



# Juristische Mitteilungen 2011 / I

## Inhalt

### Information

- 1 Umfrage Juristische Mitteilungen: Auswertung 2

### Neues Recht

- 2 Richtplananpassungen 2010 5

### Planungsrecht

- 3 Negativplanung für Mobilfunkantennenanlagen 8

### Baurecht

- 4 Bestandes- und Erweiterungsgarantie materiell  
rechtswidriger Bauten 12

### Öffentliches Beschaffungswesen

- 5 Bewertung der Leistungsfähigkeit aufgrund des  
Gesamtpersonalbestands? 16

### Verwaltungsverfahrenrecht

- 6 Unzulässiger Widerruf eines Bauabschlags 22  
7 Beschränktes anwaltliches Vertretungsverhältnis 25

## Impressum

Baudepartement des Kantons St.Gallen  
Rechtsabteilung  
[www.jumi.sg.ch](http://www.jumi.sg.ch)

Bettina Deillon-Schegg / Niklaus Eichbaum  
071 229 30 71 / 071 229 30 13  
[bettina.deillon@sg.ch](mailto:bettina.deillon@sg.ch) / [niklaus.eichbaum@sg.ch](mailto:niklaus.eichbaum@sg.ch)

Zitiervorschlag:

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen Jahr/Band/Nr



# 1

## Umfrage Juristische Mitteilungen: Auswertung

### Einleitung

Im Rahmen des Departementscontrollings führte das Baudepartement bei den Abonnenten und Abonnentinnen der Juristischen Mitteilung eine Qualitätsumfrage betreffend Inhalt und Layout durch. Versandt wurden insgesamt 313 Umfragebogen. Innert Frist (26. November 2010) wurden insgesamt 88 Formulare zurückgesandt. Die Rücklaufquote betrug damit rund 28%.

### Erläuterungen

#### 1 Allgemeiner Eindruck

Die Juristischen Mitteilungen werden allgemein äusserst positiv beurteilt. Dies lässt sich zunächst daraus folgern, dass die Rücklaufquote mit rund 28% als sehr zufriedenstellend bezeichnet werden kann. Zweitens wurde die Wertung "Schlecht" nicht abgegeben. Drittens wurden grossmehrheitlich die Wertungen "Gut" oder "Sehr gut" erteilt (immer über 80%), woraus folgt, dass auch die Durchschnittswerte über die ermittelten Kriterien immer zwischen "Gut" und "Sehr gut" liegen. Viertens überwiegen die positiven Bemerkungen (soweit sie als negative Bemerkungen entgegengenommen wurden, sind sie grossmehrheitlich als konstruktive Kritik zu verstehen).

Aus den Ergebnissen kann abgeleitet werden, dass sich die Juristischen Mitteilungen zu einem Arbeitsinstrument entwickelt haben, das sowohl von den Gemeinden und Bauverwaltungen wie auch von den Juristen beziehungsweise Anwälten in der täglichen Praxis sehr geschätzt wird.

#### 2 Ermittlung von Schwachstellen

Die zahlreichen, sehr wertschätzenden allgemeinen Bemerkungen zeugen von einem breit abgestützten Bedürfnis, dass die Juristischen Mitteilungen auf dem bisherigen Niveau weitergeführt werden.



Aus den als negativ entgegengenommenen Bemerkungen lässt sich demgegenüber entnehmen, dass die Erschliessung der Juristischen Mitteilungen nicht als optimal erachtet wird. Als für die Zugänglichkeit negativ eingestuft wird insbesondere das Fehlen eines gesamten, über alle Jahre nachgeführten Inhalts- und Schlagwortverzeichnisses. Als Bedürfnis geäussert wird zudem eine informatikunterstützte Lösung mit Suchbegriffen, insgesamt eine verbesserte Erschliessung der Sammlung über das Internet. Vermisst wird zudem die Verlinkung des Inhaltsverzeichnisses mit den zu Grunde liegenden Publikationen.

### **3 Verbesserungsmöglichkeiten**

Die Juristischen Mitteilungen werden als Arbeitsinstrument in der täglichen Praxis sehr hoch geschätzt. Entsprechend wichtig ist die themen- beziehungsweise stichwortweise Erschliessung und Zugänglichkeit zu den gesammelten Beiträgen.

Als zeitlich zu aufwendig hat sich die Beibehaltung und Weiterführung des im Inhaltsverzeichnis enthaltenen Stichwortverzeichnisses über die gesamten Jahre erwiesen. Das Bedürfnis nach einer besseren Erschliessung erweist sich im Hinblick auf die Aufrechterhaltung von Attraktivität der Juristischen Mitteilungen und Kundenfreundlichkeit aber als ausgewiesen. Nach der auf etwa anfang Juni erfolgenden Umstellung der CMS-Version können die Suchfunktionen im Internet zu Gunsten der Abonnenten und Abonnentinnen vereinfacht und insofern verbessert werden, als eine Volltextsuche (EIR) über sämtliche veröffentlichten Beiträge möglich sein wird. Dem Bedürfnis nach einer Erschliessung der Sammlung über Stichworte könnte so weitgehend entgegengekommen werden. Es wird angestrebt, diese verbesserten Suchfunktionen im Internet etwa auf Herbst dieses Jahres zur Verfügung stellen zu können.

Zur Verbesserung der Übersichtlichkeit wird mittelfristig zudem die Aufwertung des Internet-Auftritts ([www.jumi.sg.ch](http://www.jumi.sg.ch)) im Sinne einer Angleichung an den Internet-Auftritt des Kompetenzzentrums öffentliches Beschaffungswesen ([www.beschaffungswesen.sg.ch](http://www.beschaffungswesen.sg.ch)) angestrebt.

### **4 Dank und Hinweis in eigener Sache**

Zunächst sei sämtlichen Abonnenten und Abonnentinnen, die an der Umfrage teilgenommen haben, herzlich für ihre Mitwirkung gedankt. Für die Redaktion ergaben die Rückmeldungen sehr wertvolle Rückschlüsse.



Es sei an dieser Stelle zudem daran erinnert, dass das Baudepartement als zweite Instanz tätig ist. Die bei den Gemeinden als Vorinstanz sich stellenden Rechtsfragen und alltäglichen Probleme "an der Front" kennt es daher in der Regel nicht aus eigener Anschauung. Im Hinblick auf eine möglichst weitgehende Aktualität der Beiträge sei der eben ausgesprochene Dank daher mit der Bitte verbunden, die Redaktion über eben solche Themen zu informieren und darauf aufmerksam zu machen. Wir sind gerne offen für diesbezügliche Hinweise, Anregungen sowie konstruktive Kritik. Herzlichen Dank auch dafür!



## 2

### Richtplananpassungen 2010

#### Einleitung

Um die aktuellen Bedürfnisse zeitgerecht aufzunehmen, wird der St.Galler Richtplan jährlich überarbeitet.

Die Richtplan-Anpassung 2010 wurde von der Regierung am 31. August 2010 erlassen und vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) am 13. Dezember 2010 genehmigt. Die Neuerungen können damit angewendet werden.

Die neuen und geänderten Blätter sowie die aktualisierte Karte des Richtplans können ab sofort beim Amt für Raumentwicklung und Geoinformation des Kantons St.Gallen für 30 Franken bezogen werden. Im Internet ist der aktualisierte Richtplan unter [www.areg.sg.ch](http://www.areg.sg.ch) jederzeit abrufbar.

#### Neuerungen im Koordinationsblatt IV

#### Wirtschaftliche Schwerpunktgebiete (IV 12)

Mit der Anpassung 2010 werden zwei wirtschaftliche Schwerpunktgebiete neu in den Richtplan aufgenommen: Das Areal Werdenstrasse, Grabs, in die Liste der für die Standortvermarktung vorgesehenen Wirtschaftsstandorte (A-Standorte) und das Industriegebiet Leica-Areal-Innoparc, Balgach, in die Liste der zur Standortaufbereitung vorgesehenen Wirtschaftsstandorte (B-Standorte).

Das durch die Stadler Rail Group bereits intensiv genutzte Areal Dorfstrasse, Altenrhein, weist keine Nutzungsreserven mehr auf und wird aus dem Richtplan gestrichen.



## Neuerungen im Koordinationsblatt V

### **Hochwasserschutz Linth (V 42)**

Mit der Anpassung 2010 werden die raumwirksamen und kantonsübergreifenden Massnahmen des Projektes "Hochwasserschutz Linth 2000", des "Entwicklungskonzepts Linthebene" (EKL 2003) und des "Landwirtschaftlichen Vorprojekts Benken Plus" in den Richtplan aufgenommen.

Ziel ist dabei, die Linthebene als attraktiven Siedlungs-, Wirtschafts-, Natur- und Erholungsraum zu erhalten und zu gestalten. Die Massnahmen, mit denen der Richtplan die Linthebene von einer weiteren Siedlungsausdehnung freihalten will, waren das Hauptthema der Vernehmlassung. Die Regierung hielt an den mit dem EKL 2003 kantonsübergreifend beschlossenen langfristigen Siedlungsgrenzen und siedlungsgliedernden Freiräumen fest; mit der Genehmigung durch das UVEK sind diese nun für die Behörden verbindlich.

Von dieser Regelung ausgenommen wurden die Siedlungsgrenzen zwischen Schänis und Bilten. Sie werden erst festgelegt, wenn die Ergebnisse der kantonsübergreifenden Abklärungen bezüglich publikumsintensiven Einrichtungen im Linthgebiet vorliegen. Aufgrund von Diskussionen über entsprechende Vorhaben in Mollis, Schänis und im Raum Uznach/Schmerikon haben Vertreter der Regionen und Gemeinden des Linthgebiets sowie der Kantone Schwyz, Glarus und St.Gallen Mitte August 2010 beschlossen, bis Ende 2011 gemeinsam eine kantonsübergreifende Standortanalyse für publikumsintensive Verkaufseinrichtungen im Linthgebiet durchzuführen. Diese bauen auf den Ergebnissen des EKL 2003 auf. Geklärt werden soll, wo es geeignete Standorte für Einkaufszentren und Fachmärkte im Linthgebiet gibt und wie ein Nutzen-Lasten-Ausgleich zwischen den Gemeinden geschaffen werden kann. Mit der weiteren Planung von Grossvorhaben und mit der Festlegung der Siedlungsgrenzen zwischen Schänis und Bilten soll zugewartet werden, bis das Ergebnis der Analyse vorliegt.

## Neuerungen im Koordinationsblatt VII

### **1 Abbaustandorte (VII 41)**

Neu in den Richtplan aufgenommen wird der Abbaustandort Kronbühl in Kirchberg.



## **2 Kehrichtverbrennungsanlagen**

Mit der Anpassung 2010 wird die vorläufige Zuordnung der Gemeinden zu den Einzugsgebieten der Kehrichtverbrennungsanlagen nun als definitiv bezeichnet.



# 3

## Negativplanung für Mobilfunkantennenanlagen

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 9/2011 des Baudepartementes vom 28. Februar 2011

*Eine Negativplanung für Mobilfunkantennenanlagen kann rechtmässig sein, sofern sie sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und nicht im Widerspruch zur eidgenössischen Fernmeldegesetzgebung steht.*

### Einleitung

Die Stadt Rapperswil-Jona beschloss im Rahmen der Gesamtrevision der Ortsplanung ein neues Baureglement. Dieses sieht für Mobilfunkanlagen folgende Bestimmung vor:

#### Art. 21 Mobilfunkanlagen

<sup>1</sup> Die Erstellung von Mobilfunkanlagen ist nicht gestattet:

- a) innerhalb sowie im unmittelbaren Sichtfeld auf das landschaftlich empfindliche Siedlungsgebiet
- b) in Grünzonen F, E, P, S (Freihaltung, Gliederung des Siedlungsgebiets, Erholungsanlage, Parkanlagen, Schutzgegenstände nach Art. 98 BauG).

<sup>2</sup> Ausnahmen sind möglich, sofern das Landschaftsbild durch die Mobilfunkanlage nicht beeinträchtigt wird, insbesondere wenn diese durch den Einbau in bestehende Bauten und Anlagen nicht in Erscheinung tritt.

Nachdem gegen das Baureglement kein Referendum ergriffen und die von einer Mobilfunkanbieterin erhobene Einsprache abgewiesen wurde, erhob diese Rekurs beim Baudepartement mit dem Antrag, Art. 21 BauR aufzuheben. Sie machte unter anderem geltend, dass mit dieser Vorschrift flächendeckend über das gesamte Stadtgebiet erhöhte Ästhetikvorschriften für Mobilfunkanlagen statuiert würden. Die Vorschrift würde sowohl gegen die Fernmeldegesetzgebung des Bundes als auch gegen das kantonale Baugesetz verstossen.





## Erwägungen

### **1 Abschliessende bundesrechtliche Regelung des Immissionsschutzes für Mobilfunkanlagen**

Der Immissionsschutz ist im Bundesgesetz über den Umweltschutz und den darauf gestützten Verordnungen geregelt. Für den Schutz vor nichtionisierender Strahlung, die beim Betrieb ortsfester Anlagen erzeugt wird, hat der Bundesrat die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) erlassen; diese Verordnung regelt insbesondere auch die Immissionen von Mobilfunksendeanlagen.

Diese Regelung ist abschliessend und zwar nicht nur hinsichtlich des Schutzes vor schädlicher und lästiger Strahlung, sondern auch im Bereich des vorsorglichen Immissionsschutzes. Für das kommunale und kantonale Recht bleibt deshalb in diesem Zusammenhang kein Raum.

### **2 Regelungsmöglichkeiten der Gemeinden**

Trotz der bundesrechtlichen Gesetzgebung hat eine Gemeinde Möglichkeiten, auf die Standorte von Mobilfunkanlagen Einfluss zu nehmen: Im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeiten ist sie grundsätzlich befugt, Bau- und Zonenvorschriften in Bezug auf Mobilfunkanlagen zu erlassen, sofern sie die bundesrechtlichen Schranken beachtet.

Wegen der bundesrechtlich abschliessenden Regelung des Immissionsschutzes ausgeschlossen sind bau- oder planungsrechtliche Vorschriften zum Schutz der Bevölkerung vor nichtionisierender Strahlung. Überdies dürfen die kommunalen Vorschriften nicht die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen verletzen, das heisst, sie müssen den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen.

Werden die Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung eingehalten, sind ortsplanerische Bestimmungen, die anderen als umweltschutzrechtlichen Interessen dienen, wie zum Beispiel der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers, grundsätzlich möglich. In der Regel wird es sich dabei um Negativplanungen handeln, also um Zonenvorschriften, die Mobilfunkanlagen in bestimmten Zonen grundsätzlich ausschliessen. Denkbar sind aber auch positive Planungen, die besondere Zonen für Mobilfunkanlagen ausweisen, sofern es sich um Standorte handelt, die sich beson-



ders gut eignen und eine genügende Versorgung durch alle Mobilfunkanbieter ermöglichen. Der Konzentration von Sendestandorten innerhalb des Siedlungsgebiets werden allerdings durch die Anlagegrenzwerte der NISV enge Grenzen gesetzt, weil nach Ziff. 62 Abs. 1 Anhang 1 NISV alle Mobilfunksendeantennen, die in einem engen räumlichen Zusammenhang stehen, als eine Anlage gelten und gemeinsam den Anlagegrenzwert einhalten müssen.

### **3 Beurteilung der Regelung von Rapperswil-Jona**

#### **A Rechtsgrundlage für Ästhetikvorschriften**

Mit der Bestimmung von Art. 21 Abs. 1 Bst. a BauR legt die Stadt Rapperswil-Jona für bestimmte Bereiche des Gemeindegebiets erhöhte Ästhetikvorschriften fest. Solche Regelungen sind durch die bundesrechtliche Gesetzgebung nicht zum Vornherein ausgeschlossen.

Voraussetzung für den Erlass derartiger ortsplanerischer Bestimmungen ist eine gesetzliche Grundlage im kommunalen oder kantonalen Recht. Art. 93 Abs. 4 BauG enthält eine entsprechende Rechtsgrundlage. Demnach können Gemeinden für bestimmte Teile des Gemeindegebiets strengere, über das blosse Verunstaltungsverbot hinausreichende Bestimmungen, vorsehen.

#### **B Räumliche Ausdehnung und Vereinbarkeit mit der Fernmeldegesetzgebung**

Da eine rechtliche Grundlage für den Erlass von Ästhetikvorschriften besteht, hatte das Baudepartement die Bestimmungen der Stadt Rapperswil-Jona insbesondere auf ihre räumlichen Auswirkung und die Vereinbarkeit mit der Fernmeldegesetzgebung hin zu überprüfen.

Art. 21 Abs. 1 Bst. a BauR sieht vor, dass innerhalb sowie im unmittelbaren Sichtfeld auf das landschaftlich empfindliche Siedlungsgebiet keine Mobilfunkanlagen erstellt werden dürfen. Das Baudepartement stellte in seinem Entscheid fest, dass sich das im neuen Zonenplan ausgeschiedene landschaftlich empfindliche Siedlungsgebiet auf klar definierte Bereiche beschränke. Bei allen diesen Gebieten handle es sich um relativ kleinflächige Bereiche, die sich allesamt entweder am Hang an bester Aussichtslage oder unmittelbar am Zürichseeufer befinden würden.

Das Baudepartement stellte weiter fest, dass allein schon die Kleinräumigkeit dieser erhöhten Ästhetikvorschriften unterstellten Siedlungsbereiche



sowie deren räumliche Trennung und Verteilung über das gesamte Siedlungsgebiet deutlich machen würden, dass diese Art der Negativplanung nicht die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen verletzen könne. Obwohl im landschaftlich empfindlichen Siedlungsgebiet die Erstellung von Mobilfunkanlagen nach den einschlägigen kommunalen Bestimmungen künftig nicht gestattet sei, trage die umstrittene Planung den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern ausreichend Rechnung. Die von der Negativplanung betroffenen Bereiche seien im Vergleich zum gesamten Siedlungsgebiet von Rapperswil-Jona flächenmässig derart untergeordnet, dass die Mobilfunkversorgung für Rapperswil-Jona ohne weiteres auf den verbleibenden und nicht von der Negativplanung betroffenen Flächen des Baugebiets sichergestellt werden könne.

#### **4 Schlussfolgerung**

Das Baudepartement kam zum Schluss, dass das öffentliche Interesse an der Freihaltung des landschaftlich empfindlichen Siedlungsgebiets von Mobilfunkanlagen die privaten Interessen der Mobilfunkanbieterin an der möglichst unbehinderten Erstellung von Mobilfunkanlagen überwiege. Der Erlass erhöhter Ästhetikvorschriften beruhe für das landschaftlich empfindliche Siedlungsgebiet auf einer kantonalesgesetzlichen Grundlage und verletze die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen nicht.

Das Baudepartement wies den Rekurs der Mobilfunkanbieterin deshalb ab.

#### Weitere Hinweise

BGE 133 II 64

Urteil des Bundesgerichtes 1A.280/2004 vom 27. Oktober 2005

Benjamin Wittwer, Bewilligung von Mobilfunkanlagen, 2. Aufl., Zürich 2008, S. 10 und 91 f.



# 4

## Bestandes- und Erweiterungsgarantie materiell rechtswidriger Bauten

### Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2010/106 vom 26. Januar 2011, Erw. 4

*Ist eine materiell rechtswidrige Baute bereits realisiert und kann die dafür erteilte Baubewilligung deshalb nicht mehr widerrufen werden, genügt für die Beurteilung von deren Bestandes- und Erweiterungsgarantie das Kriterium der formellen Rechtmässigkeit.*

### Einleitung

Für eine im Endausbau befindliche, bewilligte Überbauung mit fünf Mehrfamilienhäusern, die alle ein Untergeschoss und vier Obergeschosse umfassen, wurde bei der Gemeinde ein Erweiterungsgesuch für eine Teilüberdachung von drei der fünf Attika-Terrassen gestellt. Bei zwei Gebäuden sollte die südseitige Terrasse mit einem 9 m langen und 3 m tiefen, mit drei Säulen abgestützten Glasdach überdeckt werden, die am westlichen Ende in eine Windschutzwand übergehen sollte. Auf dem dritten Gebäude war eine ähnliche Überdachung geplant, jedoch nur auf einer Länge von 5.8 m mit zwei Pfeilern und ohne Windschutzwand.

Gegen das Erweiterungsgesuch erhoben die benachbarten Grundeigentümer Einsprache unter anderem mit der Begründung, bereits die bisherige Überbauung sei rechtswidrig. Gegen den abweisenden Einspracheentscheid erhoben die Nachbarn Rekurs beim Baudepartement. Das Baudepartement bestätigte den Entscheid der Gemeinde aufgrund einer Praxisänderung und wies den Rekurs ab.

Dagegen erhoben die Nachbarn Beschwerde beim Verwaltungsgericht, die im Wesentlichen aus formellen Gründen gutgeheissen wurde.



## Erwägungen

### 1 Beurteilung durch das Baudepartement

#### A Formelle Rechtmässigkeit gegeben

Eine Baute ist formell rechtmässig, wenn sie nach Plänen ausgeführt wurde, die in einem Baubewilligungsverfahren bewilligt wurden. Die formelle Rechtmässigkeit besteht selbst dann, wenn die Baubewilligung inhaltlich fehlerhaft ist.

Im beurteilten Fall gelangte das Baudepartement zum Schluss, die Baubewilligung für die fünf Mehrfamilienhäuser sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Nachdem es keine Hinweise darauf gäbe, dass die Baute von der Baubewilligung abweiche, sei von deren formeller Rechtmässigkeit auszugehen.

#### B Fehlende materielle Rechtmässigkeit

Materiell rechtmässig ist eine Baute, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Errichtung dem geltenden materiellen Recht entsprochen hat. Als materiell rechtmässig gilt eine Baute auch dann, wenn gestützt auf eine Ausnahmegewilligung von den geltenden baurechtlichen Vorschriften abgewichen werden konnte.

Die materielle Rechtmässigkeit der fraglichen Mehrfamilienhäuser beurteilte das Baudepartement sowohl im Zeitpunkt der Errichtung als auch im Beurteilungszeitpunkt als nicht gegeben. Das anwendbare Baureglement sähe für Bauten mit Satteldach und Bauten mit Flachdach eine unterschiedliche Berechnungsweise des Dachgeschosses vor. Eine Kombination der Berechnungsweisen sei unzulässig. Weil das oberste Geschoss weder den Bestimmungen über das Satteldach noch den Bestimmungen über das Flachdach entsprach, qualifizierte das Baudepartement das Attikageschoss als Vollgeschoss, womit die Mehrfamilienhäuser insgesamt vier Vollgeschosse aufwiesen. Damit wurde nicht nur die in der Kernzone K3 maximal zulässige Geschosshöhe, sondern auch die zulässige Gebäudehöhe überschritten.

#### C Gebotene Praxisänderung

Bis zum vorliegenden Fall hatte das Baudepartement in Einklang mit früherer Lehre und Rechtsprechung für die Anwendung der Bestandes- und Er-



weiterungsgarantie stets verlangt, dass die betroffene Baute nicht nur formell, sondern zudem materiell rechtmässig sei.

Bezüglich dieser Praxis erwog das Baudepartement, diese habe – strikt angewandt – zur Folge, dass bereits geringfügige rechtswidrige Elemente in einer Baubewilligung – gleich ob die kommunale Baubehörde diese nicht erkannt, bewusst toleriert oder einen bloss vermeintlichen Spielraum genutzt habe – zu einem Wegfall der Bestandes- und Erweiterungsgarantie eines Gebäudes führen müsste. Die Behörden hätten in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die ursprüngliche, möglicherweise Jahrzehnte zurückliegende Baubewilligung nach dem damals geltenden Recht allenfalls mit materiellen Fehlern behaftet war. Es wäre kantonsweit mit einer erheblichen Anzahl von Gebäuden zu rechnen, bei denen nur mehr Massnahmen des einfachen Unterhalts zulässig wären. Die jetzige Praxis führe zudem zu erheblicher Rechtsunsicherheit, da bei jeglicher Baute, selbst wenn diese in gutem Glauben bewilligt und erstellt worden war, nachträglich eine materielle Rechtswidrigkeit entdeckt werden könnte, wodurch sie die Bestandes- und Erweiterungsgarantie gänzlich verlöre.

Diese Gründe bewogen das Baudepartement, in Änderung seiner bisherigen Praxis, für die Anwendbarkeit der Bestandes- und Erweiterungsgarantie das Vorliegen der formellen Rechtmässigkeit genügen zu lassen. Da im konkret beurteilten Fall die formelle Rechtmässigkeit gegeben sei und die Erweiterung weder zu einer Vermehrung noch zu einer wesentlichen Verstärkung der materiellen Rechtswidrigkeit führe, sei das Bauvorhaben bewilligungsfähig.

## **2 Praxisänderung durch das Verwaltungsgericht gestützt**

Obschon das Verwaltungsgericht die im Zusammenhang mit der Bestandes- und Erweiterungsgarantie sich stellenden Rechtsfragen nicht zu entscheiden hatte, da die Beschwerde im Wesentlichen aus formellen Gründen gutgeheissen wurde, erachtete es das Gericht angesichts der Praxisänderung des Baudepartementes dennoch für gerechtfertigt, sich zu den Voraussetzungen der Bestandes- und Erweiterungsgarantie zu äussern.

Über die vom Baudepartement angeführten Gründe hinaus erwog es, dass Verwaltungsverfügungen im Allgemeinen auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft noch geändert oder widerrufen werden, sofern sie sich als fehlerhaft erwiesen. Bei einer Baubewilligung im Speziellen sei allerdings der Zeitpunkt der Entdeckung der Fehlerhaftigkeit von wesentlicher Bedeutung: Eine zu Unrecht erteilte Baubewilligung könne vor Baubeginn noch zurückgenommen werden, während dies nach der Bauvollendung grundsätzlich nicht mehr möglich sei. In diesem Fall geniesse das realisierte Bauprojekt in gleicher Weise Bestandesgarantie wie ein mängelfreies Bauwerk und sei un-



ter besitzstandrechtlichen Gesichtspunkten nicht anders zu behandeln als eine ursprünglich materiell rechtmässige Baute. Daraus folge, dass bei einem bereits realisierten Bauvorhaben, dessen Baubewilligung nicht mehr widerrufen werden könne, hinsichtlich seiner Bestandes- und Erweiterungsgarantie auf die materielle Rechtswidrigkeit verzichtet werden könne.

Das Verwaltungsgericht befand die Praxisänderung des Baudepartementes somit als sachlich begründet und stützte damit im Ergebnis dessen Rechtsauffassung, wonach für die Anwendbarkeit der Bestandes- und Erweiterungsgarantie bei bereits erstellten, aber materiell rechtswidrigen Bauten die formelle Rechtmässigkeit genügt.

#### Weitere Hinweise

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2007/10 vom 11. Juni 2007, B 2004/149 vom 22. März 2005

Entscheid des Baudepartementes Nr. 24/2010 vom 21. April 2010

K. Willi, Die Besitzstandgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürich/Basel/Genf 2003, § 5

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 744 ff. § 23 Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2011/I/6

## 5

### Bewertung der Leistungsfähigkeit aufgrund des Gesamtpersonalbestands?

#### Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2010/220 vom 26. Januar 2011

*Wird der Personalbestand einer Anbieterin als Unterkriterium des Zuschlagskriteriums "Leistungsfähigkeit" gewertet, darf ein hoher Personalbestand nicht generell besser gewichtet werden als eine geringere Anzahl Mitarbeitende, wenn dafür keine auftragsbezogenen sachlichen Gründe bestehen.*

#### Einleitung

Eine Gemeinde schrieb die Ingenieurarbeiten für die Erschliessung eines Baugebiets im offenen Verfahren aus. Als Zuschlagskriterien waren der Angebotspreis mit einer Gewichtung von 45 %, die Leistungsfähigkeit mit einer Gewichtung von 20 %, die Qualität und die Erfahrung/Referenzen mit einer Gewichtung von je 15 % sowie die Sicherung des Ausbildungsstandes mit einer Gewichtung von 5 % festgelegt und in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben worden.

Das Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde mit insgesamt 368 Punkten, jenes der zweitplatzierten Anbieterin mit 362 Punkten bewertet. Abweichungen in der Bewertung ergaben sich insbesondere beim Kriterium "Leistungsfähigkeit", bei dem die zweitplatzierte Anbieterin mit 84, die Zuschlagsempfängerin mit 100 Punkten bewertet wurden. Das Unterkriterium "Personalbestand" war bei der Beschwerdeführerin mit lediglich 24, bei der Zuschlagsempfängerin hingegen mit 40 Punkten bewertet worden.

In der gegen die Zuschlagsverfügung erhobenen Beschwerde verlangte die unterlegene Zweitplatzierte, der Zuschlag sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass ihr Angebot das wirtschaftlich günstigste und daher ihr der Zuschlag zu erteilen sei. Ihr Angebot sei beim Zuschlagskriterium "Leistungsfähigkeit" unsachgemäss und ermessensmissbräuchlich bewertet worden, da zu Unrecht auf den Gesamtpersonalbestand als ausschlaggebendes Merkmal abgestellt worden sei.





## Erwägungen

### 1 Bewertung durch die Vergabebehörde im beurteilten Fall

Die Vergabebehörde hielt im Rahmen der Offertprüfung fest, die Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen werde anhand der Unterkriterien "Kapazität der Unternehmung aufgrund des Personalbestands", "Terminplanung für das Projekt" und "Gewährleistung der Stellvertretung" beurteilt. Der Personalbestand wurde in der Abstufung bis 5 Mitarbeiter, 5 bis 10, 10 bis 20, 20 bis 30 und über 30 Mitarbeiter gewertet.

Die Vergabebehörde erwog, bei der Zuschlagsempfängerin sei mit 40 Personen mit Hochschulabschluss, 4 Technikern und 28 Bauzeichnern eine genügende Kapazität vorhanden. Die Unternehmensgruppe, der sie angehöre, beschäftige rund 600 Personen, auf die ebenfalls zurückgegriffen werden könne. Für das eingesetzte Personal sei der erforderliche Stundenaufwand aufgezeigt. Anhand der Bewertungsskala ergebe dies die maximale Punktzahl von 40.

Zur unterlegenen Beschwerdeführerin hielt die Vergabebehörde fest, diese beschäftige 7 Personen mit Hochschulabschluss, 2 Techniker/Konstrukteure und 6 Zeichner. Dies ergebe 24 Punkte. In der Bewertungsmatrix wurde zudem festgehalten, die "Kapazität sollte gewährleistet sein". Für die personelle Kapazitätsgewährleistung sei der Personeneinsatz mit Zeitbedarf (Personalreservation fürs Projekt) aufgezeigt.

### 2 Geltend gemachte Beschwerdegründe

Im Beschwerdeverfahren machte die unterlegene Beschwerdeführerin hauptsächlich geltend, dass die massive Übergewichtung des reinen Personalbestands beziehungsweise der Anzahl Mitarbeiter einseitig und willkürlich grosse Ingenieurunternehmen bevorteile. Eine solche Bewertung widerspreche eklatant dem Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgebot nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 VöB, indem kleinere Büros vorweg überdurchschnittlich unterbewertet würden, obschon dies mit der Qualität der Leistung sowie der Leistungsfähigkeit in keinem kausalen Zusammenhang stehe.

Die Überbewertung des Personalbestands sei namentlich unsachgemäss in Bezug auf das konkrete Projekt. Laut detailliertem Terminprogramm mit dem vorgesehenen Personaleinsatz von sechs Personen über die Bauzeit von 12,5 Monaten würden über die ganze Projektzeit maximal sechs Leute be-



schäftigt. In der Spitzenbelastung seien maximal drei Personen parallel beschäftigt. Die Zuschlagskriterien seien projektbezogen zu beurteilen.

### **3 Beurteilung durch das Verwaltungsgericht**

#### **A Weiter Ermessensspielraum bei Festsetzung und Bewertung von 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 beziehungsweise preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden.

Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Erfahrung sowie Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben.

Dem Auftraggeber wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift.

#### **B Grenze des Ermessensspielraums: Nichtdiskriminierung**

Das Gebot der Nichtdiskriminierung nach Art. 5 Abs. 1 VöB verbietet, dass grössere Unternehmungen beziehungsweise Unternehmungen mit grösserem Personalbestand für jegliche Aufträge generell als besser geeignet betrachtet werden als kleinere Unternehmungen beziehungsweise Unternehmungen mit kleinerem Personalbestand. Wenn daher stets der gesamte Personalbestand eines Anbieters in die Bewertung einbezogen würde, hätte dies zur Folge, dass Anbieter mit einem geringeren Personalbestand gegenüber Anbietern mit einem höheren Personalbestand generell benachteiligt würden, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund vorläge.

Wenn aufgrund des konkreten Vorhabens nicht davon ausgegangen werden kann, dass die ausgeschriebenen Arbeiten nur von Unternehmungen ausgeführt werden können, die eine gewisse Mindestzahl von Mitarbeitenden je Ausbildungsstufe beschäftigen, ist es daher geboten, nicht ausschliesslich



die Anzahl der mitarbeitenden Personen zu bewerten, sondern die Struktur der personellen Zusammensetzung.

Massgebend ist, ob eine Anbieterin über den für die Erfüllung des Auftrags vorhandenen Personalbestand verfügt beziehungsweise diese auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Auftrags gewährleisten kann.

C Keine sachlichen Gründe für Berücksichtigung des Gesamtpersonalbestands

a *Zu Grunde liegende Personalangaben*

Die Zuschlagsempfängerin beschäftigt gemäss Offerte 40 Personen mit Hochschulabschluss, vier Techniker/Konstrukteure, 28 Zeichner, 20 Lernende und andere Mitarbeitende, insgesamt 102 Personen. In den Angaben über das Projektteam wurden drei Personen angeführt, nämlich der Projektleiter, der gleichzeitig als Teilprojektleiter Strassenbau/Kanalbau fungiert, der Projektleiter-Stellvertreter sowie einen Teilprojektleiter Versickerung/Hochwasserschutz. Weiter wurden verschiedenen Spezialisten aus der Unternehmensgruppe, der die Zuschlagsempfängerin angehört, genannt, die bei Bedarf ins Projektteam aufgenommen werden können.

Demgegenüber beschäftigt die Beschwerdeführerin gemäss Offerte sieben Personen mit Hochschulabschluss, zwei Techniker/Konstrukteure, sechs Zeichner, vier Lernende und eine weitere Person, insgesamt 20 Personen. Sie hat im Projektteam 4 Personen bezeichnet, nämlich den Projektleiter, der gleichzeitig als Teilprojektleiter "Strassenbau/Kreislaufbau" fungiert, den Projektleiter-Stellvertreter, der gleichzeitig als Teilprojektleiter Entwässerungen fungiert sowie den Teilprojektleiter Werkleitungen. Ausserdem wurde eine Landschaftsarchitektin als beizuziehende Spezialistin angegeben. Die weiteren beizuziehenden Spezialisten wurden mit dem Vermerk "noch offen" genannt.

b *Auftragsbezogene Beurteilung durch das Verwaltungsgericht*

Aufgrund der Art des Projekts sowie der Offertsummen kann nach Ansicht des Verwaltungsgerichts beim zu vergebenden Auftrag nicht von einem überdurchschnittlich umfangreichen oder komplexen Ingenieurauftrag gesprochen werden. Das Projekt umfasst im Wesentlichen die Erschliessung von Bauland (Strassen, Kanalisationen und Werkleitungen). Aufgrund des Pflichtenhefts bestehen keine Anhaltspunkte, dass es sich um ein Projekt mit überdurchschnittlich hohen oder aussergewöhnlichen Anforderungen hinsichtlich der Personalkapazität oder der Anforderungen an den Personalbestand handelt.



Entscheidend ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichts in erster Linie, ob eine Anbieterin imstande ist, mit ihrem Personalbestand den ausgeschriebenen Auftrag auszuführen. Die Vergabebehörde habe in der Bewertungsmatrix festgehalten, dass bei der Beschwerdeführerin die Kapazität gewährleistet sein sollte. Es sei zweifellos sachgerecht, dass das unterschiedliche Leistungsvermögen in die Bewertung einfließen kann. Auch sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass genügend Personal vorhanden ist, um einen reibungslosen Ablauf zu gewährleisten, und dass ein allfälliger Ausfall von Personal bewältigt werden müsse. Aufgrund des Personalbestands der Beschwerdeführerin bestünden aber keine Anhaltspunkte, dass diese nicht imstande sei, einen reibungslosen Ablauf zu gewährleisten, und es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern ein allfälliger Ausfall von Personal nicht bewältigt werden könnte.

Aufgrund des gesamten Personalbestands bestehe weiter kein Grund zur Annahme, dass keine Personalreserven vorhanden sind beziehungsweise die Stellvertretung bei unvorhergesehenen Absenzen nicht gewährleistet sei. Wenn bei einem Auftrag der Gesamtpersonalbestand einer Unternehmung als eines der Hauptkriterien in die Bewertung einbezogen und mit 40 % innerhalb des Kriteriums Leistungsfähigkeit gewichtet werde, so führe dies zu einer Diskriminierung kleinerer Unternehmen. Auch unter Berücksichtigung des Einbezugs von gewissen Personalreserven kann der Gesamtpersonalbestand nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes im Hinblick auf den Umfang und die Art des auszuführenden Auftrags nicht als ausschlaggebendes Kriterium herangezogen werden, das generell eine schlechtere Bewertung der Offerte der Beschwerdeführerin rechtfertigt.

Im vorliegenden Fall zeige sich, dass sich die Projektteams der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin namentlich hinsichtlich Bestand und Zusammensetzung nicht wesentlich unterscheiden. Das Projektteam der Beschwerdeführerin weise sogar vier Personen auf, während jenes der Beschwerdegegnerin lediglich drei Personen zähle. Zudem sei auch bei der Beschwerdeführerin eine hinreichende Personalreserve vorhanden.

*c Schlussfolgerung: Ermessensüberschreitung durch die Vergabebehörde*

Das Verwaltungsgericht gelangte zusammenfassend zum Schluss, dass bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit zu Unrecht auf den in der Offerte angegebenen Gesamtpersonalbestand abgestellt worden sei. Die so aus der Bewertung resultierende Differenz von 16 Punkten beim Kriterium Personalbestand beruhe damit nicht auf sachlichen Gründen und überschreite den Rahmen des der Vergabebehörde zustehenden Ermessens. Der Zuschlag wurde daher aufgehoben und an die zweitplatzierte Beschwerdeführerin vergeben.



#### Weitere Hinweise

GVP 1999 Nr. 37, 2006 Nr. 58

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2003/96 vom 28. August 2003



## 6

### Unzulässiger Widerruf eines Bauabschlags

#### Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2010/106 vom 26. Januar 2011, Erw. 2

*Ein formell rechtskräftiger Bauabschlag kann nur widerrufen werden, wenn diesem Widerruf keine überwiegenden Interessen des im Einspracheverfahren obsiegenden Einsprechers entgegenstehen.*

*Nicht gerechtfertigt ist ein Widerruf eines Bauabschlags dann, wenn ein identisches Bauvorhaben, das dank der Intervention der benachbarten Grundeigentümer rechtskräftig verhindert wurde, nur wenige Monate später erneut behandelt und entgegen dem ursprünglichen (und erneuten) Antrag der Nachbarn doch noch bewilligt werden soll.*

#### Einleitung

Für eine im Endausbau befindliche, bewilligte Überbauung mit fünf Mehrfamilienhäusern wurde bei der Gemeinde ein Erweiterungsgesuch für die Teilüberdachung von drei der fünf Attika-Terrassen gestellt. Eine dagegen erhobene Einsprache der Nachbarn hiess diese wegen Verletzung der Attika-Norm zunächst gut und wies das Baugesuch ab. Bauabschlag und Einspracheentscheid blieben in der Folge unangefochten und erwachsen in formelle Rechtskraft.

Rund acht Monate später reichte die Bauherrschaft das gleiche Baugesuch wieder ein. Gestützt auf ein externes baurechtliches Gutachten bewilligte die Gemeinde das Gesuch diesmal und wies die wiederum erhobene Einsprache ab.

Der dagegen erhobene Rekurs wurde vom Baudepartement abgewiesen, worauf die Nachbarn Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben. Sie rügten unter anderem, sie hätten gegen das exakt gleiche Baugesuch bereits einmal erfolgreich Einsprache erhoben. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut.



## Erwägungen

### 1 Grundlegendes zum Widerruf von Verfügungen

#### A Erhöhte Rechtsbeständigkeit von formell rechtskräftigen Verfügungen

Verwaltungsakte werden im Gegensatz zu Zivilurteilen nicht materiell rechtskräftig und damit unabänderlich. Einerseits verlangt das Gesetzmässigkeitsprinzip, dass alles Handeln der Verwaltung mit dem geltenden Recht übereinstimmt. Verfügungen und Entscheide, die zum geltenden Recht in Widerspruch stehen, können deshalb nicht unabänderlich sein. Sie können grundsätzlich aufgehoben oder abgeändert werden.

Einer Aufhebung oder Abänderung einer Verfügung steht jedoch das Vertrauen des Einzelnen in eine konkretisierte Rechtslage entgegen. Bei einem Entscheid über ein Baugesuch ist das Vertrauen des Bauherrn oder des Einsprechers betroffen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt also andererseits, dass Verfügungen rechtsbeständig sind und nicht ohne Weiteres einseitig aufgehoben oder zum Nachteil der Adressaten abgeändert werden dürfen.

Dieses Spannungsfeld wird dadurch gemildert, dass Verfügungen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig werden. Das hat zur Folge, dass sie mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr aufgehoben werden können, und der Berechtigte von einer ihm eingeräumten Befugnis, zum Beispiel einer Baubewilligung, zulässigerweise Gebrauch machen darf. Zudem legt das Gesetz fest, unter welchen Voraussetzungen eine formell rechtskräftige Verfügung abgeändert oder aufgehoben werden kann.

#### B Voraussetzungen des Widerrufs von Verfügungen

Wird eine Verfügung durch die verfügende Behörde abgeändert oder aufgehoben, wird dies als Widerruf bezeichnet. Ein solcher ist möglich, wenn der Widerruf die Betroffenen nicht belastet oder wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist (Art. 28 VRP).

Hat die Behörde bei Erlass einer Verfügung das Recht falsch angewendet, ist eine solche unrichtige Rechtsanwendung grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren zu überprüfen. Ganz ausnahmsweise kann es sich rechtfertigen, dass eine Behörde von sich aus mittels Widerrufs eine Verfügung aufhebt oder abändert, wenn der Verfügung ein schwerwiegender materieller Fehler anhaftet und wenn das Aufrechterhalten zu einem stossenden und dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufenden Ergebnis führt.



## 2 Entscheid des Verwaltungsgerichts

Im beurteilten Fall wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass die Gemeinde in gleicher Sache einen neuen Beschluss fasste, ohne den formell rechtskräftigen früheren Entscheid zu widerrufen. Ohne einen solchen Widerruf stehe der Baubewilligung und dem Einspracheentscheid die Rechtskraft des früheren Bauabschlags entgegen.

Abgesehen davon hielt es weiter fest, dass die erlassende Behörde eine Verfügung nach Art. 28 VRP nur aufheben oder abändern dürfe, wenn der Widerruf die Betroffenen nicht belaste oder wenn er aus wichtigen Interessen geboten sei. Dabei seien die Interessen an der richtigen Durchsetzung der Rechtsordnung, der Schutz allfälliger Drittbetroffener und das Interesse der Betroffenen zu gewichten und abzuwägen. Entgegen der Gemeinde und dem Baudepartement kam es zum Schluss, dass die Nachbarn einen offensichtlichen Nachteil erlitten, wenn ein identisches Bauvorhaben, das dank der Intervention der Nachbarn rechtskräftig verhindert wurde, nur wenige Monate später erneut behandelt und entgegen dem ursprünglichen (und erneuten) Antrag der Nachbarn doch noch bewilligt werden solle.

Auch sei nicht ersichtlich, wieso ein stossendes und dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufendes Ergebnis vorliegen sollte, wenn bereits rechtswidrig erstellte Wohnhäuser nachträglich nicht noch erweitert werden dürfen. Daran ändere nichts, dass ein privater Baujurist hinsichtlich der geplanten Erweiterungen zu einer anderslautenden Rechtsauffassung gelangt sei. Ein unterschiedlicher Standpunkt in einer Rechtsfrage wäre lediglich ein Grund, fristgerecht ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen. Bloss eine andere Fachmeinung rechtfertige es nicht, einen rechtskräftigen Entscheid zu widerrufen, lediglich, damit ein auf eine Einsprache hin (rechtskräftig) verweigertes Baugesuch dann doch noch bewilligt werden könne.

### Weitere Hinweise

Entscheid des Baudepartementes Nr. 24/2010 vom 21. April 2010

GVP 2007 Nr. 67

Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 22 Rz. 6 und § 31

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, Rz. 1077 ff.

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2011/I/4



# 7

## Beschränktes anwaltliches Vertretungsverhältnis

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 12/2011 des Baudepartementes vom 21. März 2011

*Eine Behörde darf davon ausgehen, dass ein ihr gegenüber bekannt gegebenes anwaltliches Vertretungsverhältnis auf ein bestimmtes Verfahren beschränkt ist.*

*Wird ein erstes Baugesuch zurückgezogen und danach ein neues eingereicht, wird dadurch ein neues Verfahren eröffnet. Ein im ersten Baubewilligungsverfahren bestehendes anwaltliches Vertretungsverhältnis muss der Baubewilligungsbehörde deshalb erneut zur Kenntnis gebracht werden, ansonsten diese nicht verpflichtet ist, Zustellungen an den bisherigen Rechtsvertreter vorzunehmen.*

### Einleitung

Im Frühjahr 2010 legte eine Gemeinde ein Baugesuch für den Neubau eines Einfamilienhauses öffentlich auf. Während der Auflage reichte ein benachbarter Grundeigentümer, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, fristgerecht Einsprache gegen das Bauvorhaben ein. Nach Durchführung einer Einspracheverhandlung zogen die Gesuchsteller das Baugesuch im September 2010 zurück.

Zwei Wochen später reichten dieselben Gesuchsteller bei der Gemeinde ein neues Baugesuch für ein redimensioniertes Bauvorhaben ein. Dem ursprünglichen Einsprecher wurde die öffentliche Auflage des neuen Baugesuchs mit eingeschriebenem Brief angezeigt. Er nahm in der Folge in die aufgelegten Baugesuchsunterlagen Einsicht, liess die Einsprachefrist jedoch ungenützt verstreichen.

Nach Ablauf der Einsprachefrist wandte sich der im ersten Bewilligungsverfahren Rechtsvertreter des Nachbarn an die Gemeinde und teilte dieser mit, er habe eben erst von seinem Mandanten erfahren, dass ein neues Baugesuch eingereicht worden sei. Die Auflage des Baugesuchs sei ihm als Rechtsvertreter fälschlicherweise nicht eröffnet worden. Die bloss an seinen Mandanten gerichteten Mitteilungen seien aufgrund der Missachtung des bestehenden Vertretungsverhältnisses ungültig und deshalb ordnungsge-



mäss nochmals an ihn zu eröffnen. Gleichzeitig erhob er Einsprache gegen das Bauvorhaben.

Die Gemeinde trat auf die Einsprache infolge Verspätung nicht ein. Gegen diesen Entscheid erhob der Nachbar Rekurs beim Baudepartement.

## Erwägungen

### 1 Die Vertretungsfreiheit

#### A Allgemeine Bestimmungen

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere auch das Recht, sich in einem Verfahren auf eigene Kosten vertreten oder beraten zu lassen. Nur damit kann sichergestellt werden, dass der (zumeist rechtsunkundige) Verfahrensbeteiligte das ihm zustehende Recht zu einer sachgemässen und ausreichenden Stellungnahme auch tatsächlich wahrnehmen kann.

Art. 10 VRP bestimmt dementsprechend, dass die Beteiligten in einem Verfahren vor den Verwaltungsbehörden das Recht haben, sich vertreten zu lassen. Eine nicht beschränkte Prozessvollmacht umfasst insbesondere die Antragstellung und Behauptung von Tatsachen, das Vorbringen von Rechtsansichten, die Teilnahme an der Vernehmung von Zeugen oder Beteiligten sowie die Stellungnahme zu Berichten von Sachverständigen.

#### B Zustellungen im Vertretungsverhältnis

Sofern ein Vertretungsverhältnis besteht, haben Zustellungen seitens der Behörden stets an den Vertreter zu erfolgen. Eine Zustellung an den Vertretenen ist grundsätzlich unwirksam und an den Vertreter nachzuholen.

### 2 Extern beschränktes Vertretungsverhältnis

#### A Allgemeine Grundsätze

Die Verwaltungsrekurskommission führte in einem älteren Entscheid aus, dass ein zwischen dem Steuerpflichtigen und dessen Vertreter bestehendes



(internes) Vertretungsverhältnis extern gegenüber der Veranlagungsbehörde nur Gültigkeit erlange, wenn diese vom Vertretungsverhältnis Kenntnis erhalte. Einmal der Veranlagungsbehörde zur Kenntnis gebracht, bedeute ein solches Vertretungsverhältnis, dass sich die Behörde grundsätzlich solange nicht mehr an den Steuerpflichtigen, sondern an den Vertreter zu halten habe, bis die Vertretungsbefugnis widerrufen werde. Ein solcher Widerruf sei jedoch nur insoweit erforderlich, als das Vertretungsverhältnis sonst fortbestehe.

Weiter hielt die Verwaltungsrekurskommission fest, aus Art. 8 und 10 Abs.1 VRP lasse sich ableiten, dass sich das externe, zwischen dem Vertreter beziehungsweise Vertretenen einerseits und der Veranlagungsbehörde andererseits bestehende Vertretungsverhältnis auf ein bestimmtes Verfahren beschränke, und zwar auf dasjenige Verfahren, für das die Vertretung bestellt worden sei. Mit dem Abschluss des Verfahrens werde extern deshalb auch das eigens dafür eingegangene Vertretungsverhältnis beendet, ohne dass hierzu ein Widerruf der Vertretungsbefugnis erforderlich sei. Soweit deshalb ein im internen Verhältnis zwar dauernd beauftragter Vertreter den Vertretenen in einem späteren Veranlagungsverfahren erneut vertrete, beziehe sich die Vertretung auf ein neues, separates Verfahren, weshalb die Veranlagungsbehörde von diesem Vertretungsverhältnis erneut in Kenntnis gesetzt werden müsse.

Auch wenn somit schon in früheren Veranlagungsverfahren auf der Steuererklärung in der Rubrik "bevollmächtigter Vertreter" eine bestimmte Person angegeben worden sei, habe dies nicht zur Folge, dass auch in späteren Veranlagungsverfahren zwangsläufig von diesem Vertretungsverhältnis auszugehen wäre. Das Vertretungsverhältnis müsse der Veranlagungsbehörde bei jeder neuen Veranlagung erneut zur Kenntnis gebracht werden. Aus dem alleinigen Umstand, dass schon in früheren Jahren ein Vertretungsverhältnis bestanden habe, lasse sich keine zu Lasten der Veranlagungsbehörde bestehende Verpflichtung ableiten, auch hinsichtlich der neuerlichen Veranlagung vom ursprünglichen Vertretungsverhältnis auszugehen.

## B Vertretungsverhältnis im zu beurteilenden Fall

Im beurteilten Fall gelangte das Baudepartement aufgrund dieser Rechtsprechung zum Schluss, dass die Baubewilligungsbehörde mit dem Rückzug des ursprünglichen Baugesuchs im September 2010 davon ausgehen durfte, das Vertretungsverhältnis zwischen dem Einsprecher und seinem Rechtsvertreter habe mit der Gegenstandslosigkeit dieses Baubewilligungsverfahrens geendet.

Durch das neu eingereichte Baugesuch werde ein neues, separates Baubewilligungsverfahren eröffnet. Die Baubewilligungsbehörde hätte daher von



einem neuerlichen beziehungsweise einem allenfalls nach wie vor fortbestehenden Vertretungsverhältnis erneut in Kenntnis gesetzt werden müssen. Die Bauanzeige sei daher zu Recht dem benachbarten Grundeigentümer und nicht dem Anwalt, der diesen im ersten Baubewilligungsverfahren vertreten hatte, zugestellt worden. Die von dessen Rechtsanwalt gegen das Bauvorhaben erhobene Einsprache sei somit verspätet und die Baubewilligungsbehörde zu Recht nicht darauf eingetreten.

#### Weitere Hinweise

GVP 1987 Nr. 41

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor Verwaltungsgericht, 2. Auflage, St.Gallen 2003, Rz. 357 ff.

Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 1704