführt, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 1999 bis 2001 verschiedentlich gegen den Landesmantelvertrag verstossen habe.

#### **b) Ausführungen des Verwaltungsgerichtes**

Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass Verstösse gegen gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen einzig im Rahmen der Eignungsprüfung zu würdigen seien. Die Vorfälle aus den Jahren 1999 bis 2001 hätten mit anderen Worten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d und i VöB zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen können. Bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien hingegen dürften diese Vorfälle nicht mehr berücksichtigt werden. Hinzu komme, dass die Verstösse ohnehin bereits mehrere Jahre zurücklägen.

#### **Weiterführender Hinweis:**

- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 1999 Nr. 28

#### **Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 17. August 2004 i.S. ARGE B./K.**

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass Verstösse eines Anbieters gegen den Landesmantelvertrag zu Unrecht beim Zuschlagskriterium "Qualifikation" berücksichtigt worden waren. Solche Vorfälle seien einzig im Rahmen der Eignungsprüfung zu würdigen. Hinzu komme, dass die Verstösse bereits mehrere Jahre zurücklägen. Folglich hätten sie ohnehin nicht mehr zulasten des Anbieters berücksichtigt werden dürfen.

**27**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Das Augenscheinprotokoll****Art. 29 Abs. 2 BV: Anspruch auf rechtliches Gehör**

Zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs ist über einen durchgeführten Augenschein in der Regel ein Protokoll zu erstellen. Dieses ist den Verfahrensbeteiligten zur Stellungnahme zu unterbreiten.

In einem Rekursverfahren vor Baudepartement wurde geltend gemacht, dass die zuständige Gemeindebehörde über die Einsprachen entschieden habe, ohne dass ein Protokoll über den durchgeführten Augenschein vorgelegen habe. Zudem hätten an diesem Augenschein verschiedene Gemeinderäte gefehlt.

**1. Das rechtliche Gehör****a) Gelegenheit zur Stellungnahme und Akteneinsicht**

Im Rahmen der allgemeinen Verfahrensgarantien wird in Art. 29 Abs. 2 BV statuiert, dass die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör haben. Ausflüsse dieses verfassungsmässigen Anspruchs werden vorab in Art. 15 VRP (Gelegenheit zur Stellungnahme) und Art. 16 VRP (Akteneinsicht) geregelt.

Zum Anspruch auf rechtliches Gehör gehört das Recht auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. In diesem Sinn dient das rechtliche Gehör der Sachaufklärung.

**b) Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör stellt auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift.

Der Betroffene hat das Recht, Beweisanträge zu stellen. Grundsätzlich hat er auch Anspruch darauf, dass die beantragten Beweise tatsächlich abgenommen werden. Eine Ausnahme hiervon gilt einzig für den Fall, dass die beantragten Beweise nicht den rechtserheblichen Sachverhalt betreffen oder dass die angebotenen Beweismittel offensichtlich nicht geeignet sind, über die streitige Tatsache Beweis zu erbringen. Im Weiteren kann auf ein beantragtes Beweismittel verzichtet werden, wenn die Behörde den Sachverhalt gestützt auf ihre eigene Sachkenntnis beziehungsweise auf jene von fachkundigen Mitarbeitenden zu würdigen vermag.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst ausserdem das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, sofern dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Wurde einem Betroffenen die Möglichkeit verweigert, an der Beweisabnahme mitzuwirken oder nachträglich zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen, darf bei der Entscheidungsfindung nicht auf das entsprechende Beweismittel abgestellt werden.

## 2. Das Augenscheinprotokoll

### a) Grundsätzliche Pflicht zur Erstellung eines Protokolls

Führt im verwaltungsinternen Verfahren ein Sachbearbeiter einen Augenschein durch, ist ein Protokoll aufzunehmen und dieses anschliessend den Beteiligten zur Stellungnahme zu unterbreiten. Gleiches gilt, wenn ein Gericht einen Augenschein durch eine Delegation oder einen Referenten durchführen lässt.

Die Pflicht zur Erstellung eines Protokolls und zur Zustellung an die Verfahrensbeteiligten ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, zumal das Augenscheinprotokoll der entscheidenden Behörde als wesentliche Entscheidungsgrundlage dient. Nach der Rechtsprechung des Bundes- und des Verwaltungsgerichtes ist zur Gewährung des rechtlichen Gehörs die Erstellung eines Augenscheinprotokolls und die Aufnahme der anlässlich des Augenscheins erhobenen Beweismittel in die Akten unumgänglich.

### b) Verzicht auf ein Protokoll

Die Erstellung eines Protokolls kann einzig dann entbehrlich werden, wenn die Behörde oder das Gericht den Augenschein in vollständiger Besetzung vornimmt.

Ein solcher Augenschein ermöglicht es, dass sämtliche Mitglieder den Sachverhalt aus unmittelbarer eigener Wahrnehmung feststellen können. Mit anderen Worten kann das Ergebnis der Beweiserhebung direkt Eingang in die Motive des Entscheids finden. Ein Verzicht auf ein Augenscheinprotokoll ist allerdings nur dann zulässig, wenn die relevanten Feststellungen und die dazu gemachten erheblichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten in den Entscheidungsmotiven auch tatsächlich wiedergegeben werden.

## 3. Bedeutung im konkreten Fall

Im vorliegenden Fall führte nicht der Gemeinderat, sondern die Baukommission den Augenschein durch. Hinzu kommt, dass der Augenschein auf Antrag der Einsprecher nicht als blosser Verständigungsversuch, sondern zur Klärung des Sachverhalts abgehalten wurde. Da kein Augenscheinprotokoll erstellt wurde, war der Gemeinderat als entscheidende Behörde nicht in der Lage, in Kenntnis der am Augenschein vorgebrachten Argumente über die Einsprachen zu entscheiden. Auch das im Rekursverfahren angerufene Baudepartement hatte keinerlei Kenntnis von den am Augenschein vorgebrachten Argumenten. Folglich konnte auch das Baudepartement nicht überprüfen, ob diese Argumente für die Entscheidungsfindung von Bedeutung gewesen wären.

Das Baudepartement gelangte daher zum Schluss, dass die Vorinstanz den Anspruch der Rekurrenten auf rechtliches Gehör verletzt hat. Dies, weil sie nach dem nicht selbst durchgeführten Augenschein im Einspracheentscheid weder auf die Einsprachegründe noch auf die am Augenschein gemachten Feststellungen oder Vorbringen der Verfahrensbeteiligten eingegangen war.

### Weiterführende Hinweise:

- BGE 120 V 360 Erw. 1a, 119 Ia 261 Erw. 6a
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 967, N 969 und N 988 f.

**Entscheid des Baudepartementes vom 20. August 2004 i.S. V. und A. E.**

Das Baudepartement erachtete das rechtliche Gehör der Rekurrenten als verletzt, weil der Gemeinderat nach einem nicht selbst durchgeführten Augenschein im Einspracheentscheid weder auf die Einsprachegründe noch auf die am Augenschein gemachten Feststellungen oder Vorbringen der Verfahrensbeteiligten eingegangen war.

**28**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Die Begründung von Verfügungen****Art. 29 Abs. 2 BV:            Rechtliches Gehör****Art. 24 Abs. 1 VRP:        Verfügungsbegründung****Geht die zuständige Behörde im Einspracheentscheid nicht auf die geltend gemachten Rügen ein, verletzt sie den Anspruch der Einsprecher auf rechtliches Gehör.****Ein blosser Hinweis auf Expertenmeinungen genügt nicht für die Begründung eines Einspracheentscheides.**

Gegen ein in der Kernzone geplantes Mehrfamilienhaus wurden verschiedene Einsprachen erhoben. Dabei wurde unter anderem geltend gemacht, dass sich Neubauten gemäss Baureglement gut ins Orts- und Strassenbild einzufügen und sich derart an die umliegenden Bauten anzupassen hätten, dass eine gute Gesamtwirkung erzielt werde. Beides treffe vorliegend nicht zu.

Der Gemeinderat erteilte die Baubewilligung und wies die Einsprachen ab. Die Beurteilung, ob ein Bauvorhaben ortsbildverträglich sei, beziehungsweise ob es sich ästhetisch gut in das Dorfbild einfüge, sei sehr subjektiv. Der Gemeinderat habe sich daher auf das Wissen und die Ausführungen von Fachpersonen gestützt und das Bauprojekt der kantonalen Denkmalpflege, dem Heimatschutz und einem Raumplanungsbüro zur Vernehmlassung eingereicht. Nach Eingang der fachkundigen Stellungnahmen sei das Projekt überarbeitet und öffentlich ausgeschrieben worden.

Gegen diese Baubewilligung erhoben zahlreiche Einsprecher Rekurs beim Baudepartement. Der Gemeinderat habe ausschliesslich auf die Ausführungen beigezogener Fachleute abgestellt, ohne sich mit den Argumenten der Einsprecher auseinanderzusetzen oder eigene Überlegungen zur Ortsbildverträglichkeit anzustellen.

Die Vorinstanz wünschte eine Heilung des Mangels im Rekursverfahren. Im eigens dafür durchgeführten zweiten Schriftenwechsel verzichtete der Gemeinderat jedoch auf eine weitere Stellungnahme.

**1. Begründungspflicht****a) Teil des rechtlichen Gehörs**

Der Umfang der Begründungspflicht bemisst sich primär nach dem kantonalen Recht. Subsidiär sind der in Art. 29 Abs. 2 BV enthaltene Anspruch auf rechtliches Gehör und die daraus fliessenden Mindestgarantien beizuziehen. Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP schliesslich schreibt vor, dass eine Verfügung nebst den Tatsachen und Vorschriften auch eine Verfügungsbegründung enthalten soll.

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass eine Behörde die Vorbringen der vom Entscheid Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft

und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt daher auch die grundsätzliche Pflicht, einen Entscheid zu begründen.

### **b) Umfang der Begründung**

Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid sachgerecht anfechten kann. Die entscheidende Behörde ist nicht gehalten, sich über alle Vorbringen auszusprechen, die in der Einsprache geäussert werden. Sie darf sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Insbesondere ist die Behörde nicht verpflichtet, sich mit allen Standpunkten der am Verfahren Beteiligten detailliert auseinanderzusetzen. Es genügt, die Vorbringen des Rechtssuchenden durch die Darlegung der eigenen, gegenteiligen Ansicht zu widerlegen. Der Rechtssuchende muss genügend Aufschluss darüber erhalten, ob und mit welchem Ergebnis sein Vorbringen geprüft wurde.

Die Begründungsdichte richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Je grösser der Spielraum ist, über welchen die Behörde infolge Ermessens und unbestimmter Rechtsbegriffe verfügt und je stärker ein Entscheid in die individuellen Rechte eingreift, desto höhere Anforderungen sind an dessen Begründung zu stellen.

## **2. Folgen einer ungenügend begründeten Verfügung**

### **a) Regel: Aufhebung und Rückweisung an die Vorinstanz**

Eine ungenügend begründete Verfügung verletzt den Anspruch der Verfügungsadressaten auf rechtliches Gehör. Dies führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes und zur Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz.

### **b) Ausnahme: Heilung im Rekursverfahren**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch dessen Gewährung in einem nachfolgenden Rechtsmittelverfahren geheilt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Rechtsmittelinstanz die volle Überprüfungsbefugnis zusteht und sie von dieser Befugnis auch tatsächlich Gebrauch macht.

Geht es allerdings um die Beurteilung von Ermessensfragen, bei welchen der Vorinstanz ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt, ist in der Regel von einer Heilung abzu sehen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **3. Beurteilung des konkreten Falles**

### **a) Hinweis auf Expertenmeinungen als ungenügende Verfügungsbegründung**

Im vorliegenden Fall wurde die Baubewilligung nach Ansicht des Baudepartementes nur unzureichend begründet. Die Gründe, weshalb der Einsprache keine Folge gegeben wurde, könnten aus den Erwägungen nicht entnommen werden. Es genüge nicht, bloss darauf hinzuweisen, dass die beigezogenen Experten eine harmonische Einfügung ins Ortsbild bejahen.

Die Einsprecher hätten in ihrer Einsprache auf vier Seiten eingehend dargelegt, weshalb die Baute ihres Erachtens nicht ins Ortsbild passe. Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz zumindest auf die Hauptpunkte des Argumentariums der Einsprecher eingehen und darlegen müssen, weshalb sie gegenteiliger Auffassung sei. An dieser Beurteilung vermöge der Umstand, dass den Rekurrenten die Berichte der beigezogenen Experten be-

kannt waren, ebensowenig zu ändern, wie die Tatsache, dass anlässlich des Augenscheins angeblich eine eingehende Diskussion der Standpunkte der Einsprecher stattgefunden habe. Art. 24 Abs. 1 VRP verlange eine Verfügungsbegründung, die eine sachgerechte Anfechtung eines Entscheides ermöglicht. Die Vorinstanz hingegen sei im Einspracheentscheid mit keinem Wort auf die Einsprachegründe eingegangen und habe dadurch den Anspruch der Rekurrenten auf rechtliches Gehör verletzt.

#### **b) Rückweisung auf Grund des erheblichen Beurteilungsspielraums der Vorinstanz**

Das Baudepartement führte weiter aus, dass der Baubewilligungsbehörde bei der Frage, ob sich ein Bauvorhaben ins Ortsbild einfüge und sich den bestehenden Überbauungen anpasse, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt. Diesen Ermessensspielraum habe die Rechtsmittelinstanz zu wahren. Es sei daher fraglich, ob eine Heilung der Gehörsverletzung im Rekursverfahren möglich gewesen wäre. Die Beantwortung dieser Frage könne jedoch offenbleiben, zumal es die Vorinstanz unterlassen habe, im eigens zu diesem Zweck durchgeführten zweiten Schriftenwechsel eine Begründung für die Einspracheabweisung nachzuliefern. Der Rekurs wurde daher zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- BGE 126 I 72, 125 II 149 Erw. 2a, 123 I 34 Erw. 2c, 110 Ia 82
- Imboden/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 85 Ia und c, S. 286 f.
- Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, N 355
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 990

#### **Entscheid des Baudepartementes vom 20. August 2004 i.S. V. und A. E.**

Das Baudepartement hielt fest, dass der blosser Hinweis auf Expertenmeinungen einen Einspracheentscheid nur ungenügend begründet. Nachdem die betroffene Gemeinde die mangelhafte Begründung im Rekursverfahren nicht nachgeholt hatte, obwohl eigens dafür ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt worden war, wurde die Streitsache zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**29**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Rekursberechtigung bei Ästhetikvorschriften****Art. 45 Abs. 1 VRP: Rekursberechtigung**

Bei der Anrufung von Vorschriften des Ortsbildschutzes hat der Nachbar eines Bauvorhabens konkret darzutun, weshalb die Verletzung dieser Vorschriften ihn mehr trifft als die Allgemeinheit.

An diese Darlegung dürfen keine hohen Anforderungen gestellt werden, wenn für ein abgegrenztes Gebiet besondere Ästhetikvorschriften aufgestellt wurden und sowohl die Bau- wie auch die Nachbarparzelle in dieses Gebiet einbezogen wurden.

In einem Rekursverfahren vor Baudepartement war die Legitimation gewisser Rekurrenten umstritten. Die zuständige Gemeindebehörde machte geltend, dass diese Rekurrenten nur öffentliche Interessen wahrnahmen. Zudem fehle die erforderliche enge nachbarliche Beziehung zum Baugrundstück. Dies gelte insbesondere für diejenigen Rekurrenten, welche lediglich zur Miete auf den Nachbargrundstücken wohnten. Da es vorliegend weder um materielle Immissionen noch um die Schaffung eines Gefahrenpotenzials gehe, könne die Rekursberechtigung nur für dinglich und auf unbestimmte Zeit am Nachbargrundstück berechnete Personen bejaht werden.

**1. Rekursberechtigung im Allgemeinen**

Nach Art. 45 Abs. 1 VRP ist nur derjenige zur Erhebung eines Rekurses berechtigt, welcher an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut.

**a) Eigenes Interesse**

Gegen behördliches Handeln soll nur einschreiten können, wer selbst davon betroffen ist. Verfolgt also jemand mit der Prozessführung Allgemeininteressen oder die Interessen Dritter, muss die Rechtsmittelbefugnis verneint werden.

Diese Einschränkung der zum Rekurs befugten Personen dient dem Schutz der Rechtsmittelinstanzen vor Überlastung und der Rechtssicherheit. Die Verwaltungsrechtsprechung soll vorab dem Schutz des einzelnen Bürgers dienen.

**b) Schutzwürdiges Interesse**

Das zweite Element der Rekursberechtigung besteht in der Schutzwürdigkeit der geltend gemachten Interessen. Die Zulassung zum Verfahren wird mit anderen Worten von einer bestimmten Interessenqualität abhängig gemacht.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts gelten nicht nur rechtlich geschützte Interessen des Betroffenen als schutzwürdig, sondern auch dessen tatsächliche Interessen. Die Rechtsmittelbefugnis ist jedoch nur dann zu bejahen, wenn die tatsächlichen Interessen des Betroffenen durch die Verfügung oder den Entscheid objektiv gesehen mehr

berührt werden als die Interessen eines Dritten oder der Allgemeinheit. Diese Anforderungen haben zur Folge, dass der Rechtsmittelkläger in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen muss.

Das geltend gemachte Interesse muss für jede einzelne Rechtsbehauptung vorliegen. Jeder Einwand ist gesondert daraufhin zu überprüfen, ob der Rekurrent durch den vorinstanzlichen Sachentscheid unmittelbar und stärker als irgendjemand in den eigenen Interessen berührt ist.

An die Darlegung des eigenen schutzwürdigen Interesses sind immer dann keine besonderen Anforderungen zu stellen, wenn sich dieses Interesse ohne weiteres aus der konkreten örtlichen Situation ergibt.

## **2. Rekursberechtigung in besonderen Fällen**

### **a) Legitimation von Mietern**

Wie obstehend ausgeführt, genügt für die Rekursberechtigung das Vorliegen eines tatsächlichen Interesses. Ein solches kann ohne weiteres auch einem Mieter zukommen. Bei der Rekursberechtigung von Mietern ist allerdings darauf zu achten, dass auch sie nur eigene Interessen verfolgen dürfen.

### **b) Legitimation von Nachbarn in Bau- und Planungssachen**

#### **aa) Grundsätzlich**

In Bau- und Planungssachen ist die Rekursberechtigung von Nachbarn eines bestimmten Vorhabens davon abhängig zu machen, ob in räumlicher Hinsicht eine enge nachbarliche Beziehung zum Baugrundstück beziehungsweise zum Plangebiet gegeben ist. Zudem müssen auch Nachbarn durch den Sachentscheid der Vorinstanz unmittelbar und in höherem Ausmass als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit in eigenen, aktuellen tatsächlichen oder rechtlichen Interessen beeinträchtigt werden.

#### **bb) Bei Anrufung von Ästhetikvorschriften**

Ästhetikvorschriften haben keine nachbarschützende Funktion. Ein Nachbar, der sich unter Berufung auf einen solchen Rechtssatz gegen ein Bauvorhaben wehren will, kann daher kein rechtliches Interesse geltend machen. Auf Grund seines tatsächlichen Interesses kann die Rekursberechtigung jedoch gegeben sein.

Ruft der Nachbar das Verunstaltungsverbot oder die Vorschriften des Ortsbildschutzes an, hat er konkret darzutun, weshalb die angebliche Verletzung dieser Vorschriften ihn mehr trifft als die Allgemeinheit. Wenn die angerufenen Ästhetikvorschriften allerdings für ein abgegrenztes, sowohl die Bau- wie auch die Nachbarparzelle umfassendes Gebiet aufgestellt wurden, dürfen an diesen Nachweis keine hohen Anforderungen gestellt werden. Das besondere Interesse des Nachbarn an der Fernhaltung von Bauten, die den speziellen Ästhetikvorschriften widersprechen, ist diesfalls ohne weiteres ersichtlich.

### 3. Bedeutung im konkreten Fall

Im vorliegenden Fall wohnen sämtliche Rekurrenten in einem Radius von weniger als 40 m vom Baugrundstück entfernt. Bis auf eine Parzelle sind alle Grundstücke der Kernzone zugeteilt. Damit unterliegen sie allesamt den speziellen Einfügungs- und Ästhetikvorschriften der Kernzone. Zudem ist der Grossteil der Liegenschaften Teil des geschützten Ortsbildes. Gleiches gilt für die Bauparzelle. Die einzige Parzelle ausserhalb der Kernzone und des geschützten Ortsbildperimeters grenzt unmittelbar an das Baugrundstück. Diese Parzelle ist überbaut. Das Baugrundstück liegt nur gerade 5 m südwestlich von der Hausfassade.

Das Baudepartement gelangte zum Schluss, dass sämtliche Rekurrenten über die erforderliche nahe Beziehung zum Baugrundstück verfügen und überdies durch den vorinstanzlichen Sachentscheid direkt und stärker als Dritte in eigenen Interessen berührt sind. Ihre Rekursberechtigung wurde folglich bejaht.

#### Weiterführende Hinweise:

- GVP 1996 Nr. 59
- VerwGE vom 13. Dezember 1979 i.S. E. S.
- Beschluss der Regierung vom 2. April 1996 (RRB 1996/470)
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 386 ff. und N 416
- Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N 1766 f.
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2003 Nr. 45, 1999 Nr. 21

#### **Entscheid des Baudepartementes vom 20. August 2004 i.S. V. und A. E.**

Das Baudepartement bejahte die Rekursberechtigung von Nachbarn (Grundeigentümer und Mieter) einer Bauparzelle, welche in einem Radius von weniger als 40 m vom Baugrundstück entfernt wohnten und sich auf Vorschriften des Ortsbildschutzes beriefen.

**30**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Rechtzeitigkeit von Fristerstreckungsgesuchen****Art. 48 Abs. 2 VRP: Rekursergänzung****Art. 48 Abs. 3 VRP: Säumnisfolge****Art. 78 Abs. 1 GerG: Richterliche Frist****Zur Wahrung einer behördlich angesetzten Frist genügt bei Verfahren ohne Dringlichkeit grundsätzlich ein Erstreckungsgesuch am letzten Tag der Frist.**

In einem Rekursverfahren vor Baudepartement wurde den Rekurrenten unter Hinweis auf die Säumnisfolgen eine Frist bis zum 21. April 2004 für die Rekursergänzung angesetzt. Am letzten Tag dieser Frist, mit Schreiben vom 21. April 2004, beantragten die Rekurrenten eine weitere Fristerstreckung. Das Baudepartement entsprach diesem Gesuch am 23. April 2004 und verlängerte die Frist bis zum 10. Mai 2004.

Die Rekursgegner machten in der Folge geltend, dass die von den Rekurrenten am 28. und 29. April 2004 versandten Rekursergänzungen verspätet eingereicht und damit aus dem Recht zu weisen seien.

**1. Amtsbetrieb als Verfahrensmaxime im Verwaltungsverfahren**

Im Verwaltungsverfahren herrscht Amtsbetrieb. Dies bedeutet, dass Terminbestimmungen, Vorladungen und Zustellungen von Amtes wegen erfolgen. Dadurch können Verfahren rasch und sorgfältig zum Abschluss gebracht werden.

Baugesuche sind von Amtes wegen beförderlich zu behandeln. So wird vermieden, dass dem Baugesuchsteller in der Zeit zwischen der Einreichung des Baugesuchs und der rechtskräftigen Baubewilligung grosse Schäden entstehen. Die Behörde hat den Beteiligten deshalb für die Mitwirkung Fristen anzusetzen.

**2. Einreichung der Rekursanzeige und -ergänzung**

Ein Rekurs ist nach Art. 48 Abs. 1 VRP der Rekursinstanz schriftlich einzureichen. Er muss einen Antrag, eine Sachverhaltsdarstellung und eine Begründung enthalten und ist zu unterzeichnen.

Innert der Rekursfrist muss mindestens die Rechtsmittelerklärung im engeren Sinn eingereicht werden, das heisst die Willenserklärung, dass gegen eine bestimmte Verfügung oder einen Entscheid Rekurs erhoben wird. Antrag, Sachverhaltsdarstellung, Begründung und Unterschrift hingegen sind lediglich relative Gültigkeitserfordernisse. Sie müssen nicht zwingend innert der gesetzlich bestimmten Rechtsmittelfrist eingereicht werden, sondern können auch noch nachträglich, auf behördliche Fristansetzung hin erfolgen.

Fehlt in einer Rekurschrift der Antrag, die Sachverhaltsdarstellung, die Begründung oder die Unterschrift, hat die Rekursinstanz den Rekurrenten unter Ansetzung einer Frist zur Ergänzung des Rekurses aufzufordern (Art. 48 Abs. 2 VRP). Diese Aufforderung ist mit

dem Hinweis zu verbinden, dass nach unbenützter Frist auf den Rekurs nicht eingetreten wird (Art. 48 Abs. 3 VRP). Durch die Androhung dieser Säumnisfolge wird die erstreckte Frist zu einer Notfrist, welche nach Ablauf nicht nochmals erstreckbar ist.

### 3. Behandlung von Fristerstreckungsgesuchen

#### a) Im Regelfall

Die Zeitbestimmungen des Gerichtsgesetzes gelten sachgemäss auch im Verwaltungsverfahren (Art. 30 VRP). Art. 78 Abs. 1 GerG sieht vor, dass von Behörden gesetzte Fristen verschoben werden können, wenn vor Ablauf der Frist darum ersucht wird.

Nach ständiger Praxis der kantonalen Verwaltungsbehörden und des Verwaltungsgerichtes genügt es daher zur Abwendung der Säumnisfolge in der Regel, dass das Fristerstreckungsgesuch vor Ablauf der Frist *gestellt* wird. Die verfahrensleitende Verfügung betreffend Fristerstreckung hingegen muss nicht vor Ablauf der Frist eröffnet werden.

Im Rekurs- wie auch im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht wird dem Gesuchsteller in der Regel eine erste solche Fristerstreckung gewährt. Eine entsprechende telefonische Absicherung ist jedoch zu empfehlen.

#### b) Bei bereits länger dauernden oder dringlichen Verfahren

Dauert ein Verfahren bereits länger, ist es besonders dringlich, musste schon wiederholt eine Fristerstreckung gewährt werden oder besteht der Verdacht, dass das Verfahren bewusst verzögert wird, können die Verfahrensbeteiligten bei einem (erneuten) Gesuch nicht davon ausgehen, dass die Frist (nochmals) erstreckt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn die angesetzte Frist ausdrücklich als nicht erstreckbar oder letztmalig bezeichnet wurde.

Fristerstreckungsgesuche müssen diesfalls vor Ablauf der Frist *bei der Behörde eintreffen*. So bleibt der Behörde genügend Zeit, vor dem Fristablauf über die Erstreckung zu entscheiden. Wer also in einem bereits längere Zeit dauernden Verfahren am letzten Tag der Frist eine Erstreckung beantragt, trägt das Risiko, dass bei Abweisung des Gesuchs keine Zeit mehr bleibt, die Eingabe fristgerecht einzureichen.

### 4. Rechtzeitige Gesuchsstellung im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall ersuchten die Rekurrenten am letzten Tag der für die Rekursergänzung angesetzten Frist um Fristerstreckung. Es seien noch fachliche Abklärungen ausstehend, welche während der Osterfeiertage nicht hätten vorgenommen werden können.

Das Baudepartement erachtete das Fristerstreckungsgesuch als rechtzeitig erhoben, zumal das Verfahren bis anhin keine Verzögerung erfahren hatte. Die Rekursergänzungen vom 28. und 29. April 2004 sind demzufolge rechtzeitig eingereicht worden.

#### Weiterführende Hinweise:

- GVP 1985 Nr. 50
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 910 ff.
- W.E. Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Zürich 1979, S. 184 ff.
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2000 Nr. 51

**Entscheid des Baudepartementes vom 20. August 2004 i.S. V. und A. E.**

Die Frist zur Rekursergänzung kann auch nach Fristablauf noch erstreckt werden, sofern das Fristerstreckungsgesuch vor Ablauf der angesetzten Frist *gestellt* wurde. Bei bereits länger dauernden Verfahren hingegen muss das Gesuch vor Ablauf der Frist *bei der Rekursbehörde eintreffen*.

**31**

Verwaltungsverfahrensrecht:

**Fristenwahrung beim elektronischen Zahlungsauftrag****Art. 32 Abs. 3 OG: Frist****Art. 84 Abs. 2 GerG: Fristende****Art. 96 Abs. 1 VRP: Kostenvorschuss**

Ein mittels elektronischem Zahlungsauftrag geleisteter Kostenvorschuss gilt nur dann als rechtzeitig erbracht, wenn die Daten beziehungsweise der Datenträger spätestens am letzten Tag der Frist der Post übergeben werden. Zudem muss das eingesetzte Fälligkeitsdatum innerhalb der Zahlungsfrist liegen.

Das Bundesgericht hatte über die Rechtzeitigkeit eines mittels elektronischem Zahlungsauftrag geleisteten Kostenvorschusses zu befinden.

**1. Die Kostentragungspflicht**

Wer eine Amtshandlung zum eigenen Vorteil oder durch sein Verhalten veranlasst, hat die vorgeschriebene Gebühr zu entrichten und kann überdies zum Ersatz der Barauslagen der Behörde verpflichtet werden (Art. 94 Abs. 1 VRP).

Von dieser Kostenregel gibt es Ausnahmen. So hat beispielsweise in Streitigkeiten grundsätzlich jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen wird (Art. 95 Abs. 1 VRP).

**2. Der Kostenvorschuss****a) Bedeutung**

Nach Art. 96 Abs. 1 VRP steht es der Behörde frei, einen Kostenvorschuss zu verlangen. Diese Befugnis ist nicht auf Rechtsmittelverfahren beschränkt, sondern gilt für sämtliche Verfahren, die mit einer kostenpflichtigen Verfügung oder einem kostenpflichtigen Entscheid enden.

Die Erhebung eines Vorschusses ist insbesondere dort angezeigt, wo die Bezahlung der Gebühr auf Grund der konkreten Umstände unsicher erscheint. Ausgenommen von der Vorschusspflicht sind einzig jene Personen, bei denen die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege erfüllt sind. Falls erst nach Aufforderung zur Kostenvorschussleistung ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wird, ist zunächst über dieses zu befinden. Im Fall einer Abweisung ist gegebenenfalls eine neue Frist für die Vorschussleistung anzusetzen.

**b) Höhe**

Die Behörde legt die Höhe des Kostenvorschusses nach ihrem pflichtgemässen Ermessen fest. Der Vorschuss darf allerdings nicht höher angesetzt werden als die voraussichtliche Gebühr.

**c) Frist und Androhung der Säumnisfolgen**

Für die Leistung des Kostenvorschusses ist eine angemessene Frist anzusetzen und gleichzeitig auf die Säumnisfolgen hinzuweisen. Der Vorschusspflichtige ist mit anderen Worten darauf aufmerksam zu machen, dass das Verfahren bei nicht oder nicht fristgemässer Bezahlung abgeschrieben werden kann, beziehungsweise dass die beantragte Amtshandlung unterbleiben wird (Art. 96 Abs. 2 VRP).

Es steht der zuständigen Behörde frei, die angedrohten Säumnisfolgen eintreten zu lassen. Das Baudepartement und das Verwaltungsgericht beispielsweise erachten den Eintritt der Säumnisfolgen regelmässig als geboten. Auf eine Abschreibung des Verfahrens trotz nicht rechtzeitiger Kostenvorschussleistung wird einzig dann verzichtet, wenn die Voraussetzungen der Wiederherstellung der Frist nach Art. 85 ff. GerG gegeben sind oder wenn öffentliche Interessen einer Abschreibung entgegenstehen (Art. 96 Abs. 2 VRP).

**3. Die Wahrung von Zahlungsfristen****a) Bei Barzahlung oder Übergabe eines Zahlungsauftrags an die Post**

Art. 32 Abs. 3 OG bestimmt, dass prozessuale Handlungen innerhalb der Frist vorzunehmen sind. Demnach müssen Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist direkt der zuständigen Behörde eingereicht oder zu deren Händen der Schweizerischen Post übergeben werden.

In gleicher Weise schreibt Art. 84 Abs. 2 GerG vor, dass die geforderte Handlung bis um 24 Uhr des letzten Tages vorgenommen werden muss. Eine Zahlungsfrist gilt dann als eingehalten, wenn die Barzahlung bis um 24 Uhr des letzten Tages erfolgt, beziehungsweise wenn der Zahlungsauftrag bis zu diesem Zeitpunkt der schweizerischen Post übergeben wird.

**b) Bei E-Banking / elektronischem Zahlungsauftrag**

Die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen beziehen sich nur auf jene Sachverhalte, bei denen eine direkte Übergabe erfolgt oder der Schweizerischen Post ein Zahlungsauftrag erteilt wird. Demgegenüber wird beispielsweise beim E-Banking der Zahlungsauftrag *einer Bank* erteilt. Die Bank, welche die Zahlung bei der Post ebenfalls auf elektronischem Weg (elektronischer Zahlungsauftrag) veranlasst, ist Erfüllungsgehilfin des Zahlungspflichtigen. Allfällige Versäumnisse der eingesetzten Bank werden daher dem Zahlungspflichtigen angerechnet.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes genügt die Auftragserteilung an eine Bank nicht zur Fristwahrung. Eine mittels (E-Banking und) elektronischem Zahlungsauftrag erfolgte Zahlung gilt folglich nur dann als rechtzeitig geleistet, wenn die beauftragte Bank ihrerseits im Sinn von Art. 32 Abs. 3 OG handelt. Die elektronischen Daten beziehungsweise der Datenträger müssen mit anderen Worten spätestens am letzten Tag der Frist *der Post* übergeben werden. Wichtig ist zudem, dass auch das eingesetzte Fälligkeitsdatum innerhalb der angesetzten Zahlungsfrist liegt. Dabei ist zu beachten, dass das Computerprogramm der Postfinance den eingehenden Zahlungen automatisch das Valutadatum des

nächsten Tages zuweist. Um die Fristenwahrung sicherzustellen, müssen elektronische Zahlungsaufträge folglich mindestens zwei Postwerttage vor Ablauf der Zahlungsfrist der Postfinance zugehen.

#### 4. Anwendung im konkreten Fall

In einem Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht war bis zum 10. April 2003 ein Kostenvorschuss zu leisten. Die Rechtsmittelkläger beauftragten eine Bank mit der Bezahlung dieses Vorschusses. Die Bank veranlasste die Zahlung bei der Post am 10. April 2003 mit elektronischem Zahlungsauftrag. Das Computerprogramm der Postfinance wies der Zahlung jedoch automatisch das Fälligkeitsdatum 11. April 2003 zu.

Das Bundesgericht beurteilte die Zahlung als zu spät erfolgt. Daran vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Bank die Fälligkeitsdaten nicht frei einsetzen könne und an die bei der Post geltenden Arbeitsabläufe gebunden sei. Dies gelte umso mehr, als die Benutzer der elektronischen Zahlungsauftrags-Dienstleistung der Post über die technischen Abläufe im Bild seien. Der Kostenvorschuss sei daher verspätet geleistet worden.

#### Weiterführende Hinweise:

- BGE 117 Ib 220, 114 Ib 69 ff.
- GVP 2003 Nr. 61, 1998 Nr. 58, 1991 Nr. 42, 1989 Nr. 82, 1976 Nr. 27
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 808 ff. und N 936 ff.
- A. Holenstein, Kommentar zum Gerichtsgesetz des Kantons St.Gallen vom 2. April 1987, Flawil 1987, S. 166
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 1998/I/6 und 2000 Nr. 52

**Entscheid des Bundesgerichtes vom 13. Juni 2003 (2A.104/2003; auszugsweise publiziert in: Pra 2004 Nr. 65)**

Damit die Fristenwahrung sichergestellt ist, müssen elektronische Zahlungsaufträge der Postfinance mindestens zwei Postwerttage vor Ablauf der Zahlungsfrist zugehen.