



Juristische Mitteilungen 2006 / IV

Inhalt

Literaturhinweise:	
26. Neuerscheinungen 2006.....	2
Veranstaltungen:	
27. Regionen im Umbruch! – Regionalverkehr im Aufbruch?.....	5
Verfassungsrecht:	
28. Folgen behördlicher Duldung unbewilligter Bauten	6
Baurecht:	
29. Geländeauffüllungen in der Landwirtschaftszone.....	10
Strassenrecht:	
30. Klassierung von Erschliessungsstrassen.....	17
Umweltschutzrecht:	
31. Mindestabstände für Tierhaltungsanlagen	21
Öffentliches Beschaffungswesen:	
32. Unabänderlichkeit von Offerten	25
33. Preis-/Leistungsverhältnis als Zuschlagskriterium?	27
Verwaltungsverfahrenrecht:	
34. Rekurs- und Beschwerdelegitimation – Bedeutung des Rechtsschutzinteresses.....	29
35. Ausstandsbegehren gegen das Baudepartement	33

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
Internet:	www.jumi.sg.ch

26

Literaturhinweise:

Neuerscheinungen 2006

Wie bereits im Vorjahr soll in der letzten Ausgabe eine kurze Übersicht über die diesjährig erschienene Literatur gegeben werden. Berücksichtigt werden nur die Werke in den Rechtsbereichen, die die Tätigkeit des Baudepartementes berühren. Die Aufzählung ist keineswegs abschliessend.

1. Bau- und Planungsrecht

Schweizerische Vereinigung für Landesplanung VLP-ASPAN (Hrsg.):

Die Baulanderschliessung und deren Finanzierung

VLP-ASPAN Schriftenfolge 72, Bern 2006

ISBN 3-908703-67-0

Die Pflicht zur Erschliessung der Bauzonen obliegt in erster Linie den Gemeinden. Sie müssen unter finanziellen Gesichtspunkten in der Lage sein, das eingezonte Bauland innerhalb von 15 Jahren tatsächlich zu erschliessen. Die Erfahrung zeigt, dass sich die Gemeinwesen der finanziellen Konsequenzen planerischer Massnahmen zu wenig bewusst sind, was nicht nur Auswirkungen auf den Finanzhaushalt, sondern auch auf die tatsächliche Entwicklung eines Gebiets hat.

Im einleitenden Kapitel wird neben der Definition der verschiedenen Erschliessungsarten und der Darstellung der Instrumente der Erschliessungsplanung auch aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen vom Grundsatz der Erschliessung durch die Gemeinde abgewichen und die Erschliessung durch die Grundeigentümer vorgenommen werden kann. Im zweiten Kapitel wird die Erschliessungsfinanzierung untersucht. Es soll aufgezeigt werden, welche Möglichkeiten sich den Gemeinden bieten, die mitunter hohen Erschliessungskosten zu liquidieren, das heisst zumindest teilweise den privaten Grundeigentümern zu überwälzen. Im dritten Kapitel wird die Beitragserhebung dargestellt, wie sie typischerweise im kantonalen Vollzug geregelt ist. Die Ausführungen, die sich vorab auf den Bereich der Strassen beschränken, werden mit beispielhaften Verweisen auf kantonale Bestimmungen, Literatur und Gerichtsentscheide veranschaulicht, wobei bewusst darauf verzichtet wird, alle Regelungen systematisch darzustellen. Die Ausführungen sollen eine Auslegungshilfe bieten, wo Regelungen fehlen oder eine Anregung sein, wie andernorts Regelungen getroffen wurden. Im vierten und letzten Kapitel wird die Erhebung von Erschliessungsbeiträgen untersucht, welche sich auf die Erschliessungsbereiche der Abwasserbehandlung sowie der Energie- und Wasserversorgung beziehen.

Die Schrift kann auf der Homepage der VLP-ASPAN (www.vlp-aspan.ch) bestellt werden.

B. Waldmann/P. Hänni:

Raumplanungsgesetz. Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung. Stämpflis Handkommentar

Stämpfli Verlag AG, Bern 2006

ISBN 3-7272-2521-1

Das Werk kommentiert das Gesetz artikelweise und informiert ausführlich über den Stand von Rechtsprechung und Lehre in den verschiedenen Anwendungsgebieten des Raumplanungsgesetzes. In die Kommentierung einbezogen wurden auch andere Bundesgesetz-

ze, die mit der Raumplanung im Zusammenhang stehen, wie insbesondere das Natur- und Heimatschutzgesetz, das Umweltschutzgesetz oder das Waldgesetz. Rechtsprechung und Lehre wurden bis zum 28. Februar 2006 berücksichtigt.

A. Schneider:

Der angemessene Ausgleich für erhebliche Planungsvorteile nach Art. 5 Abs. 1 RPG
Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2006
ISBN 3-7255-5178-2

Das kantonale Recht regelt einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile, die durch Planungen nach diesem Gesetz entstehen (Art. 5 Abs. 1 RPG). Das Raumplanungsgesetz schreibt den Kantonen seit über 25 Jahren vor, einen Ausgleich von erheblichen Planungsvorteilen zu regeln. Bislang sind jedoch erst wenige Kantone diesem Gesetzgebungsauftrag nachgekommen. Der Kanton St.Gallen gehört dabei zur Mehrheit der Kantone, die den Ausgleich von Planungsvorteilen bzw. -nachteilen gesetzlich nicht geregelt haben. In der Freiburger Dissertation wird untersucht, was unter erheblichen Planungsvorteilen zu verstehen ist, und welche Ziele mit dem Ausgleich verfolgt werden. Ausserdem wird der Frage nachgegangen, wie der Vorteilsausgleich und der Nachteilsausgleich bzw. die Entschädigungen bei materieller Enteignung zusammenspielen. Ein wesentlicher Teil der Arbeit befasst sich mit den Eigenheiten einer besonderen Ausgleichsabgabe und einer in die Grundstückgewinnsteuer integrierten Abgabe. Sie dienen als Ausgangspunkt für Vorschläge, wie der verlangte Ausgleich in die kantonalen Steuersysteme integriert werden könnte.

B. Wittwer:

Bewilligung von Mobilfunkanlagen

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht 173, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2006
ISBN 3-7255-5261-4

Mobilfunkanlagen stehen in einem Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen öffentlichen und privaten Interessen. Die Gesetzgebung berücksichtigt diese Interessen in den jeweiligen Sachnormen, ohne diese materiell zu koordinieren: Das Fernmelderecht verpflichtet die Konzessionäre, die Bevölkerung mit GSM- und UMTS-Diensten zu versorgen und schreibt dabei einen Infrastrukturwettbewerb vor; die Umweltschutzgesetzgebung beschränkt die maximal zulässige elektromagnetische Strahlung; aus dem Raumplanungs- und Baurecht ergeben sich die Zonenkonformität und die baulichen Anforderungen an Mobilfunkanlagen; das Natur- und Heimatschutzrecht normiert besondere Voraussetzungen für Anlagen in geschützten Gebieten bzw. Objekten. Die vorliegende Dissertation besteht aus drei Teilen, welche die Grundlagen, die materielle Rechtslage und verfahrensrechtliche Fragen durchleuchtet. Sie soll Möglichkeiten aufzeigen, die zu einer Entspannung der Situation beitragen könnten, und nimmt zu den Bewilligungsvoraussetzungen und prozessualen Fragen kritisch Stellung.

D. Ivanov:

Die Harmonisierung des Baupolizeirechts unter Einbezug der übrigen Baugesetzgebung. Aktuelle Rechtslage und Lösungsansätze

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2006
ISBN 3-7255-5210-X

Die Freiburger Dissertation untersucht die Frage, ob und wie einzelne Aspekte des öffentlichen Baurechts, insbesondere des Baupolizeirechts, vereinheitlicht werden könnten. Neben dem Baupolizeirecht werden zahlreiche baurelevante Aspekte des Raumplanungs-, Bau- und Umweltrechts beleuchtet und die zwischen den verschiedenen Bereichen vor-

handenen Synergien dargestellt. Nach einem Überblick über die verfassungsrechtliche Kompetenzteilung zwischen Bund und Kantonen im öffentlichen Baurecht werden zahlreiche Auswirkungen des Bundesrechts auf die kantonalen Entscheidungsspielräume auf diesem Gebiet aufgezeigt. Davon ausgehend wird vermittelt, welche Aspekte des Bau- und Planungsrechts bereits einheitlich geregelt und wie gross die Entscheidungsbefugnisse der Kantone tatsächlich sind. Schliesslich wird untersucht, auf welche Weise eine Vereinheitlichung des Bau- und Baupolizeirechts am sinnvollsten erreicht werden könnte.

2. Verwaltungsrecht

U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann:

Allgemeines Verwaltungsrecht

5. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2006

ISBN 3-90545-587-0 (Dike Verlag Zürich/St.Gallen)

ISBN 3-7255-5236-3 (Schulthess Juristische Medien AG Zürich/Basel/Genf)

Auf Grund der tief greifenden Änderungen im Bereich der Verwaltungsrechtspflege, die am 1. Januar 2007 mit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes, des Verwaltungsgerichtsgesetzes und der zahlreichen Änderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes erfolgen werden, wurde der 4. Teil der 4. Auflage über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (§§ 24-26) vollständig überarbeitet. Ausserdem wurden die zahlreichen Hinweise auf den Rechtsschutz im gesamten Buch angepasst und die Änderungen in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung nachgetragen. Die Beispiele, die zur Veranschaulichung der Ausführungen beitragen, sind teilweise durch aktuellere Entscheide ersetzt und ergänzt worden.

27

Veranstaltungen:

Regionen im Umbruch! – Regionalverkehr im Aufbruch?

Das Institut für Verkehrsplanung und Transportsysteme der ETH Zürich organisiert am 8. März 2007 eine Veranstaltung zum Thema: "Regionen im Umbruch! – Regionalverkehr im Aufbruch?"

Die Veranstaltung versucht eine idealtypische Vision des Regionalverkehrs aufzuzeigen, die aus Sicht der Disziplinen Bau- und Umweltingenieurwesen, Rechtswissenschaften, Raumplanung und Politologie als erstrebenswert gilt. Die kritische Auseinandersetzung mit diesem Idealbild soll zu einer realisierbaren Vision führen.

Die Veranstaltung soll dem Austausch von Erfahrungen dienen und das Knüpfen von neuen Kontakten zwischen Wissenschaftlern und Praktikern ermöglichen. Dazu dienen folgende fünf Vortragsblöcke mit anschliessender Diskussion:

- Recht und Regionalverkehr mit spezieller Berücksichtigung der zukünftigen Entwicklung der EU-Gesetzgebung und ihr Einfluss auf den Regionalverkehr, Referentin: Regula Herrmann, Fürsprecherin, Bundesamt für Verkehr (BAV), Sektion Personenverkehr, Bern.
- Service Public und Regionalverkehr. Der Grundversorgungsauftrag als Basis für die Weiterentwicklung des Regionalverkehrs, Referent: Prof. Dr. Peter Knoepfel, IDHEAP, Institut de hautes études en administration publique, unité d'enseignement et de recherche en politiques publiques et durabilité, Chavannes-près-Renens.
- Raumplanung und Regionalverkehr. Der Regionalverkehr als Instrument der Raumplanung zur Erschliessung des ländlichen Raums, Referent: Prof. Dr. Bernd Scholl, IRL-ETH, Institut für Raum- und Landschaftsentwicklung, Zürich.
- Verkehrsplanung und Regionalverkehr. Der Regionalverkehr als spezielle Herausforderung bei der Infrastruktur- und Angebotsplanung, Referent: Prof. Dr. Ulrich Weidmann, IVT-ETH, Institut für Verkehrsplanung und Transportsysteme, Zürich.
- Betriebswirtschaft und Regionalverkehr. Die Organisation des Regionalverkehrs aus ökonomischer Sicht, Referent: Prof. Dr. Rico Maggi, USI, Università della Svizzera italiana, Facoltà di Scienze economiche, Lugano.

Die Veranstaltung findet im ETH-Zentrum in Zürich statt. Die Kosten betragen Fr. 110.-- inklusive Tagungsband.

Interessierte können sich bei Markus Rieder, IVT-ETH Zürich, ETH Hönggerberg, HIL F 14.2, Wolfgang-Pauli-Strasse 15, CH-8092 Zürich; per Fax unter 044 633 10 57 oder per E-Mail unter rieder@ivt.baug.ethz.ch anmelden.

28

Verfassungsrecht:

Folgen behördlicher Duldung unbewilligter Bauten**Art. 9 BV: Treu und Glauben**

Das Vertrauensprinzip kann nur dann einem Abbruch einer rechtswidrig erstellten Baute oder Anlage entgegenstehen, wenn die zuständige Behörde die Bauarbeiten in voller Kenntnis duldete.

Muss nach Jahren festgestellt werden, dass Bauten oder Anlagen ohne Baubewilligung errichtet wurden, stellt sich - für die Gemeindebehörde wie auch für den Bauherrn - regelmässig die Frage nach den Folgen dieser stillschweigenden behördlichen Duldung des rechtswidrigen Zustands. Die Duldung des rechtswidrigen Zustands führt überdies dazu, dass sich andere, von Abbruchverfügungen betroffene Gemeindeglieder auf die Gleichbehandlung im Unrecht berufen.

Nachstehend sollen mögliche Folgen der behördlichen Duldung unbewilligter Bauten oder Anlagen aufgezeigt werden.

1. Folgen für die Gemeindebehörde**a) Voraussetzung: Kenntnis der Baurechtswidrigkeit**

Wird der Behörde eine unbewilligte Baute oder Anlage zur Kenntnis gebracht, hat sie vom Grundeigentümer ein Baugesuch einzuverlangen und ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen.

Die Gemeinden sind indessen nicht verpflichtet, ihr Gemeindegebiet regelmässig nach baurechtswidrigen Bauten und Anlagen zu durchsuchen. Es kann ihnen mit anderen Worten nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie nicht aktiv nach illegalen Bauten und Anlagen forschen.

Wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht, kann die zuständige Gemeindebehörde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verfügen (Art. 130 Abs. 2 BauG). Nach der Rechtsprechung ist die Baupolizeibehörde nicht nur gehalten, sondern vielmehr verpflichtet, eine nicht bewilligte Errichtung, Änderung oder Umnutzung zu verbieten, solange die erforderliche Bewilligung nicht vorliegt. Die Behörde muss die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verfügen oder ein Verbot der Umnutzung erlassen – es sei denn, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit würde dadurch verletzt.

b) Aufsichtsrechtliche Anweisung

Die Gemeinden stehen gemäss Art. 228 Abs. 1 GG unter der Aufsicht des Staates. Aufsichtsbehörden sind die Regierung, das zuständige Departement oder von der Gesetzgebung vorgesehene besondere Aufsichtsbehörden (Art. 230 GG).

Die Staatsaufsicht erstreckt sich auf sämtliche Beschlüsse der Bürgerschaft und auf die Tätigkeit der Behörden (Art. 229 Abs. 1 GG). Gegenstand eines aufsichtsrechtlichen Einschreitens kann aber auch die Untätigkeit einer Behörde oder Amtsstelle sein.

Dem Departement als Aufsichtsinstanz steht unter anderem ein Weisungsrecht zu (Art. 232 GG). Weigert sich also die zuständige Gemeindebehörde, für eine nicht bewilligte Baute oder Anlage das Wiederherstellungsverfahren einzuleiten, kann sie hierzu vom Departement (mittels eines kostenpflichtigen Entscheides) aufsichtsrechtlich angewiesen werden.

2. Folgen für den Grundeigentümer

a) Vertrauensschutz?

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV). Damit stellt sich die Frage, ob sich der Grundeigentümer beziehungsweise sein Rechtsnachfolger unter Hinweis auf die behördliche Duldung auf den Vertrauensschutz berufen und so einen drohenden Abbruch der widerrechtlichen Baute oder Anlage abwenden kann.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verwirkt das Gemeinwesen seinen Anspruch auf Anordnung einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erst dreissig Jahre nach Ausführung der rechtswidrigen Baute oder Anlage. Theoretisch könnten die Gemeindebehörden also den Abbruch illegal errichteter Baute oder Anlagen noch neunundzwanzig Jahre nach deren Errichtung verfügen – es sei denn, dass ihnen die Bau-rechtswidrigkeit bekannt war oder bei gebotener Aufmerksamkeit hätte bekannt sein müssen. Diesfalls kann sich der Grundeigentümer unter Umständen erfolgreich auf seinen guten Glauben berufen.

Das Vertrauensprinzip kann mit anderen Worten nur dann einem Abbruch einer rechtswidrig erstellten Baute entgegenstehen, wenn die zuständige Behörde die Bauarbeiten in voller Kenntnis geduldet hat. Solange sie jedoch beim Grundeigentümer nicht die Meinung hat aufkommen lassen, er handle rechtmässig, es also beim blossen Nichtstun der Verwaltung geblieben ist und keine zusätzlichen Anhaltspunkte vorliegen, ist grosse Zurückhaltung bei der Deutung der Untätigkeit als behördliche Duldung geboten.

b) Bestandesgarantie?

Nach Art. 77bis Abs. 1 BauG ist der Bestand und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften oder Plänen widersprechen, gewährleistet. Der Wortlaut der Bestimmung macht deutlich, dass nur der Bestand von Bauten und Anlagen geschützt werden, welche im Zeitpunkt der Errichtung sowohl formell als auch materiell rechtmässig erstellt wurden. Wurde für eine baubewilligungspflichtige Baute oder Anlage keine Bewilligung eingeholt, findet die Bestimmung folglich keine Anwendung.

Der besondere Bestandesschutz für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, Art. 24c RPG, findet zwar auch auf formell rechtswidrige Bauten und Anlagen Anwendung (vgl. Art. 41 RPV) – nach den Erörterungen des Bundesamtes für Raumentwicklung allerdings nur unter der Voraussetzung, dass sie nachträglich bewilligt werden können. Insofern kann der Adressat einer Abbruchverfügung auch aus dieser Bestimmung nichts zu seinen Gunsten ableiten.

3. Folgen für Dritte in gleicher Lage (Gleichbehandlungsgebot)

Duldet eine Behörde eine ohne Baubewilligung errichtete Baute oder Anlage, stellt sich die Frage, ob Personen in der gleichen Lage Anspruch darauf haben, ebenfalls von der Norm abweichend behandelt zu werden.

Nach Rechtsprechung und Lehre besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Nur ausnahmsweise können sich Private erfolgreich darauf berufen, dass einem Dritten eine widerrechtliche Begünstigung zuteil wurde. Voraussetzung hierfür ist, dass die zu beurteilenden Sachverhalte identisch oder ähnlich sind, dass die Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und überdies zu erkennen gibt, auch in Zukunft gesetzeswidrig entscheiden zu wollen. Zudem darf die Gleichbehandlung im Unrecht keine anderen legitimen Interessen verletzen.

Eine bloss vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustands hindert die Behörde grundsätzlich nicht daran, diesen Zustand später noch beheben zu lassen. Insofern lässt sich aus der behördlichen Untätigkeit nur mit grosser Zurückhaltung ein Vertrauenstatbestand ableiten. Im Übrigen müsste für eine erfolgreiche Berufung auf den Rechtsgleichheitsgrundsatz geprüft werden, ob die Gemeindebehörde von den rechtswidrigen Bauten und Anlagen tatsächlich Kenntnis hatte und bewusst auf ein Einschreiten verzichtete.

4. Sonderfall: Baubewilligung ohne kantonale Zustimmung

Bei der Beurteilung von Baugesuchen stellt sich immer wieder heraus, dass Gemeinden Bauten und Anlagen ausserhalb Bauzonen bewilligt hatten, ohne die von Art. 87bis BauG geforderte kantonale Zustimmung einzuholen. Der betroffene Grundeigentümer verfügt also über eine Baubewilligung, welche jedoch – möglicherweise ohne sein Wissen – mangelhaft ist.

Zu prüfen ist (wiederum) vorab, ob der Kanton für die widerrechtliche Baute oder Anlage eine nachträgliche Zustimmung erteilen kann. Lassen die Gesetzesvorschriften eine nachträgliche Zustimmung nicht zu, wird die zuständige Gemeindebehörde aufgefordert, gemäss Art. 130 Abs. 2 BauG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu prüfen.

Erachtet die Gemeindebehörde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als unverhältnismässig, wird der Kanton diese Beurteilung einer Prüfung unterziehen. Gelangt er in der Folge zum Schluss, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands – entgegen der kommunalen Beurteilung – vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält, wird er von seinem Aufsichtsrecht über die Gemeinden (Art. 228 ff. GG) Gebrauch machen. Der Inhalt der aufsichtsrechtlichen Weisung lautet alsdann wie folgt:

- Hatte die Gemeindebehörde mittels Verfügung auf einen Abbruch der widerrechtlichen Baute oder Anlage verzichtet, kann der Abbruch vom Departement aufsichtsrechtlich angeordnet werden.
- Hatte die Gemeindebehörde keinen Beschluss über den Verzicht auf die Wiederherstellung erlassen oder blieb sie untätig, wird sie vom Departement vorab aufsichtsrechtlich angewiesen, den Abbruch zu verfügen.

Weiterführende Hinweise:

- GVP 1980 Nr. 49
- AJP 2001, S. 531
- Beschluss der Regierung vom 12. September 2006 i.S. Ch. M. und vom 27. Juni 2006 i.S. V.K.

- Bundesamt für Raumentwicklung, Bewilligungen nach Art. 24c RPG: Änderungen an zonenwidrig gewordenen Bauten und Anlagen, S. 5
- M. Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss. Zürich 1999, S. 38, 59 und 107
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, St.Gallen 2003, N 744
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2004 Nr. 7, Nr. 9, Nr. 23 und Nr. 35

29

Baurecht:

Geländeauffüllungen in der Landwirtschaftszone**Art. 22 RPG: Baubewilligung****Art. 78 Abs. 2 Bst. g BauG: Bewilligungspflicht****Art. 130 Abs. 2 BauG: Wiederherstellung**

Die Zonenkonformität einer Geländeauffüllung in der Landwirtschaftszone ist zu bejahen, wenn sie eine erleichterte Bewirtschaftung oder Bodenverbesserung nach sich zieht und dadurch das Betriebsergebnis massgebend beeinflusst wird.

Kann eine widerrechtlich errichtete Geländeaufschüttung nachträglich nicht bewilligt werden, ist in Fällen ohne Dringlichkeit zu prüfen, ob die Pflicht zur Beseitigung der Auffüllung nebst dem Grundeigentümer auch weiteren Beteiligten aufzuerlegen ist.

In der Praxis zeigt sich, dass ausserhalb der Bauzonen vielerorts Geländeauffüllungen vorgenommen werden, ohne dass die von Art. 16a RPG geforderte Notwendigkeit zuvor abgeklärt wird beziehungsweise nachträglich bejaht werden kann. In vielen Fällen drängt sich deshalb der Verdacht auf, dass es sich bei den Auffüllungen lediglich um eine kostengünstige Ablagerung von Aushubmaterial handelt. Die betroffenen Grundeigentümer stimmen solchen Ablagerungen zu, da die Ausebnung des Geländes zu einer gewissen Bewirtschaftungserleichterung führt.

Die Regierung hatte kürzlich über die nachträgliche Bewilligungsfähigkeit einer ohne Baubewilligung vorgenommenen Auffüllung einer Geländesenke sowie über den von der Gemeinde verfügbaren Rückbau der Auffüllung zu befinden.

1. Sachverhalt

Der Grundeigentümer einer Landwirtschaftsparzelle beabsichtigte die Auffüllung einer Geländesenke mit 3'500 m³ Aushubmaterial, welches beim Neubau von Mehrfamilienhäusern in der Gemeinde anfiel. Das kantonale Amt für Raumentwicklung (ARE) teilte ihm jedoch mit, dass die Aufschüttung nicht bewilligungsfähig sei.

Ein halbes Jahr später bewilligte die zuständige Gemeindebehörde den Neubau einer Remise im untersten Teil derselben Geländesenke. Zur Sicherstellung des Hochwasserschutzes wurde die Bewilligung unter der Auflage erteilt, dass das Terrain ab dem Niveau der Einfahrt gegen die Hangseite hin ausgeglichen werden müsse. Die geforderte Geländeangleichung wurde im Situationsplan eingetragen.

Zehn Monate später musste festgestellt werden, dass die Geländesenke wie ursprünglich beabsichtigt aufgefüllt worden war. Der Bauaushub war von einem Bauunternehmen geliefert worden.

Die zuständige Gemeindebehörde verweigerte daraufhin (im nach wie vor pendenten Baubewilligungsverfahren) die Bewilligung der Geländeaufschüttung und ordnete die komplette Abfuhr des aufgeschütteten Materials an. Zur Begründung verwies sie auf die raumplanungsrechtliche Teilverfügung des ARE, welches die vollständige Einebnung der Gelände-

senke als nicht zonenkonform erachtet hatte. Die Aufschüttung sei - wiewohl sie zu einer geringfügigen Erleichterung der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung führe - nicht betriebsnotwendig, sondern diene der Entsorgung von Aushubmaterial.

Gegen diesen Entscheid wandte sich der betroffene Grundeigentümer mit Rekurs an die Regierung.

2. Rechtliche Beurteilung von Geländeauffüllungen

a) Bewilligungspflicht

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 22 RPG gelten als bewilligungspflichtige Bauten und Anlagen jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Entsprechend unterstellt Art. 78 Abs. 2 Bst. g BauG eingreifende Geländeänderungen der Baubewilligungspflicht.

Ob eine Veränderung des Geländes eingreifend ist, beurteilt sich im Wesentlichen auf Grund ihres Volumens (Tiefe und Ausdehnung einer Auffüllung), ihrer optischen Erscheinung beziehungsweise der Veränderung der Umgebung sowie der ökologischen Auswirkungen auf die Umwelt (wie Verdichtung des Bodens oder Veränderung des Pflanzenvorkommens). Wo ein Schutzgegenstand oder ein umweltrechtlich sensibles Gebiet betroffen ist, dürfte die Bewilligungspflicht immer zu bejahen sein.

b) Bewilligungsfähigkeit von Auffüllungen in der Landwirtschaftszone

aa) Anforderungen an die Zonenkonformität

Bauten und Anlagen sind in der Landwirtschaftszone zonenkonform, wenn sie zur landwirtschaftlichen, somit bodenabhängigen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a RPG).

Die Zonenkonformität von Geländeauffüllungen wird in der Praxis dann bejaht, wenn sie eine eigentliche Bodenverbesserung bezwecken. Gleiches gilt aber auch dann, wenn sie eine erleichterte Bewirtschaftung zur Folge haben. Landwirtschaftlich begründete Geländeänderungen setzen eine fachmännische Ausführung der Arbeiten sowie einen sorgfältigen, unter Berücksichtigung der Jahreszeiten sowie bestimmter Temperaturverhältnisse vorgenommenen Bodenaufbau voraus.

Die Notwendigkeit einer Auffüllung im Sinne von Art. 16a RPG ist im Einzelfall zu prüfen. Handelt es sich beispielsweise um einen steinigen Boden, so kann es zur Erleichterung der Bewirtschaftung oder zur Bodenverbesserung ausreichend sein, die Steine herauszulesen, anstatt das Gelände aufzuschütten. Auch besteht kein Anspruch darauf, an jeder Lage künstlich einen maximal ertragreichen Boden schaffen zu können. Nicht jede Erleichterung der Bewirtschaftung oder jede durch eine Bodenverbesserung erzielte Ertragssteigerung ist ausreichend, um als notwendig im Sinne von Art. 16a RPG zu gelten. Vielmehr müssen die Auswirkungen einer Geländeänderung das Betriebsergebnis massgebend beeinflussen. Die Beurteilung der Notwendigkeit einer Bodenverbesserung bedingt eine sorgfältige Abklärung der bestehenden Bodenqualität und erfordert daher in der Regel den Beizug eines landwirtschaftlichen Experten.

bb) Anforderungen an die Standortgebundenheit

Muss die Zonenkonformität verneint werden, kann eine Auffüllung in der Landwirtschaftszone unter Umständen im Rahmen einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG als standortgebunden bewilligt werden (beispielsweise zur Sicherstellung eines geordneten Abflusses von Meteorwasser).

Die blosse Ablagerung von Bauaushub ist nicht standortgebunden. Aushubmaterial ist gemäss der umweltschutzrechtlichen Ordnung in erster Linie zur Rekultivierung (beispielsweise zur Wiederauffüllung einer Kiesgrube) zu verwenden oder - falls dies nicht möglich ist und der Aushub endgültig entsorgt werden soll - auf eine Inertstoffdeponie zu bringen. Sowohl für die Errichtung als auch für den Betrieb einer solchen Deponie muss im Rahmen des Deponieplanverfahrens nach Art. 28bis BauG eine kantonale Bewilligung eingeholt werden.

c) Zum Entscheid der Regierung

Die Regierung bejahte gestützt auf Art. 22 RPG und Art. 78 Abs. 2 Bst. g BauG die Bewilligungspflicht der vorgenommenen Geländeauffüllung. Der Eingriff ins Gelände muss bereits auf Grund des erreichten Volumens als erheblich qualifiziert werden. Die Auffüllung liegt zudem in einem Schongebiet Lebensraum bedrohter Arten, in welchem unter anderem die Ziele des Landschaftsschutzes gelten. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Auffüllung als eingreifend zu beurteilen und die Bewilligungspflicht zu bejahen.

Die Zonenkonformität der Geländeauffüllung muss nach Ansicht der Regierung verneint werden, wiewohl die Auffüllung eine gewisse Erleichterung der Bewirtschaftung zur Folge hat. Diese Erleichterung ist jedoch für die (Weiter-) Führung des landwirtschaftlichen Betriebs nicht im Sinne von Art. 16a RPG objektiv erforderlich. So wurde die aufgeschüttete Geländesenke bereits vor der Auffüllung beweidet, gegüllet und mit dem Handmäher gemäht. Zudem konnten die durch die Senke getrennten Parzellenhälften von der Strasse her befahren werden. Die im Zusammenhang mit der Neuerstellung der Remise bewilligte Teilaufschüttung ermöglichte sodann auch eine Querung unterhalb der Mulde, was bereits eine erhebliche Bewirtschaftungserleichterung darstellt. Nach Einschätzung des beigezogenen landwirtschaftlichen Beraters schliesslich führt die Auffüllung zu einem Mehrertrag an Heu, für welchen im Falle eines Zukaufs lediglich rund Fr. 280.-- jährlich aufzubringen wären.

Auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung liegen nach Auffassung der Regierung nicht vor. Insbesondere ist weder bewiesen noch ersichtlich, inwiefern die komplette Auffüllung der Senke notwendig (und damit standortgebunden) sein soll, um - wie vom Rekurrenten vorgebracht - vor überquellendem Hangwasser zu schützen. Die Regierung kam daher zum Schluss, dass die nachträgliche Baubewilligung für die Geländeauffüllung zu Recht verweigert worden war.

3. Wiederherstellung von rechtswidrigen Geländeauffüllungen

a) Verhältnismässigkeitsprinzip und guter Glaube

Zur Beurteilung, ob der rechtmässige Zustand nach Art. 130 Abs. 2 BauG wiederherzustellen ist, sind die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien heranzuziehen – insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Schutz des guten Glaubens. Die Anordnung einer Wiederherstellung kann unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist, wenn die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, dass die Nutzung mit der Baubewilligung im Einklang steht.

Auch der bösgläubige Bauherr kann sich auf das Verhältnismässigkeitsprinzip berufen. Er muss aber damit rechnen, dass die Behörde aus grundsätzlichen Überlegungen – wie dem Schutz der Rechtsgleichheit sowie der baurechtlichen Ordnung – dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ein erhöhtes Gewicht beimisst.

b) Zum Entscheid der Regierung

Die Regierung hielt fest, dass der Rekurrent die Aufschüttung - soweit sie das bewilligte Mass überschritt - im Wissen darum ausführte, dass weder die Zustimmung des ARE noch eine gültige Baubewilligung vorlagen. Unter diesen Umständen kann der Rekurrent nach Beurteilung der Regierung nicht als gutgläubig bezeichnet werden.

Der angeordnete Rückbau der Geländeaufschüttung beurteilte die Regierung als verhältnismässig. Berücksichtigung fanden dabei die folgenden Erwägungen:

- Weder der tatsächliche Eingriff ins (geschützte) Landschaftsbild noch der formelle Verstoss gegen die Baurechtsordnung können nach Auffassung der Regierung als geringfügig bezeichnet werden. Neben dem Schutz der Rechtsgleichheit und der Durchsetzung der baurechtlichen Ordnung ist auch das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Ziele des Landschaftsschutzes (Vermeidung der Beeinträchtigung der landschaftstypischen Geländeformen, Erhaltung der in einem Gebiet Lebensraum bedrohter Arten wichtigen Flächen extensiver Bewirtschaftung) sowie die präjudizielle Wirkung des Entscheids von erheblicher Bedeutung.
- Die Wegnahme des aufgeschütteten Materials stellt für den Boden keine grössere Belastung dar als die vorangegangene Aufschüttung. Der natürliche Boden wurde bereits durch die Abhumusierung zerstört. Zudem wird die Abtragung des aufgeschütteten Materials keine über lange Zeit sichtbare Narbe ins Landschaftsbild reissen. Dies zeigt gerade das aufgeschüttete Land, welches schon nach kurzer Zeit vollständig mit Gras überwachsen war.
- Auch die Vermögensinteressen des Rekurrenten überwiegen die öffentlichen Interessen am Rückbau der Geländeaufschüttung nicht. Nach der Praxis des Bundesgerichtes kommt dem Umstand, dass eine Wiederherstellung allenfalls mit hohen Kosten verbunden ist, nicht von vornherein ausschlaggebende Bedeutung zu. Anderenfalls käme eine Wiederherstellung umso weniger in Betracht, je grösser die aufgeschüttete Fläche ist beziehungsweise je mehr Material wieder abzuführen ist. Auch die (vorübergehende) Lärm- und Verkehrsbelastung eines Rückbaus vermag das Interesse an der Wiederherstellung nicht zu überwiegen.

4. Auswahl des oder der Wiederherstellungspflichtigen

Im vorliegenden Streitfall wurde die Geländesenke mit Bauaushub aufgefüllt. Im Rahmen des Rekursverfahrens stellte sich die Frage, ob sich die Anordnung der Wiederherstellung nur an den Rekurrenten als Grundeigentümer zu richten hat oder ob die Folgen der unrechtmässigen Auffüllung auch von Dritten - insbesondere vom Bauunternehmen, welches das Material lieferte - zu tragen sind.

a) Inanspruchnahme des Störers

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die zur Behebung eines rechtswidrigen Zustands erforderlichen Massnahmen gegen den Störer zu richten. An den Begriff des Störers wird auch angeknüpft, wenn zu bestimmen ist, wer die Kosten für Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu tragen hat.

aa) Das Störer- und Verursacherprinzip

Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich, dass sich polizeiliche Massnahmen nur gegen den Störer, nicht gegen bloss mittelbare Verursacher des polizeiwidrigen Zustands richten dürfen. Das Störerprinzip beschränkt sich mit anderen Worten auf die Bestimmung des Adressaten einer Wiederherstellungsverfügung.

Zur Beantwortung der Frage, wie die mit einer Wiederherstellung verbundenen Kosten sachgerecht zu verteilen sind, wird das Verursacherprinzip herangezogen. Auch dieses Prinzip orientiert sich am Begriff des Störers. Die behördliche Kostenaufteilung erfolgt jedoch nicht bereits mit der Wiederherstellungsverfügung, sondern erst nach durchgeführter Ersatzvornahme. Wird keine Ersatzvornahme erforderlich, da die Adressaten der Wiederherstellungsverfügung den rechtmässigen Zustand wie aufgefordert wieder herstellen, haben sie sich über die Kostenverteilung privatrechtlich zu einigen.

Die Verantwortlichkeit als Störer setzt weder Schuldfähigkeit noch ein konkretes (privat- oder strafrechtliches) Verschulden voraus.

bb) Der Begriff des Störers

Rechtsprechung und Lehre unterscheiden zwischen dem Verhaltens- und dem Zustandsstörer:

- Als Verhaltensstörer gilt, wer den Schaden oder die Gefahr selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter verursacht hat.
- Zustandsstörer hingegen ist bereits, wer über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat.

b) Auswahl unter mehreren Störern

Bei einer Mehrzahl von Störern kann die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands alternativ oder kumulativ jedem Verhaltens- oder Zustandsstörer auferlegt werden, wobei der zuständigen Behörde bei der Auswahl des oder der Pflichtigen ein gewisser Ermessensspielraum zusteht. Dem Gesichtspunkt der Dringlichkeit beziehungsweise Nichtdringlichkeit der Störungsbeseitigung kommt dabei erhebliche Bedeutung zu.

aa) Bei dringlicher Störungsbeseitigung

Ist die Störung rasch möglichst zu beseitigen, um grösseren Schaden zu verhindern, so ist derjenige Störer zu belangen, der dem Gefahrenherd am nächsten und zudem sachlich und persönlich zur Beseitigung fähig ist.

bb) Bei nicht dringlicher Störungsbeseitigung

Ist die Wiederherstellung nicht besonders dringlich und hat der polizeiwidrige Zustand schon einige Zeit andauert, so kann eine differenzierte Beseitigungsregelung getroffen werden. Zu belangen ist diesfalls jener Störer, dem die polizeiliche Inanspruchnahme am ehesten zuzumuten ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann bei der Auswahl der Störer berücksichtigt werden, aus welchem Grund sie zur Mitverantwortung herangezogen werden (Zustands- oder Verhaltensstörer) und welches Gewicht ihrer Verursachung zukommt. Dabei ist in erster Linie der schuldhafteste Verhaltensstörer heranzuziehen und in letzter Linie der schuldlose Zustandsstörer. Daneben dürfen auch Billigkeitsgesichtspunkte beachtet und der wirtschaftlichen Interessenlage Rechnung getragen werden.

c) Zum Entscheid der Regierung

Die Regierung hielt fest, dass zumindest in Fällen ohne Dringlichkeit zu prüfen ist, ob die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands neben dem Grundeigentümer auch weitere Beteiligte treffen soll.

Nach Auffassung der Regierung sind sowohl der Rekurrent als auch das beteiligte Bauunternehmen als selbständige Störer zu betrachten. Der Rekurrent ist für den rechtswidrigen Zustand sowohl als Zustandsstörer (in seiner Funktion als Grundeigentümer) als auch als Verhaltensstörer (soweit er sich durch Zustimmung oder Planung an der Geländeauffüllung beteiligt hat) verantwortlich. Das Bauunternehmen lieferte das Aushubmaterial, ohne dass der Grundeigentümer hierfür eine Entschädigung zu leisten hatte. Die Auffüllung lag somit offensichtlich auch im Interesse des Unternehmens (kostenlose oder zumindest günstige Entsorgung von Bauaushub). Das Bauunternehmen ist somit nach Auffassung der Regierung ebenfalls als Verhaltensstörer zu betrachten. Die Regierung hielt überdies fest, dass dem in der Baubranche tätigen Unternehmen sowohl die Bewilligungspflicht von Geländeänderungen bekannt war als auch die Tatsache, dass es sich bei der Auffüllung auf der rekurrentischen Parzelle um keinen bewilligten Deponiestandort handelte.

Unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit rechtfertigt sich ein Einbezug des Bauunternehmens in das verwaltungsrechtliche Verfahren betreffend Wiederherstellung. Ist das Unternehmen (Mit-) Adressat der Wiederherstellungsverfügung, hat es sich in der Folge auch an den anfallenden Kosten zu beteiligen. Für den Grundeigentümer würde die alleinige Tragung der Wiederherstellungskosten eine grosse finanzielle Belastung bedeuten. Hinzu kommt, dass das Unternehmen – welches ja bereits die Auffüllung ausgeführt hatte - für einen Rückbau besonders geeignet ist. In Erwägung zu ziehen ist auch, dass bei einer vorschriftsgemässen Entsorgung nach Art. 32 USG die Deponiegebühr und die Kosten des Transports vom Abfallinhaber, also vom Bauunternehmen beziehungsweise von dessen Bauherrn zu tragen sind. Schliesslich ist es nach Auffassung der Regierung auch im Interesse der Politischen Gemeinde, die Pflicht zur Wiederherstellung nicht nur an den Rekurrenten zu richten – zumal so die Weiterführung seines Betriebs nicht gefährdet wird.

Die zuständige Gemeindebehörde hatte den Miteinbezug des Bauunternehmens in das Verfahren nicht erwogen und damit nach Auffassung der Regierung den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht ausgeschöpft. Die Angelegenheit wurde somit gestützt auf Art. 56 Abs. 2 VRP zur Abklärung der Wiederherstellungspflicht auch des Bauunternehmens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5. Empfehlung an die Gemeinden

Den Gemeinden wird empfohlen, Lieferanten von Auffüllmaterial und mitbeteiligte Bau- und Transportfirmen bereits bei Wiederherstellungsverfahren von Geländeauffüllungen in das Verfahren einzubeziehen. So kann ihnen das rechtliche Gehör gewährt werden.

Beschluss der Regierung vom 3. Oktober 2006 i.S. P. S.

Die zuständige Gemeindebehörde hatte es unterlassen, den Einbezug des Bauunternehmens in das Verfahren betreffend Rückbau der Geländeaufschüttung zu erwägen. Darin liegt nach Auffassung der Regierung eine Ermessensunterschreitung. Die Streitsache wurde zur Abklärung der Wiederherstellungspflicht auch der Bauunternehmung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Weiterführende Hinweise:

- BGE 132 II 21; 122 II 65; 119 Ib 222; 111 Ib 213; 107 Ia 19
- Urteil des Bundesgerichtes vom 29. November 2005 (1A.51/2005 Erw. 4) und vom 14. Juli 2003 (1P.74/2003)
- ZBI 1996 S. 88 f.
- URP 2002 S. 523 ff. und 1998 S. 158 ff.
- BEZ 2002 Nr. 59
- Entscheid des Verwaltungsgerichtes Solothurn vom 26. April 2004
- M. Frick, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, Bern 2004, S. 57 ff.
- Merkli/Aeschlimann/Herzog, Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 1997, Art. 12 N 5
- Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, § 54 N 17 ff.
- Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, N 2488 ff.
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2006 Nr. 22 und 2004 Nr. 24

30

Strassenrecht:

Klassierung von Erschliessungsstrassen**Art. 1 StrG: Öffentliche Strassen****Art. 49 BauG: Erschliessung**

Bauland darf grundsätzlich nicht durch Privatstrassen erschlossen werden. Liegt der Bau oder Bestand einer (Erschliessungs-) Strasse im öffentlichen Interesse, muss sie klassiert werden.

Das Baudepartement hatte zu prüfen, ob die zuständige Gemeindebehörde einen Teilstrassenplan zu Recht erlassen hatte. Mit Hilfe dieses Teilstrassenplans wurde ein Weg, welcher ein Baugrundstück mit einer Strasse verbindet und bis anhin als Gemeindegeweg erster Klasse klassiert war, in eine Gemeindegeweg dritter Klasse umklassiert.

Die Rekurrenten hatten geltend gemacht, dass der nur 2.0 m breite Verbindungsweg für die Erschliessung der Bauparzelle ungeeignet sei. Der Zufahrtsverkehr werde zwingend auch Land der Rekurrenten beanspruchen. Mit dem Verbindungsweg werde ein einziges Grundstück erschlossen, weshalb für eine Klassierung kein öffentliches Interesse bestehe. Der Zugang sei vielmehr privatrechtlich zu regeln, mittels einer Dienstbarkeit gegen Entschädigung der belasteten Grundeigentümer. Ansonsten verschaffe die Gemeinde dem Baugrundstück auf Kosten der Nachbarn eine private Erschliessung.

1. Der Gemeindegewegplan

Die Politische Gemeinde führt einen Plan über die unter ihrer Hoheit stehenden Strassen mit Angabe der Einteilung (Art. 12 Abs. 1 StrG). Der Gemeindegewegplan legt den Umfang des Strassen- und Wegnetzes der Gemeinde fest (Art. 7 Abs. 1 StrG). Für den Erlass und Änderungen des Gemeindegewegplans wird sachgemäss das Planverfahren nach Art. 39 ff. StrG durchgeführt. Er bedarf der Genehmigung des Baudepartementes (Art. 13 StrG).

2. Öffentliche Strassen und Wege

a) Voraussetzung: dem Gemeingebrauch gewidmet (klassiert)

Steht die Benutzung einer Strasse oder eines Weges einer unbestimmten Zahl von Benutzern gleichzeitig, ohne Erteilung einer Erlaubnis und in der Regel unentgeltlich offen, handelt es sich um eine Benutzung im Gemeingebrauch. Entsprechend bestimmen Art. 1 Abs. 1 und 2 StrG, dass Strassen und Wege öffentlich sind, wenn sie dem Gemeingebrauch gewidmet (klassiert) sind.

b) Verpflichtung zur Klassierung von Erschliessungsstrassen

Strassen und Wege stehen nach dem Gesagten nur dann der Öffentlichkeit zur Verfügung, wenn sie klassiert wurden. Infolgedessen ist eine Strasse öffentlich zu erklären bzw. dem

Gemeingebrauch zu widmen, wenn deren Bau oder Bestand im öffentlichen Interesse liegt. Das öffentliche Interesse an einer Strasse wird bejaht, wenn sie nicht ausschliesslich privatem Gebrauch vorbehalten ist (vgl. Art. 1 Abs. 2 VRV).

Sind beispielsweise mehrere Grundstücke oder eine grössere Anzahl von Wohnstätten zu erschliessen, ist das öffentliche Interesse regelmässig gegeben. Die Erschliessung von Bauland gilt mit anderen Worten als ein grundsätzlich beachtenswertes öffentliches Interesse (vgl. Art. 50 und Art. 49 BauG). Dies bedeutet, dass Erschliessungsstrassen regelmässig als öffentlich zu erklären sind. Bauland darf grundsätzlich nicht durch Privatstrassen erschlossen werden. Dies gilt auch für Anlagen zur Feinerschliessung (Quartierstrassen). Die Zugänge und Zufahrten auf dem Baugrundstück selbst hingegen zählen nicht mehr zur Feinerschliessung und müssen nicht klassiert werden.

Bei der Erschliessung von lediglich zwei Grundstücken kann jedoch nicht in jedem Fall ein öffentliches Interesse, welches eine öffentliche Strasse erfordert, angenommen werden. So hat das Bundesgericht ein öffentliches Interesse an einer Strasse verneint, welche nur zwei Parzellen erschloss und bei der nicht ersichtlich war, inwiefern sie als Teil eines umfassenden Erschliessungsvorhabens geplant war.

3. Funktion von öffentlichen Strassen

Nach Art. 2 Abs. 1 StrG dienen öffentliche Strassen dem allgemeinen Verkehr.

a) Widmung/Klassierung von Gemeindestrassen

Die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Strassen und Wege sind nach den tatsächlichen Verhältnissen und der geplanten Zweckbestimmung in verschiedene Klassen einzuteilen (vgl. Art. 7 Abs. 2 StrG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 StrG).

Die Einteilung hat unabhängig vom Strassenzustand, der Gemeindegrenze und den Eigentumsverhältnissen zu erfolgen. Abzustellen ist vielmehr auf die Funktion der Strasse, wobei der Strassenzug als Ganzes zu betrachten ist.

b) Strassenklassen

Gemeindestrassen erster Klasse dienen dem örtlichen und überörtlichen Verkehr und stehen entsprechend dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr offen (Art. 8 Abs. 1 StrG).

Gemeindestrassen zweiter Klasse dienen der Groberschliessung des Baugebiets und der Erschliessung grösserer Siedlungsgebiete ausserhalb des Baugebiets. Sie stehen in der Regel dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr offen (Art. 8 Abs. 2 StrG).

Gemeindestrassen dritter Klasse dienen der übrigen untergeordneten Erschliessung sowie der Land- und Forstwirtschaft. Sie stehen dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr nicht offen (Art. 8 Abs. 3 StrG). Die dritte Klasse ist somit eine Auffangklasse. Alle öffentlichen Strassen, die nicht zwingend einer höheren Klasse zuzuteilen sind, gehören zu den Gemeindestrassen dritter Klasse. Da die Einteilung in eine Gemeindestrasse dritter Klasse häufig mit einem Verbot für den allgemeinen Motorfahrzeugverkehr einhergeht – wobei der Zubringerdienst grundsätzlich gestattet ist – ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 3 StrG erfüllt sind.

4. Funktion von öffentlichen Wegen

a) Für Fussgänger, Reit- und Radverkehr

Öffentliche Wege liegen abseits von öffentlichen Strassen und dienen nicht dem Motorfahrzeugverkehr (Art. 2 Abs. 2 StrG).

Öffentliche Wege dienen damit in erster Linie den Fussgängern, können aber auch - je nach Zweckbestimmung - dem Reit- und Radverkehr dienen. Gleiches gilt für Motorfahräder. Sollen Motorfahräder auf Wegen ausgeschlossen werden, muss dies mittels Fahrverbote verfügt werden.

b) Für Motorfahrzeugverkehr, sofern privatrechtlich begründet

Der Motorfahrzeugverkehr ist auf Wegen zulässig, soweit er privatrechtlich begründet ist. Ein Grundeigentümer darf einen Weg, welcher durch sein Grundstück führt, mit Motorfahrzeugen benutzen. Zudem darf er grundsätzlich auch jedem Dritten die Benutzung des über seine Parzelle führenden Weg(stück)s mit Motorfahrzeugen gestatten. Berechtigt sind damit auch andere Grundeigentümer, deren Fahrrecht auf einer Grunddienstbarkeit (vgl. Art. 730 ff. ZGB) beruht.

Soll auf einem Weg ein Dritter ohne privatrechtliche Grundlage mit Motorfahrzeugen fahrerechtlich sein, ist eine Klassierung als öffentliche Strasse erforderlich.

5. Beurteilung des konkreten Falls durch das Baudepartement

a) Rechtmässige Umklassierung

Das Baudepartement hielt fest, dass die zu erschliessende Bauparzelle über 4'100 m² gross ist, weshalb sie mit mehreren Wohneinheiten überbaut beziehungsweise abparzelliert werden kann. Der Verbindungsweg erschliesst somit ein Gebiet für mehrere Wohneinheiten.

Hinzu kommt, dass die Bauparzelle nur über diesen Weg erschlossen werden kann. Der kommunale Richtplan sieht zwar eine andere Erschliessungsstrasse vor. Diese führt durch ein Gebiet, welches erst für eine künftige Wohnentwicklung vorgesehen ist und gemäss gültigem Zonenplan ausserhalb der Bauzone liegt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen jedoch Strassen, welche Land in der Bauzone erschliessen, grundsätzlich - ohne Beanspruchung von Land im übrigen Gemeindegebiet oder der Landwirtschaftszone - durch das Siedlungsgebiet geführt werden. Eine Ausnahmegewilligung kommt nur in Frage, wenn die Strasse auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist, da eine Linienführung innerhalb der Bauzone unmöglich ist. Eine solche Ausnahmesituation liegt vorliegend nicht vor. Die Zufahrt zur Bauparzelle kann - wie vom umstrittenen Teilstrassenplan vorgesehen - durch das heutige Siedlungsgebiet geführt werden.

Die Rekurrenten wehren sich gegen die Klassierung des Verbindungswegs, obgleich sie diesen - wie der Augenschein gezeigt hat - selber mit Motorfahrzeugen befahren. Ein dafür nötiges privates Fahrrecht können sie nicht vorweisen. Nachdem feststeht, dass die Bauparzelle strassenmässig nicht erschlossen ist und dass die Rekurrenten den Verbindungsweg ohne Berechtigung als Zufahrt zu ihrem Grundstück nutzen und rechtswidrig befahren, besteht ein öffentliches Interesse daran, den Verbindungsweg als Drittklassstrasse zu klassieren.

b) Strassenbreite ungenügend

Die Rekurrenten machten weiter geltend, dass die Wegbreite von lediglich 2.0 m für eine Drittklassstrasse nicht ausreiche. Der Gemeinderat jedoch erachtet die Breite als ausreichend - zumal der Verbindungsweg nur selten begangen werde und der effektiv nutzbare Strassenraum grösser sei.

Zur Strasse gehören die Verkehrsflächen und die ihr dienenden Anlagen, welche in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Strasse erstellt, beziehungsweise betrieben werden oder Bestand haben (Art. 3 StrG). Nicht massgebend sind die Eigentumsverhältnisse. Nebst der Fahrbahn gehören namentlich die Bankette, Böschungen und Randsteine zur Strasse. Stützmauern sind Bestandteile der Strasse, soweit sie der Strasse dienen, nicht aber, wenn sie zum Schutz eines privaten Grundstücks erstellt werden. Bei der Abklärung der Frage, ob eine Strassenanlage den Anforderungen der Verkehrssicherheit genügt, sind die Normblätter der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS) als Richtlinien beizuziehen. Die VSS-Norm SN 640 050 sieht für Zufahrtswege, Zufahrtsstrassen und Verbindungswege eine Strassenbreite von mindestens 3.0 m vor. Längs von Mauern, Hecken oder Zäunen ist seitlich eine zusätzliche lichte Breite von mindestens 20 cm vorzusehen.

Der vorliegend umstrittene, 2.0 m breite Weg reicht - wie der Rekursaugenschein gezeigt hat - für ein sicheres Befahren mit einem Motorfahrzeug nicht aus. Auch ein gefahrloses Kreuzen eines Mittelklassewagens (gut 1.7 m breit) mit einem Fussgänger kann nicht sichergestellt werden. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Einfriedungen der Nachbargrundstücke nicht bis unmittelbar an die Strasse reichen. Das Baudepartement gelangte damit zum Schluss, dass die Umklassierung des heutigen Verbindungswegs wohl rechtmässig war, dass er jedoch im Sinn der Verkehrssicherheit im Umfang von gut 3 m Breite klassiert und - soweit nötig - ausgebaut werden muss (Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 StrG). Der Rekurs wurde gutgeheissen und der umstrittene Teilstrassenplan aufgehoben.

Weiterführende Hinweise:

- BGE 114 Ia 341; 94 I 141
- Urteil des Bundesgerichtes vom 31. August 2005 (1A.256/2004)
- GVP 2000 Nr. 18; 1991 Nr. 14; 1990 Nr. 99
- ZWR 1998, S. 26
- G. Germann, Kurzkommentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St.Gallen 1989, N 3 zu Art. 1 StrG; N 3 ff. zu Art. 2 StrG; NN 3 und 5 zu Art. 3 StrG; N 1 ff. zu Art. 8 StrG
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 1998 III Nr. 15 und 2001 Nr. 20

Entscheid des Baudepartementes vom 20. September 2006 i.S. E. und C. R.

Strassen, welche Land in der Bauzone erschliessen, müssen grundsätzlich - ohne Beanspruchung von Land im übrigen Gemeindegebiet oder der Landwirtschaftszone - durch das Siedlungsgebiet geführt werden. Die Strassenbreite einer Zufahrtsstrasse hat in der Regel 3 m zu betragen.

31

Umweltschutzrecht:

Mindestabstände für Tierhaltungsanlagen**Art. 11 Abs. 1 USG: Emissionsbegrenzungen****Anhang 2 Ziff. 512 LRV: Mindestabstand****Tierhaltungsanlagen müssen gegenüber bewohnten Zonen Mindestabstände einhalten.****Unter bewohnten Zonen sind grundsätzlich Bauzonen gemäss Art. 15 RPG zu verstehen. Ob die Mindestabstände auch gegenüber Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen einzuhalten sind, beurteilt sich nach der Art der Nutzung der betroffenen Zone.**

Ein Landwirt ersuchte um Bewilligung eines Stallgebäudes für Kühe, Aufzuchtkälber, Rinder, Mäsen (Jungrinder) und Mastkälber. Gegen die erteilte Baubewilligung wandten sich Eigentümer benachbarter Parzellen mit Rekurs ans Baudepartement. Das Baudepartement wie auch das in der Folge angerufene Verwaltungsgericht wiesen Rekurs beziehungsweise Beschwerde ab.

Die benachbarten Grundeigentümer wandten sich daraufhin mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht. Zur Begründung wurde unter anderem geltend gemacht, dass die Mindestabstandsberechnung auf falschen Annahmen beruhe, weil die Vorinstanzen fälschlicherweise zwischen bäuerlicher Tierhaltung und Intensivtierhaltung unterschieden hätten. Zudem werde der Mindestabstand gegenüber der benachbarten Kirche und dem Friedhof unterschritten.

1. Problemstellung

Stallbauten sind Tierhaltungsanlagen. Deren Betrieb erzeugt unter anderem Geruchsstoff-Emissionen.

Infolge der immer dichter werdenden Bauweise treffen in ländlichen Gebieten Betriebe mit Tierhaltung oftmals direkt auf die Wohnbevölkerung. Dies führt dazu, dass sich Behörden und Gerichte vermehrt mit Klagen über Geruchsemissionen aus der Landwirtschaft und mit Einsprachen gegen geplante Neu- und Umbauten von Tierhaltungsanlagen zu befassen haben.

2. Emissionsvorschriften nach der Luftreinhalte-Verordnung

Nach Art. 11 Abs. 1 USG sind Umweltbelastungen durch Luftverunreinigungen primär mit Massnahmen bei der Quelle zu begrenzen.

Die eidgenössische Luftreinhalte-Verordnung konkretisiert den Schutz vor schädlichen oder lästigen Luftverunreinigungen. Neue stationäre Anlagen - wie beispielsweise neue Stallbauten - müssen so ausgerüstet und betrieben werden, dass sie die in den Anhängen 1 - 4 zur Luftreinhalte-Verordnung festgelegten Emissionsbegrenzungen einhalten.

Für Tierhaltungsanlagen gelten die speziellen Anforderungen nach Anhang 2 Ziff. 512 LRV. Diese Bestimmung schreibt Folgendes vor:

Bei der Errichtung von Anlagen müssen die nach den anerkannten Regeln der Tierhaltung erforderlichen Mindestabstände zu bewohnten Zonen eingehalten werden. Als solche gelten insbesondere die Empfehlungen der Eidgenössischen Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik.

3. Bedeutung der FAT-Berichte

a) Im Allgemeinen

Die Eidgenössische Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik (heute: Eidgenössische Forschungsanstalt für Agrarwirtschaft und Landtechnik/Agroscope FAT Tänikon; nachfolgend FAT) ist innerhalb der Geschäftseinheit Landwirtschaftliche Forschung des Bundesamtes für Landwirtschaft das Kompetenzzentrum für Agrarökonomie und Agrartechnik. Die FAT veröffentlicht diverse Publikationen, so unter anderem die FAT-Berichte (auch: "FAT-Richtlinien" oder "FAT-Empfehlungen").

Die FAT-Berichte befassen sich unter anderem mit der vorsorglichen Emissionsbegrenzung und dienen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes als Hilfsmittel zur Beurteilung, ob die Tierhaltungsanlage übermässige Immissionen verursacht.

b) FAT-Bericht Nr. 476 im Besonderen

Die erforderlichen Mindestabstände für Anlagen der bäuerlichen Tierhaltung und Intensivtierhaltung zu bewohnten Zonen sind anhand des zurzeit geltenden FAT-Berichts Nr. 476 von 1995 zu errechnen.

Gemäss Ziffer 2.1 dieses Berichts ist zuerst die Geruchsbelastung zu bestimmen, indem die Anzahl Tiere mit dem Geruchsbelastungsfaktor für die entsprechende Tierart multipliziert wird. Aus der so ermittelten Geruchsbelastung wird mit Hilfe einer bestimmten Formel der Normabstand bestimmt und dieser in der Folge auf Grund gewisser Einflussfaktoren auf den einzuhaltenden Minimalabstand korrigiert.

Bewohnten Zonen, welche nebst der Wohnnutzung mässig störende Gewerbebetriebe zulassen, kann ein höheres Mass an Geruchsmissionen zugemutet werden. Gegenüber solchen Gebieten müssen daher lediglich 70 Prozent des errechneten Mindestabstands eingehalten werden.

4. Beurteilung des konkreten Falls durch das Bundesgericht

a) Unterscheidung zwischen bäuerlicher und Intensivtierhaltung gerechtfertigt

aa) Ausführungen von Baudepartement und Verwaltungsgericht

Der Baugesuchsteller beabsichtigt, im geplanten Stallgebäude 12 Kühe, 7 Rinder, 8 Aufzuchtälber, 8 Mäsen sowie 20 Mastälber zu halten. Das Baudepartement und das Verwaltungsgericht erachteten es als gerechtfertigt, die 20 als "Mastälber" bezeichneten Tiere unter der Tiergruppe "Älber, Rinder, Kühe, Pferde" (mit einem Geruchsbelastungsfaktor von je 0,15 gemäss FAT-Bericht Nr. 476) und nicht unter der Tierart "Mastälber" (mit einem Geruchsbelastungsfaktor von je 0,25) zu erfassen. Begründet wird dies damit, dass die Mastälberhaltung im vor-

liegenden Fall nicht als intensive, sondern als rein bäuerliche einzustufen sei. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Die eidgenössische Luftreinhalte-Verordnung unterscheidet in Anhang 2 Ziff. 511 zwischen bäuerlicher Tierhaltung und Intensivtierhaltung, ohne aber diese Begriffe näher zu erläutern. Die Verordnung schliesst somit nicht aus, dass die nach den "anerkannten Regeln der Tierhaltung erforderlichen Mindestabstände zu bewohnten Zonen" unterschiedlich sein können, je nach dem, wie die Tiere gehalten werden.

Die gleiche Unterscheidung trifft auch der FAT-Bericht Nr. 476 – ebenfalls ohne Erörterung der beiden Begriffe. FAT-Berichte sind keine Gesetzestexte, sondern lediglich Empfehlungen einer Forschungsanstalt und damit in verschiedenster Hinsicht erklärungs- und auslegebedürftig. Fest steht, dass eine Mastkälberhaltung im klassischen Sinn zweifellos als Intensivtierhaltung bezeichnet werden kann. Es handelt sich dabei um Mastkälber, welche in grosser Anzahl ohne Kontakt zu anderen Tieren gehalten und massiv mit Milchpulver gemästet werden. Ein Mastkälberstall zeichnet sich mithin nicht allein durch die Fütterungsart aus, sondern auch durch die Tatsache, dass die Tiere jeweils in grosser Anzahl und ohne Kontakt zu anderen Tieren gehalten werden. Mastkälberställe im Kanton St.Gallen weisen bis zu 120 Mastkälberplätze auf.

Beim geplanten Stallgebäude handelt es sich nach Ansicht von Baudepartement und Verwaltungsgericht um einen Milchviehstall, worin neben 35 anderen Tieren 20 Mastkälber gehalten werden. Dass von einer solchen Tierhaltung deutlich weniger Emissionen ausgehen als von einer eigentlichen Mastkälberhaltung, ist offensichtlich. Hinzu kommt, dass die Mastkälber nach Angaben des Baugesuchstellers mit reiner Vollmilch gefüttert werden. Bei der vorliegenden, untypischen Haltung von "Mastkälbern" ist somit der Beizug des Geruchsbelastungsfaktors von je 0,25 nicht gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass die Tiere im Falle einer reinen Mutterkuhhaltung (die 20 Kälber säugen direkt bei den Kühen) zweifellos unter die Tiergruppe "Kälber, Rinder, Kühe, Pferde" mit einem Geruchsbelastungsfaktor von 0,15 fallen würden.

bb) Ausführungen des Bundesgerichtes

Nachdem das vom Bundesgericht zur Stellungnahme aufgeforderte Bundesamt für Umwelt die vorinstanzliche Unterscheidung zwischen intensiver und rein bäuerlicher Tierhaltung als plausibel erachtete, schloss sich das Bundesgericht dieser Auffassung vorbehaltlos an. Der angewendete Geruchsbelastungsfaktor von 0,15 für die 20 "Mastkälber" sei nicht zu beanstanden.

b) Mindestabstände auch gegenüber der ÖBA?

Nach Anhang 2 Ziffer 512 LRV müssen die Mindestabstände gegenüber "bewohnten Zonen" eingehalten werden. Das Bundesgericht hatte hierzu bis anhin lediglich ausgeführt, dass unter bewohnten Zonen Bauzonen gemäss Art. 15 RPG, wie Wohn-, Kern- oder Mischzonen, zu verstehen sind, grundsätzlich aber nicht Gewerbe-, Industrie- oder Landwirtschaftszonen.

Bei der zu beurteilenden Streitsache grenzt die Bauparzelle im Nordwesten an eine Friedhofmauer. Friedhof und Dorfkirche befinden sich auf einer der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (ÖBA) zugewiesenen Parzelle. Das Bauvorhaben unterschreitet gegenüber dem Friedhof den nach dem FAT-Bericht Nr. 476 errechneten Mindestabstand um wenige

Meter. Zu prüfen war somit, ob die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen als bewohnte Zone im Sinn von Anhang 2 Ziffer 512 LRV zu betrachten ist.

Das Bundesgericht hielt vorab fest, dass Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen für sehr viele unterschiedliche Nutzungen ausgedehnt werden können. Die Beurteilung muss daher im Einzelfall nach der Art der Nutzung der betroffenen Zone für öffentliche Bauten und Anlagen erfolgen. Steht eine Zone zur Diskussion, in welcher Einrichtungen wie Schulhäuser, Krankenhäuser oder Alters- und Pflegeheime zulässig sind, sind sie unter dem Gesichtspunkt des Mindestabstands in der Regel gleich zu behandeln wie Wohnzonen. Zonen für Werkhöfe, Abfallsammelanlagen und dergleichen hingegen dürften im Hinblick auf den Mindestabstand gleich wie Gewerbe-, Industrie- oder Landwirtschaftszonen zu beurteilen sein.

Friedhöfe sind - wie das Bundesgericht weiter ausführte - keine Anlagen, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen. Mit Rücksicht auf ihre Zweckbestimmung als Orte der Besinnung können sie jedoch grundsätzlich auch nicht den Gewerbe-, Industrie- oder Landwirtschaftszonen gleichgestellt werden.

Das Bundesgericht verwies daher auf den FAT-Bericht Nr. 476, wonach der zonenkonforme Mindestabstand bei bereits bestehenden Anlagen in ländlichen, vorwiegend von der Landwirtschaft geprägten Dörfern unterschritten werden darf. Das geplante Stallgebäude soll in einem solchen ausgesprochen ländlichen, von der Landwirtschaft geprägten Dorf errichtet werden. Zudem kann das Bauvorhaben auf Grund der topographischen Verhältnisse keinen grösseren Abstand zum Friedhof einhalten. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte erachtete es das Bundesgericht als vertretbar, auch in Bezug auf diese neue Anlage eine Unterschreitung des Mindestabstands zuzulassen – zumal immerhin noch der halbe Mindestabstand eingehalten wurde.

Weiterführende Hinweise:

- BGE 126 II 43
- URP 2002 S. 97 ff.
- Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 24. Januar 2006 i.S. R. und P. T.
- Entscheid des Baudepartementes vom 6. Juli 2005 i.S. R. und P. T.
- Eidgenössische Forschungsanstalt für Agrarwirtschaft und Landtechnik (FAT), FAT-Bericht Nr. 476

Urteil des Bundesgerichtes vom 20. September 2006 i.S. R. und P. T. (1A.44/2006); publiziert in: URP 2006 S. 811 ff.

Das Bundesgericht hält fest, dass Tierhaltungsanlagen die Mindestabstände nach Anhang 2 Ziff. 512 LRV auch gegenüber Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen einhalten müssen - sofern in dieser Zone Einrichtungen wie Schulhäuser, Krankenhäuser oder Alters- und Pflegeheime zulässig sind. Sind hingegen Werkhöfe, Abfallsammelanlagen und dergleichen zulässig, sind die Mindestabstände in der Regel unbeachtlich.

Die Unterschreitung des Mindestabstand zum Friedhof ist vorliegend zuzulassen, da das Stallgebäude in einem ausgesprochen ländlichen, vorwiegend von der Landwirtschaft geprägten Dorf errichtet werden soll und auf Grund der topographischen Verhältnisse keinen grösseren Abstand einhalten kann.

32**Öffentliches Beschaffungswesen:
Unabänderlichkeit von Offerten****Art. 5 Abs. 1 VöB:****Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung****Art. 31 VöB:****Prüfung der Angebote****Offerten dürfen nach der Abgabe weder von der Behörde noch vom Anbieter abgeändert werden.**

Das Verwaltungsgericht hatte kürzlich darüber zu befinden, ob die Vergabebehörde der Offertstellerin nach erteiltem Zuschlag in widerrechtlicher Weise Gelegenheit bot, das Angebot zu verbessern.

1. Sachverhalt

Eine Politische Gemeinde beabsichtigt eine Erweiterung ihrer Sportanlage. Im Rahmen der zweiten Etappe dieses Bauvorhabens wurde der Kunstrasenbelag ausgeschrieben. Die Offertöffnung fand am 19. Januar 2006 statt.

Am 20. Februar 2006 beschloss der Gemeinderat, den Auftrag – sofern die umweltschutzrechtlichen Anforderungen gemäss der Ausschreibung erfüllt werden können – an die Offertstellerin A. zu vergeben.

Mit Verfügung vom 16. März 2006 vergab der Gemeinderat den Zuschlag für den Einbau des Kunstrasenbelags an die Offertstellerin A. Gegen diesen Beschluss erhob eine unterlegene Anbieterin Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Zur Begründung wurde unter anderem geltend gemacht, dass der Gemeinderat bereits am 20. Februar 2006 den Zuschlag erteilt habe, wobei dessen Gültigkeit von der Behebung von Mängeln abhängig gemacht worden sei. Ein solches Vorgehen verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot.

2. Unabänderlichkeit von Offerten

Im Vergaberecht gilt der Grundsatz, dass Offerten unveränderlich sind und nach der Abgabe weder von der Behörde noch vom Anbieter abgeändert werden dürfen. Dieser Grundsatz kommt auch in Art. 31 Abs. 2 VöB zum Ausdruck, wonach Offertkorrekturen auf offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler beschränkt sind. Die Vergabebehörde kann zudem bei unklaren Angaben (lediglich) Erläuterungen verlangen, welche schriftlich festgehalten werden müssen (Art. 31 Abs. 3 VöB).

Das in Art. 5 Abs. 1 VöB verankerte Gebot der Gleichbehandlung verlangt mit anderen Worten grundsätzlich, dass die Offerten sämtlicher Anbieter unverändert einander gegenübergestellt werden. Nur auf diese Weise hat der Anbieter mit der wirtschaftlich günstigsten Offerte die Möglichkeit, seine Vorteile wahrzunehmen und den Zuschlag zu erlangen.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird missachtet, wenn die Vergabebehörde nur einem einzelnen Anbieter die Möglichkeit gibt, seine Offerte an einem Unternehmergespräch zu erörtern. Noch gewichtiger ist der Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehand-

lung, wenn einem Anbieter die Möglichkeit gegeben wird, sein Angebot nach Erteilung des Zuschlags nachzubessern. Das Gebot der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bedeutet unter anderem, dass grundsätzlich alle Anbieter, welche die Zuschlags- und Eignungskriterien erfüllen, in Verhandlungen einbezogen werden müssen.

3. Kein Zuschlag mit Nachbesserungsmöglichkeit im vorliegenden Fall

Der Gemeinderat hatte am 20. Februar 2006 beschlossen, die Auftragserteilung für den ausgeschriebenen Kunstrasen erfolge an die Beschwerdegegnerin, falls die umweltschutzrechtlichen Anforderungen gemäss der Ausschreibung erfüllt werden können. Sofern die Nachweise nicht erbracht werden können, gelte es, mit dem beauftragten Landschaftsarchitekten Alternativmöglichkeiten zu prüfen.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes hat der Gemeinderat am 20. Februar 2006 beschlossen, die Erfüllung der umweltschutzrechtlichen Rahmenbedingungen beim Angebot der Beschwerdegegnerin im Vorfeld des Zuschlags abzuklären. Der Beschwerdegegnerin wurde zu jenem Zeitpunkt kein Zuschlag (mit der Möglichkeit der Nachbesserung der Offerte) erteilt. Der Beschluss vom 20. Februar 2006 ist keine Zuschlagsverfügung, sondern ein Beschluss über die nähere Abklärung eines bestimmten Angebots.

Ob es zulässig gewesen wäre, beim fehlenden Nachweis der umweltschutzrechtlichen Rahmenbedingungen Alternativmöglichkeiten zu prüfen, wurde vom Verwaltungsgericht offen gelassen, zumal das Ergebnis der Abklärungen positiv war und keine Alternativen in Erwägung gezogen wurden. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Weiterführende Hinweise:

- GVP 2005 Nr. 35; 2002 Nr. 32
- Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N 339

Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 3. Juli 2006 i.S. S. G. AG

Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass es den Grundsätzen des Vergaberechts widerspricht, wenn einem Anbieter die Möglichkeit gegeben wird, sein Angebot nach Erteilung des Zuschlags nachzubessern. Da vorliegend keine Gelegenheit zur Nachbesserung geboten wurde, wurde die Beschwerde abgewiesen.

33

Öffentliches Beschaffungswesen:

Preis-/Leistungsverhältnis als Zuschlagskriterium?**Art. 34 VöB: Zuschlagskriterien****Das Kriterium Preis-/Leistungsverhältnis ist ein untaugliches Zuschlagskriterium.**

Eine Gemeinde hatte sieben Ingenieurunternehmungen eingeladen, eine Offerte für die Ingenieurleistungen einer Strassenraumgestaltung einzureichen. Als Zuschlagskriterien wurden das Preis-/Leistungsverhältnis (angebotener Leistungsumfang im Verhältnis zum Preis), die Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals sowie die Qualität und Aussagekraft der Offerte angeführt. Die beiden letzten Kriterien wurden mit je 25 Prozent gewichtet, das erste mit 50 Prozent.

Innert der angesetzten Frist gingen fünf Offerten mit Angebotspreisen zwischen Fr. 98'000.-- und Fr. 134'284.-- (exkl. MWST) ein. Am 13. Juli 2006 vergab der Gemeinderat den Zuschlag zum Preis von Fr. 104'500.-- inkl. MWST. Gegen diese Zuschlagsverfügung erhob eine unterlegene Anbieterin Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

1. Mögliche Zuschlagskriterien

Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis noch weitere Kriterien berücksichtigt werden. Es sind dies Qualität, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Kundendienst, Betriebskosten, Innovationsgehalt, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Erfahrung, Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung sowie Vereinbarkeit mit technischen Systemen von Bund, anderen Kantonen und Gemeinden sowie Arbeitssicherheit (Art. 34 Abs. 2 Bst. b bis n VöB). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Dem Auftraggeber wird dadurch ein weiterer Ermessensspielraum eingeräumt. Zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ist eine Gewichtung des Preises und eine Gewichtung der übrigen Kriterien vorzunehmen und eine gesamthafte Bewertung zu treffen. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich.

2. Zuschlagskriterium Preis-/Leistungsverhältnis

Ein Kriterium Preis-/Leistungsverhältnis ist als Zuschlagskriterium untauglich, da ein solches Verhältnis bereits das Ergebnis einer Gewichtung verschiedener Zuschlagskriterien ist.

Der Preis ist in der Regel das einzige Kriterium, welches ziffernmässig genau feststellbar und messbar ist. Für die Gewichtung des Preises bestehen verschiedene gängige Formeln. Daneben müssen aber auch die Leistung bzw. einzelne Komponenten der ausgeschriebenen Leistung beurteilt und gewichtet werden.

3. Unklare Gewichtung im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes weder anhand der Begründung der Zuschlagsverfügung noch anhand des Offertvergleichs schlüssig nachvollziehbar, nach welchen Aspekten die Vorinstanz das Zuschlagskriterium Preis-/Leistungsverhältnis geprüft hat.

Die Vorinstanz hält fest, für jedes Zuschlagskriterium sei eine Reihenfolge erstellt und die Rangziffer gewichtet worden. Die Offertsumme sei durch die Zahl der Leistungspunkte geteilt worden, was einen Preis je Leistungspunkt ergeben habe. Auf Grund dieses Preises je Leistungspunkt sei eine Rangliste erstellt worden. Diese Bewertungsmethode führte dazu, dass die Beschwerdeführerin mit einem Preisangebot von Fr. 105'448.-- und 18 von maximal 20 Bewertungspunkten beim Preis-/Leistungsverhältnis auf dem dritten Rang platziert wurde, die Beschwerdegegnerin mit einem Angebot von 104'500.-- und 20 Punkten auf dem ersten Rang und eine weitere Anbieterin mit 18 Punkten und einem Preis von Fr. 143'981.15 auf dem fünften Rang. Gewichtet wurden dann ausschliesslich die Rangplätze. Dadurch erhielten die Beschwerdegegnerin als erstplatzierte Bewerberin 0,5 Punkte, die Beschwerdeführerin als Drittplatzierte 1,5 Punkte und die fünftplatzierte Anbieterin 2,5 Punkte. Bei der Rangierung ergab dies somit für einen Preisunterschied von knapp Fr. 1'000.-- und eine Differenz von 2 Leistungspunkten zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin eine Differenz von einem Rangpunkt. Dieselbe Differenz von einem Rangpunkt ergab sich auch zwischen der Beschwerdeführerin und der fünftplatzierten Bewerberin.

Eine derart sonderbare, von den gängigen Methoden abweichende Preisbewertung hätte nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes zumindest in der Ausschreibung oder in der Einladung genau angekündigt werden müssen. Gleiches gilt für den Umstand, dass nicht die Bewertung je Kriterium gewichtet wurde, sondern ausschliesslich der erzielte Bewertungsrang.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Bewertung des Kriteriums Preis/Leistungsverhältnis nur ungenügend nachvollziehbar ist. Angesichts der geringen Preisdifferenz von weniger als Fr. 1'000.-- zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes nicht belegt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin wirtschaftlich günstiger ist als jenes der Beschwerdeführerin. Die Beschwerde wurde folglich gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben.

Weiterführender Hinweis:

- Handbuch der Staatsverwaltung zum öffentlichen Beschaffungswesen, Kap. 9, S. 16

Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 19. Oktober 2006 i.S. W. I. AG

Die Bewertung des Kriteriums Preis/Leistungsverhältnis der Offerte liess sich vorliegend nur ungenügend nachvollziehen. Angesichts der geringen Preisdifferenz von weniger als Fr. 1'000.-- zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin war nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes nicht belegt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin wirtschaftlich günstiger ist als jenes der Beschwerdeführerin. Die Beschwerde wurde gutgeheissen.

34

Verwaltungsverfahrenswert:

Rekurs- und Beschwerdelegitimation – Bedeutung des Rechtsschutzinteresses**Art. 98a Abs. 3 OG: Letzte kantonale Instanzen****Art. 103 Bst. a OG: Beschwerdelegitimation****Art. 45 Abs. 1 VRP: Rekursberechtigung**

Stützt sich eine Verfügung auf öffentliches Recht des Bundes, ist der Rechtsmittelkläger – sofern er von der angefochtenen Verfügung betroffen ist und an ihrer Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse hat – legitimiert, im Rahmen des Bundesrechts generell die Rechtmässigkeit des Vorhabens in Frage zu stellen.

Das Bundesgericht hatte kürzlich zu prüfen, ob ein Nachbar ohne Nachweis eines besonderen Rechtsschutzinteresses berechtigt ist, die Verletzung des Minimalabstands gemäss der eidgenössischen Luftreinhalte-Verordnung gegenüber einem Drittgrundstück zu rügen.

1. Sachverhalt

Die zuständige Gemeindebehörde erteilte einem Landwirt gestützt auf Art. 16a RPG die Bewilligung zur Errichtung eines Stallgebäudes in der Landwirtschaftszone. Zwei an das Baugrundstück angrenzende Grundeigentümer erhoben dagegen Rekurs an das Baudepartement und - nachdem ihr Rekurs abgewiesen wurde - Beschwerde ans Verwaltungsgericht. Zur Begründung machten sie unter anderem geltend, dass das umstrittene Bauvorhaben den von der Luftreinhalte-Verordnung geforderten Mindestabstand gegenüber der Dorfkirche und dem Friedhof unterschreite.

Das Verwaltungsgericht sprach den Beschwerdeführern die Legitimation zu dieser Rüge ab. Nachbarn seien grundsätzlich nicht berechtigt zu rügen, dass die zu erwartenden Immissionen die Interessen in einem weiteren Bereich des Gemeindegebiets beeinträchtigen. Auch als Kirchgänger würden die Beschwerdeführer von der geplanten Stallbaute nicht mehr belastet als Dritte. In diesem Punkt könne daher auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden.

Die beiden Grundeigentümer wandten sich in der Folge mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht. Dieses hatte folglich vorab zu beurteilen, ob das kantonale Verwaltungsgericht die Beschwerdelegitimation in Bezug auf die geltend gemachte Unterschreitung des Mindestabstands gemäss Luftreinhalte-Verordnung gegenüber Dorfkirche und Friedhof zu Recht verneint hatte.

2. Umfang der Rekurs- und Beschwerdeberechtigung

Damit sich nicht jedermann gegen eine bestimmte Verfügung mit einem Rechtsmittel zur Wehr setzen kann, schreibt der Gesetzgeber eine gewisse Beziehungsnähe der anfechtenden Person zur jeweiligen Verfügung vor.

Der Umfang der Rekurs- beziehungsweise der Beschwerdeberechtigung im kantonalen Verfahren hängt davon ab, ob sich die angefochtene Verfügung auf öffentliches Recht des Bundes oder lediglich auf kantonales Recht stützt.

a) Verfügungen, die sich auf kantonales Recht stützen

aa) Beurteilung der Legitimation nach kantonalem Recht

Verfügungen, welche sich lediglich auf kantonales Recht stützen (beispielsweise auf das kantonale Baugesetz) sind letztinstanzlich einzig mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde anfechtbar (vgl. Art. 97 OG i.V.m. Art. 5 VwVG). Der Bundesgesetzgeber hat diesbezüglich keine Legitimationsvorschriften für die kantonalen Verfahren aufgestellt (vgl. Art. 98a Abs. 3 OG). Die Legitimation zur Anfechtung von derartigen Verfügungen beurteilt sich somit einzig nach kantonalem Recht.

Nach Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung des Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheides ein eigenes schutzwürdiges (rechtliches oder tatsächliches) Interesse dartut. Diese Bestimmung ist kraft des Verweises von Art. 64 VRP auch im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht anwendbar.

bb) Rechtsschutzinteresse für jede Rechtsbehauptung erforderlich

In Bau- und Planungssachen wird die Legitimation nach ständiger Praxis nur bejaht, wenn eine enge räumliche Beziehung zum Baugrundstück beziehungsweise zum Plangebiet gegeben ist und der Rekurrent (beziehungsweise Beschwerdeführer) durch den Sachentscheid der Vorinstanz unmittelbar und in höherem Ausmass als irgendjemand in eigenen Interessen beeinträchtigt wird.

Dieses Rechtsschutzinteresse muss für jede einzelne Rüge nachgewiesen werden – es sei denn, es handle sich um die Anfechtung einer Ausnahmegewilligung (vgl. Art. 77 Abs. 3 BauG).

Beruft sich also ein Nachbar beispielsweise unter anderem auf das Verunstaltungsverbot nach Art. 97 BauG, hat er grundsätzlich konkret darzutun, weshalb die angebliche Verletzung dieser Vorschrift ihn mehr trifft als die Allgemeinheit. Ist er dazu nicht in der Lage, wird ihm in Bezug auf diese Rüge die Legitimation aberkannt. Gleiches gilt, wenn er die Verletzung von Abstandsvorschriften gegenüber einem Drittgrundstück geltend macht und zum Nachweis der besonderen Betroffenheit nicht in der Lage ist.

b) Verfügungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen

aa) Beurteilung der Legitimation nach Bundesrecht

Verfügungen, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (beispielsweise auf das Raumplanungs- oder das Umweltschutzgesetz) können grundsätzlich letztinstanzlich mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 97 OG i.V.m. Art. 5 VwVG). Die Legitimation im kantonalen Verfahren muss diesfalls gemäss Art. 98a Abs. 3 OG mindestens im gleichen Umfang gewährleistet sein wie bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesgericht.

Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesgericht ist nach Art. 103 Bst. a OG legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist (Erfordernis des Betroffenseins) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Erfordernis des schutzwürdigen Interesses) hat.

bb) Generelles Rechtsschutzinteresse ausreichend

Stützt sich eine Verfügung auf öffentliches Recht des Bundes, muss die Legitimation somit auch im kantonalen Verfahren bejaht werden, sobald der Rechtsmittelkläger von der angefochtenen Verfügung betroffen ist und an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse hat.

Trifft dies zu, kann der Rechtsmittelkläger im Rahmen des Bundesrechts generell die Rechtmässigkeit des Bauvorhabens in Frage stellen.

3. Beurteilung der konkreten Streitsache durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht wies vorab darauf hin, dass eine Baubewilligung im Sinn des Raumplanungsgesetzes zur Diskussion steht. Zudem ist auch materiell Bundesverwaltungsrecht anzuwenden. Die Legitimation im Verfahren vor dem kantonalen Verwaltungsgericht muss folglich mindestens im Sinn von Art. 103 Bst. a OG gewährleistet sein (Art. 98a Abs. 3 OG und Art. 33 Abs. 3 Bst. a RPG).

Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass die Beschwerdelegitimation im Zusammenhang mit Umweltbeeinträchtigungen nach der Rechtsprechung bejaht wird, wenn der jeweilige Beschwerdeführer mehr als jedermann betroffen ist. Da das umstrittene Bauvorhaben von den Grundstücken der Beschwerdeführer weniger als 30 m entfernt liegt, sind sie zur Beschwerde legitimiert. Sie können somit - da nicht für jede Rüge ein Rechtsschutzinteresse nachgewiesen werden muss - auch die Einhaltung des Mindestabstands gegenüber Dorfkirche und Friedhof in Frage stellen.

Das kantonale Verwaltungsgericht hat mit anderen Worten nach Auffassung des Bundesgerichtes die Beschwerdelegitimation zu Unrecht verneint und damit Bundesrecht verletzt. Aus prozessökonomischen Gründen erachtete es das Bundesgericht jedoch als gerechtfertigt, die Einhaltung des Mindestabstands gegenüber Dorfkirche und Friedhof materiell zu prüfen und auf eine Rückweisung der Streitsache an das kantonale Verwaltungsgericht zu verzichten. Da der Sachverhalt hinreichend abgeklärt ist und dem Bundesgericht dieselbe Kognition zusteht wie dem Verwaltungsgericht, entsteht den Beschwerdeführern nach Auffassung des Bundesgerichtes kein Rechtsnachteil.

Weiterführende Hinweise:

- BGE 128 II 168; 124 II 517; 124 II 293; 110 Ib 99
- Urteil des Bundesgerichtes vom 21. September 2001 (1A.316/2000)
- URP 2005 S. 243; 2001 S. 171
- Pra 1998 S. 32
- RDAF 2003 I S. 223
- GVP 1998 Nr. 27
- Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, NN 414 ff.
- Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2004 Nr. 29; 2003 Nr. 45 und 1999 Nr. 21

Urteil des Bundesgerichtes vom 20. September 2006 i.S. R. und P. T. (1A.44/2006)

Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Beschwerdelegitimation zur Anfechtung der gestützt auf Bundesrecht erlassenen Baubewilligung auch vor dem kantonalen Verwaltungsgericht nach Art. 103 Bst. a OG beurteilt. Als unmittelbare Nachbarn der bewilligten Stallbaute waren die Beschwerdeführer zur kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert und durften im Rahmen des Bundesrechts auch die Einhaltung des Mindestabstands gegenüber Dorfkirche und Friedhof in Frage stellen.

35

Verwaltungsverfahrensrecht:

Ausstandsbegehren gegen das Baudepartement**Art. 7 VRP:****Ausstand**

Die Vorprüfung eines Plans durch das zum Baudepartement gehörende Amt für Raumentwicklung allein führt nicht zu einer ausstandsbegründenden Befangenheit des Departementvorstehers und der Mitarbeitenden der Rechtsabteilung.

Die Regierung hatte kürzlich darüber zu befinden, ob dem Baudepartement zufolge Vorbefassung die Berechtigung zur Beurteilung eines Rekurses abgesprochen werden muss.

1. Sachverhalt

Die zuständige Gemeindebehörde erliess einen Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften und reichte diesen in der Folge dem Amt für Raumentwicklung zur Vorprüfung ein.

Das Amt für Raumentwicklung unterbreitete der Gemeinde verschiedene Änderungsvorschläge. Der Überbauungsplan wurde daraufhin angepasst.

Der angepasste Überbauungsplan lag im Frühjahr 2006 öffentlich auf. Innert Auflagefrist erhob eine benachbarte Grundeigentümerin Einsprache gegen das Vorhaben. Die zuständige Gemeindebehörde wies jedoch die Einsprache ab, soweit sie darauf eintrat.

Gegen diese Verfügung erhob die betroffene Grundeigentümerin im Sinn der Rechtsmittelbelehrung Rekurs beim Baudepartement. Dabei machte sie unter anderem geltend, dass das Baudepartement - nachdem es bei der Entstehung des umstrittenen Überbauungsplans mitgewirkt hatte - zufolge Befangenheit nicht über den Rekurs entscheiden könne. Die Aufsichtsbehörde habe eine unabhängige, eventuell ausserkantonale Stelle als zuständig zu erklären.

Das Baudepartement ersuchte daraufhin das stellvertretende Departement des Innern, die Regierung über das Ausstandsbegehren zu instruieren. Die Rekurrentin machte in der Folge geltend, dass es nicht angehe, die Regierung mit dem Entscheid über das Ausstandsbegehren zu betrauen. Diese verfüge nicht über die notwendige richterliche Unabhängigkeit, um in der Sache unvoreingenommen zu entscheiden.

2. Beurteilung von Ausstandsbegehren**a) Im Allgemeinen**

Behördenmitglieder, Beamte, öffentliche Angestellte und amtlich bestellte Sachverständige haben von sich aus in den Ausstand zu treten, wenn sie als befangen scheinen (vgl. Art. 7 VRP).

Über Anstände, die ein Mitglied einer Kollegialbehörde betreffen, entscheidet die Gesamtheit der Mitglieder in Abwesenheit des Betroffenen. Gegenüber Sachverständigen ist die auftragge-

bende Stelle zuständig. In den übrigen Fällen entscheidet die Aufsichtsinstanz (Art. 7 Abs. 3 VRP).

Die Staatsaufsicht im Kanton St.Gallen ist in Art. 228 ff. GG geregelt. Aufsichtsbehörden sind die Regierung, das zuständige Departement oder von der Gesetzgebung vorgesehene besondere Aufsichtsbehörden (Art. 230 GG).

b) Bei Ausstandsbegehren gegen ein Departement

aa) Regierung als Entscheidbehörde

Im vorliegenden Fall richtete sich das Ausstandsbegehren gegen das gesamte Baudepartement - sowohl gegen dessen Vorsteher als auch gegen die Mitarbeitenden der das Rechtsmittelverfahren instruierenden Rechtsabteilung.

Nach Art. 7 Abs. 3 VRP in Verbindung mit Art. 231 GG ist folglich die Regierung als Aufsichtsinstanz über die Departemente zur Beurteilung des Ausstandsbegehrens zuständig. Der kantonale Gesetzgeber hat also für den Entscheid über Ausstandsbegehren gegen ein Departement kein gerichtliches, sondern ein verwaltungsinternes Verfahren vorgesehen.

bb) Fehlende institutionelle Unabhängigkeit der Regierung ohne Bedeutung

Verfahren vor der Regierung sind verwaltungsinterner Natur. Die Regierung verfügt über keine institutionelle beziehungsweise richterliche Unabhängigkeit, wie dies in Art. 30 Abs. 1 BV für gerichtliche Verfahren verlangt wird. Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass die verwaltungsinterne Rechtspflege nach der Natur der Sache nicht die gleichen prozessualen Garantien zu bieten vermag wie die Rechtssprechung durch unabhängige Gerichte. Gerade diese systembedingten Unzulänglichkeiten der Rechtspflege durch Verwaltungsbehörden habe denn auch zur Schaffung unabhängiger Verwaltungsgerichte geführt. Soweit das kantonale Recht ein verwaltungsinternes Verfahren vorschreibt, bleibt folglich nach Ansicht der Regierung lediglich zu prüfen, ob es im Einzelfall dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz von Art. 29 Abs. 1 BV zu genügen vermag.

Art. 29 Abs. 1 BV gewährt einen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung vor Verwaltungsbehörden, schreibt aber – im Unterschied zu Art. 30 Abs. 1 BV – keine richterliche Unabhängigkeit vor. Die Bundesverfassung enthält also keine Vorschrift bezüglich Unabhängigkeit von Regierungs-, Verwaltungs- und leitenden Behörden. Rechtsmittelkläger können daher keine verwaltungsinternen Rechtsmittelinstanzen verlangen, welche über eine institutionell abgesicherte Unabhängigkeit verfügen.

Die Tatsache, dass die Regierung über keine solche, mit einem Gericht vergleichbare institutionelle Unabhängigkeit verfügt, hindert sie mit anderen Worten nicht daran, im Einklang mit Art. 7 Abs. 3 VRP Ausstandsbegehren gegen Departemente zu beurteilen. Erforderlich ist einzig, dass die Regierung unter Ausschluss desjenigen Regierungsmitglieds entscheidet, gegen dessen Departement sich das Ausstandsbegehren richtet.

3. Keine Befangenheit des Baudepartementes im vorliegenden Fall

a) Keine Vorbefassung im engeren Sinn

Die Regierung hielt vorab fest, dass das Bundesgericht zur Vorbefassung von Richtern eine reichhaltige und differenzierte Praxis entwickelt hat. Sofern einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren, kann ein Misstrauen in das Gericht entstehen. Eine derartige Vorbefassung führt indessen nicht zwingend zur Annahme einer ausstandsbegründenden Befangenheit. Zu prüfen ist vielmehr, ob sich der Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen bereits in einem Mass festgelegt hat, welches ihn nicht mehr als unvoreingenommen erscheinen lässt. Es ist mit anderen Worten in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als offen erscheint. Diese für die Gerichte entwickelten Kriterien sind nach Auffassung der Regierung auch auf Verfahren vor Verwaltungsinstanzen anwendbar.

Eine solche Vorbefassung im engeren Sinn liegt jedoch konkret nicht vor, zumal mit der Bearbeitung des Rekurses nicht diejenigen Amtsträger betraut sind, welche den Überbauungsplan einer Vorprüfung unterzogen haben.

b) Keine Befangenheit trotz institutioneller Nähe zum Amt für Raumentwicklung

Die Regierung führte weiter aus, dass in der verwaltungsinternen Rechtspflege auch zufolge der institutionellen Nähe eine Gefahr der Befangenheit bestehen kann. Eine institutionelle Nähe liegt dann vor, wenn die den Rechtsmittelentscheid instruierende Person derselben Verwaltungseinheit angehört wie jene Person, welche den angefochtenen Entscheid gefällt oder instruiert hat. Wenngleich das erhöhte Risiko nicht zu verkennen ist, dass der mit dem angefochtenen Entscheid betraute Amtsträger auf seine das Rechtsmittelverfahren instruierenden Arbeitskollegen einwirken könnte, bedeutet dies nicht in jedem Fall, dass letztere deswegen befangen sein müssen. Vielmehr ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes auch in einer derartigen Konstellation eine einzelfallbezogene Überprüfung erforderlich.

Im vorliegenden Fall bejahte die Regierung die institutionelle Nähe. So gehört diejenige Person, welche die Vorprüfung des Überbauungsplans vorgenommen hat, derselben Verwaltungseinheit – dem Baudepartement – an, wie auch die das Rekursverfahren gegen besagten Plan instruierenden Personen. Zu beachten ist jedoch, dass es sich bei der Vorprüfung des Überbauungsplans lediglich um eine Stellungnahme des kantonalen Amtes für Raumentwicklung handelt, nicht jedoch um die nach Art. 31 BauG erforderliche Genehmigung durch das Baudepartement. Diese Genehmigung ist mit der Vorprüfung noch nicht erfolgt. Entsprechend bewirkt die Vorprüfung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel keinen Anschein von Befangenheit der für die Instruktion von Rechtsmittelentscheiden zuständigen Rechtsabteilung. Auch vorliegend führt nach Auffassung der Regierung die Stellungnahme des Amtes für Raumentwicklung nicht dazu, dass das Rekursverfahren nicht mehr offen ist. Hinzu kommt, dass die Rechtsabteilung des Baudepartementes und das Amt für Raumentwicklung organisatorisch klar getrennt sind.

Im Ergebnis muss damit nicht von einer ausstandsbegründenden Befangenheit der Mitarbeitenden der das Rechtsmittelverfahren instruierenden Rechtsabteilung beziehungsweise des Vorstehers des Baudepartementes ausgegangen werden. Das Ausstandsbegehren wurde abgewiesen und der Rekurs zur weiteren Bearbeitung an das Baudepartement überwiesen.

Weiterführende Hinweise:

- BGE 114 Ia 50
- Urteil des Bundesgerichtes vom 23. Februar 2004 (1P.706/2003) und vom 8. September 2000 (5P.284/2000)
- Pra 88 Nr. 165
- Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung – Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002, S. 144 ff.

Beschluss der Regierung vom 24. Oktober 2006 i.S. Y.R.-T.

Die Regierung hält fest, dass diejenige Person, welche die Vorprüfung des Überbauungsplans vorgenommen hat, derselben Verwaltungseinheit angehört wie die das Rekursverfahren gegen besagten Plan instruierende Personen. Dennoch ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass das Rekursverfahren nicht mehr offen ist. Das Ausstandsbegehren gegen die Mitarbeitenden der das Rechtsmittelverfahren instruierenden Rechtsabteilung beziehungsweise gegen den Vorsteher des Baudepartementes wurde abgewiesen.