



Juristische Mitteilungen 2011 / III

Inhalt

Planungsrecht		
1	Planungszone für sexgewerbliche Nutzungen	2
2	Gestaltungsplanänderung ohne Zustimmung der Grundeigentümer	6
3	Keine unzulässige Abweichung vom Zonenzweck	11
Baurecht		
4	Baubewilligungspflicht für Winterparkplatz	14
Öffentliches Beschaffungswesen		
5	Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts auf kirchliche Körperschaften?	18
6	Funktionale Ausschreibung: Grenzen der Herstellung von Vergleichbarkeit	22
7	Losbildung bei Auftragsausschreibung und –vergabe	27
8	Ungenügende Begründung des Zuschlags	32
Verwaltungsverfahrensrecht		
9	Unzulässige Behandlung verspäteter Einsprachen	35

Impressum

Baudepartement des Kantons St.Gallen
Rechtsabteilung
www.jumi.sg.ch

Bettina Deillon-Schegg / Niklaus Eichbaum
058 229 30 71 / 058 229 30 13
bettina.deillon@sg.ch / niklaus.eichbaum@sg.ch

Zitiervorschlag:
Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen Jahr/Band/Nr



1

Planungszone für sexgewerbliche Nutzungen

Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 69/2010 des Baudepartementes vom 6. Dezember 2010

Im Hinblick auf die Anpassung eines geltenden Zonenplanes bildet Art. 28octies BauG eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Schaffung einer Planungszone, welche die im Plangebiet zulässigen Nutzungen beschränken soll, um dieses vor ideellen Immissionen durch sexgewerbliche Nutzungen zu schützen.

Einleitung

Ein Stadtrat beschloss, den geltenden Zonenplan anzupassen und die in der Innenstadt zulässigen Nutzungen zu beschränken, um das Stadtzentrum künftig vor ideellen Immissionen, insbesondere vor solchen, die von Erotikbetrieben und anderen sexgewerblichen Nutzungen ausgehen, zu schützen. Dazu erliess er für das betroffene Gebiet der Innenstadt eine Planungszone für drei Jahre.

Dagegen erhob ein Grundeigentümer einer im Perimeter der Planungszone gelegenen Liegenschaft Rekurs beim Baudepartement mit dem Antrag, die Planungszone sei umgehend aufzuheben. Art. 28octies BauG stelle keine genügende gesetzliche Grundlage für rein polizeilich motivierte Nutzungseinschränkungen in der Innenstadt dar. Dem hielt der Stadtrat entgegen, dass Art. 28octies sehr wohl die Möglichkeit biete, die zulässigen Nutzungen im Zentrum im Einzelnen festzulegen.



Erwägungen

1 Erlass von Planungszone

A Gegenstand und Zweck

Planungszone dienen der einstweiligen Sicherung der beabsichtigten Nutzungsplanung, im Besonderen der Bewahrung der Planungs- und Entscheidungsfreiheit der Behörden, die nicht durch Vorhaben, die den Planungsabsichten widersprechen, beeinträchtigt werden sollen. Die Planungszone stellt eine vorsorgliche, sichernde Massnahme dar und verschafft dem im Entstehen begriffenen Nutzungsplan eine gewisse negative Vorwirkung. Beim Erlass der Planungszone legt die zuständige Gemeindebehörde deren Wirkungen im Einzelnen fest (Art. 106 BauG). Planungszone werden für längstens drei beziehungsweise fünf Jahre bestimmt (Art. 107 BauG).

B Gesetzliche Grundlage

Planungszone stellen öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen dar. Sie müssen sich demnach auf eine gesetzliche Grundlage stützen, im öffentlichen Interesse liegen und die Verhältnismässigkeit wahren (Art. 36 BV). Die nötige gesetzliche Grundlage findet sich in Art. 105 BauG, wonach die zuständige Gemeindebehörde das ganze Plangebiet oder Teile davon als Planungszone bestimmen kann, wenn der Erlass oder die Änderung eines Baureglements, eines Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie- oder Abbauplanes oder einer Schutzverordnung oder einer Landumlegung angezeigt ist.

2 Art. 28octies BauG als Grundlage für die Festlegung zulässiger Nutzungen

Während Art. 105 BauG die zuständige Gemeindebehörde ermächtigt, unter bestimmten Voraussetzungen eine Planungszone zu erlassen, bestimmt Art. 28octies BauG, dass die zuständige Gemeindebehörde die zulässigen Nutzungen im Rahmen des Zonenzwecks festlegen kann.

A Entstehungsgeschichte

Art. 28octies BauG in der bis zum 31. Dezember 2009 geltenden Fassung (nGS 39-91) lautete:



Fällt die Zuweisung eines Gebiets zur Gewerbe-, Industrie- oder Intensiverholungszone nur im Hinblick auf bestimmte Nutzungen in Betracht, kann die politische Gemeinde im Zonenplan für das betreffende Gebiet die zulässigen Nutzungen im Rahmen des Zonenzweckes festlegen.

Mit dem neuen Wasserbaugesetz (sGS 743.11; in Kraft getreten am 1. Januar 2010) wurde Art. 28octies BauG folgendermassen geändert:

Fällt die Zuweisung eines Gebiets zu einer Zone nur für bestimmte Nutzungen in Betracht, kann die politische Gemeinde im Zonenplan für das betreffende Gebiet die zulässigen Nutzungen im Rahmen des Zonenzweckes festlegen.

B Bedeutung von Art. 28octies BauG

Die Rekurrentin vertrat die Ansicht, dass es sich bei Art. 28octies BauG nach dessen klarem Wortlaut bloss um eine Bestimmung zur Bekämpfung von Naturgefahren handle.

Das Baudepartement führte dazu aus, dass Botschaft und Entwurf der Regierung vom 22. April/14. Mai 2008 zum neuen Wasserbaugesetz zu entnehmen sei, dass die politischen Gemeinden verpflichtet seien, die Erkenntnisse aus den Abklärungen über gravitative Naturgefahren in der Ortsplanung zu berücksichtigen und umzusetzen. Ziel sei es, das bestehende Schadenpotenzial zu vermindern und die Schaffung von neuem Schadenpotenzial möglichst zu vermeiden. Zu diesem Zweck müsse die Zonenordnung bei Bedarf bezüglich der Nutzungsmöglichkeiten differenziert werden können. Art. 28octies BauG werde deshalb so geändert, dass die Konkretisierung der Nutzung künftig für alle Zonenarten gemäss Baugesetz zulässig sei, unabhängig davon, ob Bauzonen oder Nichtbauzonen betroffen seien. Unerheblich sei auch, ob es sich um eine «erstmalige» Zonierung handle oder um eine «nachträgliche» Konkretisierung einer bestimmten (Bau)Zone, wie das im Zusammenhang mit der Umsetzung der Gefahrengrundlagen häufig der Fall sein könne.

Die Änderung von Art. 28octies BauG im Rahmen der Totalrevision des Wasserbaugesetzes sei zwar in erster Linie deshalb erfolgt, um den politischen Gemeinden die Umsetzung der Erkenntnisse aus der Naturgefahrenabklärung durch massgeschneiderte Nutzungsanpassungen in der Ortsplanung zu ermöglichen. Darüber hinaus ergebe sich aus der Botschaft allerdings unmissverständlich, dass der Gesetzgeber den politischen Gemeinden die Möglichkeit, in einzelnen (Bau)Zonen bestimmte Nutzungen festzulegen, nicht nur bei der Umsetzung der Gefahrenkarten oder der Ausscheidung von Notentlastungsräumen einräumen wollte, sondern ausdrücklich immer dann, wenn ortsplanerische Gründe eine Differenzierung erfordern. Der Wortlaut von Art. 28octies BauG sei deshalb bewusst entsprechend gewählt und klar. Nachdem sich der Wille des Gesetzgebers zudem zweifelsfrei aus der Botschaft ergebe und es anlässlich der Sitzungen der vorberatenden Kommis-



sion keinerlei Wortmeldungen zur Änderung von Art. 28^{octies} BauG gab, könne ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass diese Vorschrift eine genügende gesetzliche Grundlage für die vom Stadtrat im Zentrumsbereich geplanten ortsplanerischen Nutzungsbeschränkungen darstellt.

3 Schlussfolgerung

Das Baudepartement kam zum Schluss, dass Art. 28^{octies} BauG eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die vom Stadtrat zum Zweck der angestrebten Zonenplanänderung erlassenen Planungszone im Stadtzentrum bildet und die umstrittene Planungszone daher rechtmässig sei. Der Rekurs wurde daher abgewiesen. Die von der unterlegenen Rekurrentin dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde abgewiesen

Weitere Hinweise

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2010/289 vom 6. Juli 2011

Botschaft und Entwurf der Regierung vom 22. April/14. Mai 2008 zum neuen Wasserbaugesetz, ABI 2008, S. 2219

BGE 118 Ia 114 f., 117 Ib 152 f.

GVP 2005 Nr. 26

Entscheid des Baudepartementes vom 29. September 2004 i.S. Th.R.

P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltrecht, 5. Aufl., Bern 2008, S. 235 f.

A. Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, N 21 zu Art. 27 RPG

Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 27 zu Art. 27 RPG



2

Gestaltungsplanänderung ohne Zustimmung der Grundeigentümer

Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 38/2011 des Baudepartementes vom 18. August 2011

Unter Berücksichtigung des bundesrechtlich statuierten Überprüfungs- und allenfalls Änderungsanspruchs des Grundeigentümers bei bestehenden Planerlassen können neu entgegen der bisherigen Praxis Gestaltungspläne auch gegen den Willen der Mehrheit der Grundeigentümer geändert werden, wenn es aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist, insbesondere wenn sich die Grundlagen ihres Erlasses wesentlich geändert haben oder wenn wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind.

Einleitung

Im Jahr 1973 wurde für das Gebiet Weierhofhang-Sonnhalden-Grund in der Gemeinde Wil der Gestaltungsplan "Neualtwil" zur Erreichung einer städtebaulich vorzüglichen Gesamtüberbauung erlassen.

Ab dem Jahr 1978 wurde das Plangebiet von Westen nach Osten überbaut. Nachdem die Bauten in der westlichen Hälfte des Plangebiets realisiert waren, geriet die Überbauung ins Stocken. Ende der 1990er-Jahre wurde im östlichsten Teil des Plangebiets nochmals eine Etappe mit zwei Mehrfamilienhäusern verwirklicht. Der dazwischenliegende Teil des Plangebiets mit rund 40'000 m², bestehend aus diversen Grundstücken, blieb bis heute unüberbaut. In der Folge sah die Gemeinde Wil eine Teilaufhebung des geltenden Gestaltungsplanes für das noch nicht überbaute Gebiet und den Erlass eines neuen Gestaltungsplanes für diesen Bereich vor. Mit dem Ziel, eine zeitgemässe Wohnüberbauung zu verwirklichen, wurde am 3. Dezember 2009 der Gestaltungsplan mit besonderen Vorschriften "Neualtwil II" (im Folgenden Gestaltungsplan) erlassen.

Gegen den Erlass des Gestaltungsplanes erhoben zahlreiche betroffene Grundeigentümer Rekurs ans Baudepartement und beanstandeten, die formellen Voraussetzungen für die Aufhebung und Änderung des Gestaltungsplanes Neualtwil seien nicht erfüllt. Die gesetzlich verlangte Zustimmung der Dreiviertelmehrheit der von der Änderung des Gestaltungsplanes betroffenen Grundeigentümer liege nicht vor. Demgegenüber sind die Rekursgegner



rinnen der Ansicht, die formelle Anforderung der Dreiviertelmehrheit der von der Änderung des Gestaltungsplanes betroffenen Grundeigentümer bezöge sich nur auf den Erlass eines neuen, nicht aber auf die Teilaufhebung oder die Änderung eines bestehenden Gestaltungsplanes.

Erwägungen

1 Inhalt und Gegenstand von Überbauungs- und Gestaltungsplänen

Der Erlass von Überbauungs- sowie von Gestaltungsplänen ist eine ortsplanerische Massnahme, die einen öffentlich-rechtlichen Eingriff in das Privateigentum darstellt. Ein solcher Eingriff ist mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nach Art. 26 Abs. 1 BV nur vereinbar, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und im öffentlichen Interesse liegt.

Nach Art. 23 BauG kann der Überbauungsplan als Baulinienplan die Erschliessung regeln und die Bebaubarkeit mit Hilfe von Strassen- und Baulinien, Höhenangaben und Richtungspunkten begrenzen (Bst. a) oder als Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften die besondere Bauweise, vor allem hinsichtlich der Baumasse und der Ausnützungsziffer regeln. Unter Beibehaltung der Zweckbestimmung der Zone kann von den allgemeinen Zonenvorschriften abgewichen werden (Bst. b).

Im Gegensatz zum Überbauungsplan kann durch einen Gestaltungsplan noch weiter in die Baufreiheit eingegriffen werden. So können Gestaltungspläne insbesondere die Überbauung einer oder mehrerer Parzellen projekt-mässig bis in Einzelheiten, beispielsweise durch Festlegen des Grundrisses, regeln (Art. 28 Abs. 1 BauG).

2 Zustimmungserfordernis zum Erlass eines Gestaltungsplanes

Aufgrund der mit Gestaltungsplänen möglichen weitreichenden Eingriffe in die Eigentumsfreiheit und den darauf folgenden Beschränkungen des Privateigentums hat der Gesetzgeber in Art. 28 Abs. 1 BauG als unumgängliche Voraussetzung für den Erlass eines Gestaltungsplans die schriftliche Zustimmung sämtlicher betroffener Grundeigentümer vorgesehen.

Gestaltungspläne können auch gegen den Willen einzelner Grundeigentümer verfügt werden, sofern ein erhebliches städtebauliches Interesse vorliegt und mindestens drei Viertel der betroffenen Grundeigentümer, die



gleichzeitig mindestens drei Viertel des amtlichen Verkehrswertes des erfassten Grundeigentums vertreten, bei Erlass des Gestaltungsplanes zustimmen (Art. 28 Abs. 2 BauG). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, gilt somit bezüglich der sich weigernden Grundeigentümer ein erleichtertes Zustimmungserfordernis.

3 Änderung und Aufhebung von Gestaltungsplänen

A Bisherige Praxis

Um Umgehungen von Art. 28 BauG zu vermeiden, galt das Zustimmungserfordernis bisher grundsätzlich auch für die Änderung bestehender Gestaltungspläne, wobei es keine Rolle spielte, ob ein bestehender Gestaltungsplan direkt geändert oder ob er zuerst teilweise aufgehoben wurde, weil jede Teilaufhebung eines Plan gleichzeitig auch seine Änderung bedeutet.

Diese bisher geübte Praxis und Auslegung der Regierung beziehungsweise des Baudepartementes zu Art. 28 Abs. 2 BauG wurde vom Bundesgericht im Rahmen eines staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens ausdrücklich als "ohne weiteres haltbar" bezeichnet.

B Bundesrechtlicher Überprüfungs- und Anpassungsanspruch

Nach Art. 21 Abs. 2 RPG werden Nutzungspläne - wie z.B. Sondernutzungspläne - überprüft und nötigenfalls angepasst, wenn sich die Verhältnisse seit der letzten Planfestsetzung erheblich geändert haben. Art. 32 Abs. 1 BauG bildet dazu die kantonale rechtliche Ausführungsvorschrift. Demnach können Gestaltungspläne geändert oder aufgehoben werden, wenn es aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist, insbesondere, wenn sich die Grundlagen ihres Erlasses wesentlich geändert haben oder wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind. Die Bestimmung richtet sich an die zuständige kommunale Behörde als Planungsbehörde.

Das Bundesrecht überlässt es in Art. 25 Abs. 1 RPG den Kantonen, das Verfahren im Hinblick auf den Erlass von Nutzungsplänen zu regeln. Die Initiative für eine Planänderung kann von der Verwaltung oder nach Massgabe des kantonalen Rechts vom Parlament oder vom Volk ausgehen. Es kann sich aber auch die Situation ergeben, dass Private ein Interesse an einer Planrevision haben, die Planungsbehörde jedoch nichts unternimmt. Der Grundeigentümer hat in diesem Fall ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung einer planerischen Nutzungsordnung, die vor der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV mangels Vorliegen eines genügenden öffentlichen Interesses nicht mehr standhält.



Es gilt der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Danach dürfen kantonale Verfahrensvorschriften die Durchsetzung von materiellem Bundesrecht nicht übermässig erschweren oder gar vereiteln. Gestützt auf diesen Grundsatz gilt nach neuester verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, dass Grundeigentümer gestützt auf Art. 21 Abs. 2 RPG und Art. 32 Abs. 1 BauG einen Überprüfungs- und allenfalls Änderungsanspruch geltend machen können, wenn der bestehende Planerlass ein eigenes Grundstück betrifft oder für dieses Nutzungsbeschränkungen zur Folge hat, und zwar selbst dann, wenn die zehnjährige Sperrfrist von Art. 33 Abs. 1 BauG noch nicht abgelaufen ist.

C Praxisänderung des Baudepartementes

Im zu beurteilenden Fall war das erleichterte Zustimmungserfordernis nach Art. 28 Abs. 2 BauG unbestrittenermassen nicht erfüllt. Zu beantworten war daher die Frage, ob die umstrittene Planänderung aufgrund des Fehlens der formellen Voraussetzungen von vornherein unzulässig sei.

Gestützt auf die oben erwähnte verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung gelangte das Baudepartement zum Schluss, dass das in Art. 28 Abs. 2 BauG statuierte Zustimmungserfordernis nur für den erstmaligen Erlass eines Gestaltungsplans, nicht aber für seine Aufhebung oder Änderung Anwendung finden kann. Andernfalls würde die Durchsetzung von Art. 21 Abs. 2 RPG übermässig erschwert oder sogar vereitelt. Entgegen der bisher von der Regierung beziehungsweise dem Baudepartement geübten Praxis können Gestaltungspläne somit auch gegen den Willen der Mehrheit der Grundeigentümer geändert werden, wenn sich die Grundlagen des Erlasses wesentlich geändert haben oder wenn wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind oder wenn der Zweck des Erlasses nicht erreicht wird und dem Grundeigentümer unzumutbare Nachteile erwachsen.

Weitere Hinweise

Bisherige Praxis: RRB 1993 Nr. 1646, Erw. 4.

Urteil Verwaltungsgerichtes B 2009/111 vom 24. August 2010, Erw. 4 ff.

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2010/III/1

BGE 107 Ib 335 Erw. 2 ff.

E. David, Ortsplanungsrecht II: Das Verfahren beim Erlass von Baureglement, Plänen und Schutzverordnungen, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Neue Reihe Bd. 20, St.Gallen 1983, S. 108



T. Marty, Ortsplanung, in: Das neue st.gallische Baugesetz, Schweizerisches Institut für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe Bd. 20, St.Gallen 1973, S. 53

Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Rz 22 zu Art. 21 RPG



3

Keine unzulässige Abweichung vom Zonenzweck

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2010/227 und 228 vom 6. Juli 2011

Die Planbehörde verletzt die allgemeine Zonenordnung nicht, wenn sie in einem als Zone für Ein- und Zweifamilienhäuser ausgewiesenen Gebiet einen Sondernutzungsplan für die Erstellung von Mehrfamilienhäusern erlässt.

Einleitung

Ein Gemeinderat erliess im Jahr 2010 einen Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften. Das Plangebiet ist der Wohnzone für zweigeschossige Bauten (W2a) zugeteilt, die gemäss Baureglement für die Erstellung von freistehenden oder zusammengebauten Ein- und Zweifamilienhäusern vorgesehen ist. Mit dem Überbauungsplan sollte in einem Baubereich des Plangebiets die Errichtung von zwei Mehrfamilienhäusern ermöglicht werden.

Gegen den Erlass des Überbauungsplans führten benachbarte Grundeigentümer Rekurs beim Baudepartement und gegen dessen abweisenden Entscheid anschliessend Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Die Beschwerdeführer machten geltend, der Überbauungsplan widerspreche dem Zonenzweck. Dieser bestehe nicht allein im Wohnen an sich, sondern im Wohnen in der entsprechenden Bauklasse, vorliegend in Ein- und Zweifamilienhäusern. Mit der Möglichkeit der Errichtung von zwei Mehrfamilienhäusern werde vom bestehenden Zonenzweck abgewichen, was jedoch nur aufgrund einer vorgängigen Zonenplanänderung möglich sei.



Erwägungen

1. Überbauungsplan

A Gegenstand und Zweck

Nach Art. 22 Abs. 1 BauG kann der Überbauungsplan für ein engeres, bestimmt umgrenztes Gebiet, wie für ein Quartier, die Erschliessung und die besondere Bauweise ordnen. Er besteht aus einer planlichen Darstellung und aus den dazugehörigen Bauvorschriften.

Zweck eines Überbauungsplans mit besonderen Vorschriften ist die Ermöglichung einer architektonisch und hygienisch guten, der baulichen und landschaftlichen Umgebung angepassten Überbauung, Gestaltung und Erschliessung zusammenhängender Flächen.

B Abweichung von Zonenvorschriften und Grenze

Art. 23 Bst. b BauG bestimmt, dass in einem Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften unter Beibehaltung der Zweckbestimmung der Zone von den allgemeinen Zonenvorschriften abgewichen werden kann. Dazu gehören insbesondere die ausdrücklich erwähnten Baumasse und die Ausnutzungsziffer. Somit kann mittels eines Überbauungsplans unter anderem von den Bestimmungen über die Gebäudelänge, -höhe oder die Stockwerkzahl abgewichen werden.

Der Sondernutzungsplan darf jedoch auf keine materielle Änderung der Zonenordnung im Plangebiet hinauslaufen, für die nach Art. 30 Abs. 1 BauG das Referendumsverfahren nötig wäre. Zweckfremde Bauten sind somit nicht zugelassen.

2. Beurteilung des konkreten Falls durch das Verwaltungsgericht

Wohnzonen umfassen Gebiete, die sich für Wohnzwecke und nichtstörende Gewerbebetriebe eignen. Sie sollen ruhige und gesunde Wohlverhältnisse gewährleisten. Sinn und Zweck der Wohnzonen ist damit in erster Linie das Wohnen.

Die Gemeinden unterteilen das Wohngebiet regelmässig in verschiedene Bauklassen. Damit wird nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes allein die Intensität der Wohnnutzung für ein umgrenztes Gebiet differenziert, nicht hin-



gegen die Nutzungsart (Wohnen, Gewerbe, Industrie) neu festgelegt. Ob in einem Ein-, Zwei- oder Mehrfamilienhaus gewohnt werde, spiele für die Nutzungsart solange keine Rolle, als mit der unterschiedenen Bauklasse gute wohnhygienische Bedingungen gesichert würden.

Gemäss Verwaltungsgericht steht die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Wohnhaustypen somit auf gleicher Stufe wie die Differenzierung nach Gebäudeabmessungen und –volumen, Geschossezahlen und Ausnützungsziffer. Solche Abweichungen von der Regelbauweise sind im Rahmen eines Überbauungsplans grundsätzlich möglich.

Weiter führt das Verwaltungsgericht aus, der Entscheid, dass in einem bestimmten Gebiet Ein- und Zweifamilienhäuser oder auch andere Häusertypen wie Mehrfamilienhäuser zugelassen werden, habe planerischen Charakter. Damit werde ein legitimes Ziel der Nutzungsplanung verfolgt, liege es doch im öffentlichen Interesse, wenn mit Ein- und Zweifamilienhauszonen der jeweilige typische Gebietscharakter und eine gute Einordnung in diese Siedlungsstruktur angestrebt werden. Es liege somit im Planungsermessen der zuständigen Behörde, unter Beibehaltung der zugrunde liegenden Nutzungsart (dem ruhigen und gesunden Wohnen), von den allgemein gehaltenen Regelbauvorschriften beziehungsweise grundsätzlichen Zonenvorschriften abzuweichen. Entsprechend können auch in Gebieten, die grundsätzlich der Erstellung von Ein- und Zweifamilienhäusern vorbehalten seien, Mehrfamilienhäuser zugelassen werden, wenn es aufgrund der örtlichen und baulichen Situationen Sinn mache.

Das Verwaltungsgericht hat entsprechend festgestellt, dass die Planungsbehörde die allgemeine Zonenordnung nicht verletzt, wenn sie in einem als Zone für Ein- und Zweifamilienhäuser ausgeschiedenen Gebiet einen Sondernutzungsplan erlässt, der die Erstellung von Mehrfamilienhäusern zulässt.

Weitere Hinweise

BGE 1C_185/2010 vom 27. Oktober 2010

Urteile des Verwaltungsgerichtes vom 18. Februar 1999 i.S. E. L. sowie B 2009/97 und 100 vom 24. Februar 2010

Entscheid Nr. 52/2010 des Baudepartementes vom 3. September 2010

P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008, S. 241 ff.

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 145

4

Baubewilligungspflicht für Winterparkplatz

Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 61/2010 des Baudepartementes vom 11. Oktober 2010

Wird ein Winterparkplatz für Skitouristen nicht nur einmalig oder für wenige Tage beziehungsweise zur Deckung des Spitzenbedarfs als Parkplatz zur Verfügung gestellt, unterliegt er der Baubewilligungspflicht.

Einleitung

Seit 2005 stellte ein Grundeigentümer einen Teil seines – in der Landwirtschaftszone gelegenen – Grundstücks in der Wintersaison und bei geeigneten Bodenverhältnissen regelmässig als Parkplatz für Besucher der angrenzenden Skiliftanlage zur Verfügung. In der Wintersaison 2008/2009 weitete er sein Parkplatzangebot zusätzlich aus, womit bis zu 60 Fahrzeuge auf seinem Areal abgestellt wurden. Mit einer bei der Einfahrt aufgestellten Tafel wurden die Benutzer ersucht, eine Parkiergebühr in die bereitgestellte Kasse zu werfen.

Nachbarn beschwerten sich über dieses Parkplatzangebot und machten geltend, dass die regelmässige Errichtung und das Betreiben dieses Winterparkplatzes einer Baubewilligung bedürfe. Die Gemeinde lehnte die Einleitung eines Bewilligungsverfahrens ab, da es sich bei der Benützung der Wiese nur um eine kurzfristige Beanspruchung handle.

Erwägungen

1 Baubewilligungspflicht

A Bundesrechtliche Minimalanforderungen

Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Diese Bestimmung ist unmittel-



bar anwendbar; ausführendes kantonales Recht ist dazu grundsätzlich nicht erforderlich. Die Kantone können jedoch – im Rahmen des Bundesrechts – den Begriff der Bauten und Anlagen und die bewilligungspflichtigen Vorkehrungen näher umschreiben.

Ausschlaggebend ist nach der Praxis des Bundesgerichtes nicht allein die Veränderung des Terrains durch bauliche Vorrichtungen oder Geländeänderungen; es kommt vielmehr auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt an. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massgebend ist daher, ob mit der fraglichen Massnahme nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Dabei ist es möglich, dass gewisse Vorhaben weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage als vielmehr aufgrund ihres Betriebs baubewilligungspflichtig sind. Insbesondere ausserhalb der Bauzonen unterstehen auch blosser Nutzungsänderungen, die ohne bauliche Vorkehrungen auskommen, der Baubewilligungspflicht, wenn diese erhebliche Auswirkungen auf Umwelt und Planung haben.

In der Praxis wurde etwa eine Baubewilligungspflicht bejaht für einen Hängegleiterlandeplatz, für eine Beleuchtungsanlage auf dem Pilatusgipfel, für den Betrieb eines Modellflugplatzes oder auch für die Erstellung einer Wasserski-Anlage.

B Kantonalrechtliche Ausführungsbestimmung

Das kantonale Recht sieht in Art. 78 Abs. 1 BauG die Bewilligungspflicht für Bauten und Anlagen nochmals explizit vor. Darunter fallen nach Art. 78 Abs. 2 BauG unter anderem auch Abstellflächen für Motorfahrzeuge (Bst. d) sowie Zweckänderungen ausserhalb der Bauzonen (Bst. q). Der Katalog der baubewilligungspflichtigen Vorhaben ist jedoch nicht abschliessend.

Beim Entscheid darüber, ob eine bauliche Vorkehrung der Bewilligungspflicht untersteht, hat sich die zuständige Behörde davon leiten zu lassen, ob nach dem Zweck des Baupolizeirechts eine Bewilligung als notwendig erscheint. Massgebend ist, ob das Vorhaben für die Allgemeinheit und die Nachbarn von einer Bedeutung ist, die derjenigen der vom Gesetz ausdrücklich genannten Fälle gleichkommt. Der Bautenbegriff im baupolizeilichen Sinn ist weit zu fassen.

Für die Frage der Bewilligungspflicht entscheidend sein kann aber auch, ob die öffentlichen Interessen allenfalls schon mit einer anderen Polizeierlaubnis genügend gewahrt sind. In diesem Sinn entspricht es allgemein der Pra-



xis, gewisse, nur für kurzfristige Benützung bestimmte Bauten und Anlagen, wie Festhütten, Jahrmarktbuden, Zirkuszelte, demontable Tribünen und dergleichen, wegen ihrer Geringfügigkeit oder weil das öffentliche Interesse mit einer Polizeierlaubnis der Ortsbehörde schon genügend gewahrt ist, von der Baubewilligungspflicht auszunehmen.

2 Beurteilung durch das Baudepartement

Für die Beurteilung der Frage, ob beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen das Parkieren auf einer (schneebedeckten) Wiese baubewilligungspflichtig ist, sind die Umstände im Einzelfall entscheidend.

Die Benützung einer Wiese als Parkplatz im Zusammenhang mit einem Anlass (z.B. Vereinsjubiläum, Dorffest, usw.) sei nach herrschender Praxis nicht baubewilligungspflichtig, sofern sich diese Benützung auf einen kurzen Zeitraum beschränkt. In derartigen Fällen bedürfe es regelmässig eines gastwirtschaftlichen Patentes, das durch die politische Gemeinde erteilt werde. Dadurch werde das öffentliche Interesse genügend gewahrt. Auch wäre eine Baubewilligungspflicht zu verneinen, wenn sich die Nutzung der Wiese als Parkplatz auf wenige Spitzentage pro Saison beschränken würde und dabei sichergestellt wäre, dass zunächst die offiziellen Parkplätze belegt und nur im Bedarfsfall auf die Wiese ausgewichen würde.

Vorliegend hat der Grundeigentümer sein Grundstück jedoch nicht nur einmalig oder für wenige Tage beziehungsweise zur Deckung des Spitzenbedarfs als Parkplatz für Skitouristen zur Verfügung gestellt, sondern sobald und solange es die Witterungsbedingungen in der Wintersaison zulassen würden. Nicht entscheidend sei, ob dies im Nachhinein betrachtet nur an wenigen Tagen pro Saison der Fall gewesen sei und ob er sein Grundstück gegen Entgelt zur Verfügung stellt oder nicht. Massgebend sei vielmehr, dass der Grundeigentümer grundsätzlich bereit und darauf aus sei, sein Grundstück bei gegebenen Witterungsbedingungen jederzeit als Parkplatz für Skitouristen anzubieten. Bei günstigen Voraussetzungen könne dies somit über einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten der Fall sein.

Das Baudepartement kam deshalb zum Schluss, dass dieser Parkplatz für bis zu 60 Fahrzeuge mit erheblichen Auswirkungen auf Raum und Umwelt verbunden sei, weshalb er als baubewilligungspflichtig bezeichnet werden müsse.

Das Verwaltungsgericht gelangte im Rahmen der gegen den Entscheid des Baudepartementes geführten Beschwerde zur Auffassung, dass die Parkplatznutzung zu Recht der Baubewilligungspflicht unterstellt worden war und bestätigte den Entscheid des Baudepartementes.



Weitere Hinweise

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2010/260 vom 29. August 2011

BGE 114 Ib 81, 119 Ib 222 E. 3a, 123 II 257 E. 3

GVP 1975 Nr. 39

Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 22 N 10 ff.



5

Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts auf kirchliche Körperschaften?

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichts B 2011/44 vom 29. August 2011, Erw. 1.1.4

Kirchliche Körperschaften unterstehen den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen nur, wenn und soweit sie kantonale oder kommunale Aufgaben wahrnehmen oder Subventionen erhalten.

Einleitung

Im Rahmen von Umbau und Erweiterung des Pfarreizentrums schrieb die Katholische Kirchgemeinde Andwil-Arnegg die Heizungsanlage aus, allerdings nicht öffentlich. Ausgewählte Firmen wurden schriftlich zur Offertstellung eingeladen. Die Einladung nannte als Kriterium für den Zuschlag das wirtschaftlich beste Angebot. Auf die Erwähnung der einzelnen Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung wurde verzichtet.

In der Folge teilte die Katholische Kirchgemeinde Andwil-Arnegg den Bewerbern mit, dass die C. AG den Zuschlag erhalten habe. Dagegen erhob die R. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie machte geltend, die Arbeitsvergabe der Heizungsanlagen unterliege den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungsrecht, diese sei daher gemäss den einschlägigen Vorschriften über das Einladungsverfahren nochmals durchzuführen und zwar mit Bekanntgabe und Gewichtung der Zuschlagskriterien.



Erwägungen

1 Anwendungsbereich von EGöB und IVöB im Allgemeinen

Das EGöB findet nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b Anwendung auf die Staatsverwaltung, auf Gemeinden und andere Träger von Gemeindeaufgaben. Auf andere Personen, Körperschaften und Organisationen wird das EGöB gemäss Art. 2 Abs. 2 angewendet, wenn die öffentliche Hand erhebliche Beiträge ausrichtet und die Anwendung in der Beitragszusicherung verfügt wird (Ziff. 1), oder Beiträge ausrichtet, die zusammen mehr als die Hälfte der anrechenbaren Kosten betragen (Ziff. 2).

Der IVöB unterstehen nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a und b als Auftraggeber der Staat und seine öffentlich-rechtlichen Anstalten und Regiebetriebe, die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an denen er beteiligt ist und die Gemeinden und die Gemeindeverbände. Der IVöB sind zudem Objekte und Leistungen unterstellt, die mit mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten vom Bund oder einer beziehungsweise einem oder mehreren in Art. 8 Abs. 1 Bst. a und b genannten Organisationen subventioniert werden (Art. 8 Abs. 2 IVöB).

2 Anwendbarkeit auf kirchliche Körperschaften?

A Kirchgemeinde ist keine "Gemeinde"

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass weder das EGöB noch die IVöB eine Definition des Begriffs "Gemeinde" enthalte.

Eine Begriffsbestimmung finde sich in Art. 88 KV in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 GG. "Gemeinden" in diesem Sinne seien demnach die politischen Gemeinden, die Schulgemeinden, die Ortsgemeinden und die ortsbürgerlichen Korporationen, nicht aber die Kirchgemeinden. Diese würden den besonderen Bestimmungen des Gesetzes über die Besorgung der Angelegenheiten des katholischen und des evangelischen Konfessionsteiles (sGS 171.1) unterliegen. Da die katholische Kirchgemeinde keine "Gemeinde" im Sinne des EGöB und der IVöB darstelle, würden dementsprechend auch die Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen grundsätzlich keine Anwendung auf kirchliche Körperschaften finden.



B Grundsatz: Keine Anwendung im innerkirchlichen Autonomiebereich

Gemäss Art. 43 Abs. 1 Ziff. 1 EGzZGB gilt der katholische wie auch der evangelische Konfessionsteil als öffentlich-rechtliche Person und untersteht damit grundsätzlich den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen.

Die öffentlich-rechtliche Stellung der Landeskirchen ist gemäss Verwaltungsgericht von der öffentlich-rechtlichen Anerkennung, der Respektierung der kirchlichen Autonomie durch den Staat und durch die staatliche Förderung und Aufsicht geprägt. Die Anerkennung der kirchlichen Autonomie stelle einen Kernpunkt des Systems der staatlichen Kirchenhoheit dar. Er bedeute, dass die kirchlichen Angelegenheiten der selbständigen Regelungsmacht der Kirche unterstehen und der Staat nicht in innerkirchliche Belange eingreifen dürfe. Demgemäss sei die Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen insoweit nicht anwendbar, als die öffentlich-rechtlich anerkannten kirchlichen Körperschaften Aufgaben ausführen, die in ihren Autonomiebereich fielen beziehungsweise innerkirchliche Angelegenheiten darstellen würden.

C Ausnahme: Öffentliche Aufgabenerfüllung oder Subventionen

Trotz Anerkennung als öffentlich-rechtliche Körperschaft unterstehen Kirchengemeinden bei der Verfolgung von innerkirchlichen Zwecken grundsätzlich nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht, es sei denn, der Staat leiste erhebliche Beiträge im Sinne von Art. 2 Abs. 2 EGöB und die Anwendbarkeit des staatlichen Beschaffungsrechts werde in der Beitragszusicherung verfügt (Ziff. 1), oder die öffentliche Hand richte Beiträge aus, die zusammen mehr als die Hälfte der anrechenbaren Kosten betragen (Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 IVöB).

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten Beiträge der öffentlichen Hand, die weniger als 50 Prozent der anrechenbaren Kosten betragen, Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 EGöB unterstehen, soweit sie erheblich sind. Erheblichkeit liege vor, wenn die Beiträge der öffentlichen Hand absolut oder prozentual eine gewisse Schwelle überschritten, wobei der Entscheid darüber grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der Behörde liegen soll, welche über die Beiträge verfügt.

3 Beurteilung durch das Verwaltungsgericht

Der Entscheid über den Umbau und die Erweiterung eines Pfarreizentrums ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichts eine Angelegenheit, die in den



autonomen Bereich der konfessionellen Behörden falle. Dazu gehöre auch die Entscheidung, nur bestimmte Personen als Bewerber um den Projektauftrag für den Umbau resp. die Heizungsanlage des Pfarreizentrums zuzulassen (sog. Einladungsverfahren).

Die politische Gemeinde unterstützte den Umbau und die bauliche Erweiterung des Pfarreizentrums Andwil mit einem Anteil von 20 Prozent der Gesamtbaukosten von ca. 2,1 Mio. Franken, maximal mit Fr. 400'000.--. Auch wenn die Gemeinde ihre finanzielle Unterstützung an den Umbau und die Erweiterung des Pfarreizentrums als substantiell erachtete, ging sie nicht von einem erheblichen Beitrag im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 EGöB aus und unterliess es daher, in der Beitragszusicherung zuhanden der Katholischen Kirchgemeinde die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts zu verfügen.

Das auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht konnte keine Anhaltspunkte für eine unrechtmässige Ermessensausübung durch die Gemeinde erkennen. Vor dem Hintergrund, dass der Anteil der politischen Gemeinde nicht zwingend 20 Prozent der Gesamtkosten des Umbaus und der Erweiterung des Pfarreizentrums betrage, sondern höchstens Fr. 400'000.— und damit weniger als 20 Prozent der veranschlagten Gesamtbaukosten, sei die Auffassung der Gemeinde, dass es sich dabei nicht um einen erheblichen Beitrag im Sinn von Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 EGöB handle und damit der Verzicht, die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts zu verfügen, nicht zu beanstanden.

Zusammenfassend gelangte das Verwaltungsgericht daher zum Schluss, dass die Katholische Kirchgemeinde Andwil-Arnegg den Umbau und die Erweiterung des Pfarreizentrums Andwil zu recht nicht den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt hatte. Die Beschwerde wurde demnach abgewiesen.

Hinweise

GVP 2001 Nr. 16

Botschaft Nachtragsgesetz zum EGöB, ABI 2001, S. 13

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St. Gallen 2003, Rz. 739 f.

6

Funktionale Ausschreibung: Grenzen der Herstellung von Vergleichbarkeit

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2010/147 vom 11. August 2011

Auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung sind die Offerten so, wie vom Anbieter eingereicht, zu bewerten.

Auch wenn die Vergabestelle gehalten sein mag, aufgrund einer funktionalen Ausschreibung eingereichte Offerten im Hinblick auf die Bewertung vergleichbar zu machen, so darf sie diese nicht nach eigenem Gutdünken verändern oder gar ergänzen.

Einleitung

Eine Gemeinde schrieb die Lieferung von Rohren für eine neue Abwasserdruckleitung zwischen zwei Abwasserreinigungsanlagen öffentlich aus. Die Leitung weist eine Distanz von rund 5 km und eine Höhendifferenz von 190 m auf.

Die Ausschreibung beinhaltete nicht nur ein vorgegebenes Leistungsverzeichnis, nachgefragt war ein eigentliches Engineering des Auftrags beziehungsweise ein Lösungsvorschlag, der richtige Qualitäten, technische Lösungen und insbesondere einen angemessenen Sicherheitsstandard der Rohrleitung umfasst. Es war damit Aufgabe der Anbieter, das Rohrleitungssystem entsprechend den Ausschreibungsunterlagen auszuarbeiten und das Rohrmaterial, die zulässige maximale Fliessgeschwindigkeit, die maximal zulässige Anzahl von Druckstufen und die Rohrverbindungen sowie die Aufnahme der auftretenden Kräfte vorzuschlagen.

Die Gemeinde vergab den Auftrag an die A. AG, deren Offerte auf der gesamten Länge der Rohrleitung eine Schubsicherung vorsah. Die zweitplatzierte B. AG, die eine Schubsicherung lediglich auf einer Teilstrecke vorgesehen hatte, erhob gegen die Zuschlagsverfügung Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie machte unter anderem geltend, die Vergabestelle habe ihre Offerte eigenmächtig um den Betrag der von ihr nicht vorgesehenen Schubsicherung hochgerechnet. Ihr Projekt sei bewusst dahingehend konzipiert, dass es nicht auf der gesamten Länge schubgesichert werden müsse.



Die gegen ihren Willen erfolgte Aufrechnung habe zur Folge, dass die Vergabestelle von falschen Bewertungsgrundlagen ausgegangen sei.

Das im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingeholte Gutachten ergab, dass das von der B. AG offerierte Rohrleitungssystem ohne Schubsicherung auf der gesamten Länge nicht dem Stand der Technik entspricht.

Erwägungen

1 Funktionale Ausschreibung

A Begriff

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten wenigstens den Gegenstand und den Umfang des Auftrags (Art. 20 Bst. b VöB).

In der Regel umschreiben Vergabestellen den Gegenstand und den Umfang der zu erbringenden Leistungen möglichst genau und detailliert. Je klarer und vollständiger die Leistungsbeschreibung ist, desto eher entsprechen eingehende Angebote den konkreten Vorstellungen des Auftraggebers. Dies hindert die Anbieter nicht daran, eigene Unternehmensvarianten und Teilangebote einzureichen, die von der Amtslösung abweichen. Der Auftraggeber ist allerdings nicht verpflichtet, diese auch zu berücksichtigen, wenn in den Ausschreibungsunterlagen nichts anderes vorgesehen ist (Art. 27 VöB).

Vergabestellen können sich aber auch darauf beschränken, die Anforderungen an die Resultate oder an die Funktionen der geforderten Leistungen zu umschreiben. Diese Art der Umschreibung wird funktional oder final genannt. Gibt der Auftraggeber einen detaillierten Leistungskatalog vor, lässt jedoch einzelne Aspekte offen, spricht man beim offen formulierten Teil von einer funktionalen Leistungsbeschreibung.

B Vorteile und geeigneter Anwendungsbereich

Die Beschaffung wird vor allem dann funktional ausgeschrieben, wenn der Auftraggeber das Sachwissen und die Kreativität der Anbieter nutzen will. Durch die offen gehaltene Umschreibung versucht er, das Mehrwissen der Anbieter abzuschöpfen.

Eine funktionale Leistungsbeschreibung lohnt sich somit regelmässig dann, wenn die Kreativität und Innovation ein wichtiger Bestandteil der zu erbrin-



genden Leistung ist. In der Praxis bedienen sich Vergabestellen der funktionalen Leistungsbeschreibung vor allem bei Beschaffungen, in denen Lösungswege oder -konzepte gesucht werden.

C Nachteile und Schwierigkeiten

Der Nachteil der funktionalen Ausschreibung besteht darin, dass Vergabestellen die Strategie, wie sie ihr Ziel erreichen wollen, in die Hände der Anbieter übergeben müssen. Die konventionelle Ausschreibungsmethode mit genauem Leistungsverzeichnis ist der Regelfall einer Ausschreibung, währenddessen der funktionalen Ausschreibung Ausnahmecharakter zukommt. Ein wesentliches Problem besteht nämlich darin, dass die verschiedenen Eingaben nur schwer miteinander verglichen werden können und auch eine Überprüfung der Vergabe nur mit viel Aufwand möglich ist, was die Gefahr von Ungleichbehandlung erhöht.

Hat der Auftraggeber konkrete Vorstellungen, wie er die Aufgabe erfüllt haben will, wirkt sich die funktionale Umschreibung unter Umständen sogar kontraproduktiv aus. Je nachdem fehlt es ihm dann nämlich an einem Grund, Anbieter mit anderen Lösungsansätzen schlechter zu bewerten oder allenfalls sogar auszuschliessen. Will er an seinen konkreten (allerdings nicht kommunizierten) Vorstellungen festhalten, bleibt in diesem Fall einzig der Weg über einen Abbruch und eine Wiederholung des Verfahrens. Die funktionale Ausschreibung dient somit einzig der Innovationsförderung und jedenfalls nicht der Bequemlichkeit des Auftraggebers.

D Konkretisierungspflicht der Vergabestellen

Angesichts des bedeutenden Nachteils, dass die funktionale Ausschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote reduziert und damit die Gefahr für die Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips schafft, sind Vergabebehörden bei dieser Ausschreibungsart verpflichtet, in den Ausschreibungsunterlagen zumindest die bekannten technischen, wirtschaftlichen, ästhetischen oder funktionsbedingten Eckwerte zu Handen der Anbieter zu umschreiben. Ungenügend wäre in dieser Hinsicht etwa die Ausschreibung, die sich damit begnügt, vage Planungs- und Bauziele zu nennen. Sind dagegen die Eckwerte noch nicht bekannt, weil die möglichen Lösungen erst erarbeitet werden müssen, muss zumindest das Ziel derart klar und neutral umschrieben werden, dass wenigstens der Beschaffungsbedarf erkennbar wird.

Auch bei der funktionalen Ausschreibung liegt es im Ermessen des Auftraggebers, die Gestaltungsfreiheit der Anbieter auf bestimmte Bereiche einzugrenzen. So kann eine Beschaffung Anforderungen enthalten, die zwingend zu erfüllen sind, selbst wenn die genannten Eckwerte noch nicht bekannt



sind. Auch müssen die zwingend zu erfüllenden Anforderungen nicht einzeln aufgezählt werden. Es genügt, wenn sie aus der Zielumschreibung deutlich erkennbar werden.

Die zu erfüllende Aufgabe muss soweit konkretisiert sein, dass die Vergleichbarkeit allfälliger Angebote gewährleistet bleibt. Dabei muss der Auftraggeber die Aufgabe nicht dermassen genau spezifizieren, dass die Angebote von Beginn weg vergleichbar sind. Sie können auch noch während des laufenden Verfahrens im Rahmen von Bereinigungen oder Frage- und Antwortrunden vergleichbar gemacht werden. Auch das Gleichbehandlungsgebot kann es gebieten, dass der Auftraggeber Unklarheiten einer Offerte durch Rückfragen klärt. Dabei muss er aber die Anbieter informieren, wenn er im laufenden Verfahren zu neuen Erkenntnissen kommt und die bereits bekannten Anforderungen präzisieren will. Die Anbieter müssen insbesondere die Möglichkeit erhalten, auf die zusätzlichen Anforderungen noch reagieren zu können.

2 Beurteilung durch das Verwaltungsgericht

A Unzulässige Offertanpassung durch Aufrechnung nicht offerierter Leistungen

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes hätte das Angebot der B. AG, das gemäss gutachterlicher Feststellung nicht dem Stand der Technik entspricht, vom Vergabeverfahren formell ausgeschlossen werden müssen. Stattdessen habe die Vergabestelle das ungeeignete Angebot aber un bewertet gelassen und dafür die Offerte den eigenen Vorstellungen entsprechend angepasst und hochgerechnet. Dies auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen, wonach das Planerteam das Recht habe, notwendige zusätzliche bauliche Leistungen und deren Kostenfolgen für einen vergleichbaren Kostenstand der Arbeitsgattung Rohrbau zu ermitteln, um die eingereichten Angebote auf einen vergleichbaren Stand zu bringen.

Gemäss Verwaltungsgericht kann diese Bestimmung im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung aber einzig die Möglichkeit einräumen, die unterschiedlichen Angebote im Rahmen von Fragen und Antworten bei den Anbietern vergleichbar zu machen. Nicht zulässig ist es hingegen, die Offerten der verschiedenen Anbieter gegen deren ausdrücklichen Willen in konzeptioneller Hinsicht abzuändern, eigenmächtig Leistungen hinzu zu rechnen, dabei mutmassliche Ansätze einzusetzen und das so nach eigenem Gutdünken zusammengestellte Projekt den Urhebern des Ursprungsangebots zuzurechnen. Vielmehr hätte die Vergabestelle der B. AG Gelegenheit geben müssen, auf allfällige zusätzliche Anforderungen selber reagieren zu können beziehungsweise allfällige eigene Lösungsvorschläge vorzubringen



und ihr Angebot von Grund auf neu zu berechnen, ansonsten ihr Gestaltungsraum in unzulässiger Weise eingeschränkt werde. Im Beschwerdeverfahren habe sich denn auch bezeichnenderweise gezeigt, dass sich die von der Vergabestelle auf eigene Faust ergänzten Zusatzmassnahmen zum Teil als unnötig erwiesen hätten und damit auch die entsprechend aufgerechneten Kosten unhaltbar seien.

Schreibe eine Vergabestelle den zu beschaffenden Auftrag funktional aus, müsse es der Anbieterin in jedem Fall überlassen bleiben, selber aufzuzeigen, mit welchen Strategien, Massnahmen und Kosten sie das ausgeschriebene Ziel - allenfalls ergänzt mit den nachträglich verlangten Bereinigungen - erreichen wolle. Darin eingeschlossen sei auch ihr Entscheid, ob sie ihre Offerte überhaupt "nachbessern" beziehungsweise abändern wolle. Denn bei der funktionalen Leistungsbeschreibung bleibe es Sache der Anbieter, Lösungsweg und -konzept für das ausgeschriebene Ziel zu suchen. Habe die Vergabestelle dagegen eine eigene konkrete Vorstellung davon, wie sie die Aufgabe erfüllt haben wolle, bleibe ihr der konventionelle Weg über die Leistungsbeschreibung, ansonsten es ihr schwer fallen dürfte, Anbieter mit einem anderen Lösungsweg schlechter zu bewerten oder gar auszuschliessen.

B Schlussfolgerung

Zusammengefasst kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, es sei unzulässig, dass die Vergabestelle das Angebot der B. AG gegen deren erklärten Willen abgeändert und nach eigenem Gutdünken um Leistungen ergänzt habe, die diese gar nicht habe offerieren wollen, um die Offerte so zu einem der Vergabestelle passend erscheinenden Standard hochzurechnen.

Nachdem sich aber ergeben habe, dass das Ursprungsangebot der B. AG nicht dem Stand der Technik entspreche und sich die B. AG geweigert hatte, dieses nach den Regeln der Technik nachzubessern, habe die Vergabestelle dieses zu recht nicht bewertet. Die Beschwerde wurde daher als unbegründet abgewiesen.

Weitere Hinweise

M. Fetz, Die funktionale Ausschreibung - Aktivierung des Bieter-Knowhows, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, Rz. 7 ff., 12, 17 f., 26 ff.

Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 250, 258

BR 2/2010 S. 108

7

Losbildung bei Auftragsausschreibung und -vergabe

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2011/98 vom 20. September 2011

Ob ein Auftrag als Ganzes oder in Teilaufträgen (sog. Losen) ausgeschrieben und anschliessend vergeben wird, liegt im Ermessen der ausschreibenden Vergabestelle.

Unzulässig ist die Losbildung, wenn dadurch die massgebenden Schwellenwerte und damit die vorgeschriebene Verfahrensart umgangen oder einzelne Anbieter diskriminiert werden sollen.

Einleitung

Im Rahmen der Erweiterung des Hauses 24 zum Logistikzentrum schrieb das Kantonsspital St. Gallen die neue Zentralsterilisation im offenen Verfahren folgendermassen aus:

- BKP 771.0 Reinigungs- und Desinfektionsgeräte (RDG)
- BKP 771.0 Wagenreinigungs- und Desinfektionsanlage (CWA)
- BKP 772.0 Dampfsterilisationsgeräte
- BKP 771.1 Niedertemperatur EO-Gassterilisor
- BKP 771.1 Plasmasterilisor
- BKP 771.8 Zentrale Dosieranlage / Umpumpstation

Gemäss Ausschreibung war eine Aufteilung in Lose (ohne Spezifizierung) vorgesehen, wobei Angebote für alle Lose möglich waren. Varianten waren ebenfalls zugelassen. Innert Ausschreibungsfrist reichten unter anderem die A. AG sowie die B. AG Offerten ein. Während die A. AG nur für die BKP-Nr. 771.0 (Reinigungs- und Desinfektionsgeräte sowie Wagenreinigungs- und Desinfektionsanlage) und die BKP-Nr. 771.8 (Dosier- und Umpumpstation) offerierte, reichte die B. AG Angebote für die ganze Ausschreibung ein.

Das Kantonsspital teilte den Auftrag in die folgenden vier Lose auf:



- Los 1: Reinigungs- und Desinfektionsgeräte sowie Containerwaschanlage (BKP 771.0 RDG und CWA)
- Los 2: Dampfsterilisationsgeräte 9 STE und 18 STE (BKP 772.0)
- Los 3: Niedertemperatur EO-Gassterilisator und Plasmasterilisator (BKP 771.1)
- Los 4: Zentrale Dosier- und Umpumpstation (BKP 771.8).

und vergab alle vier und damit den Gesamtauftrag dem Auswertungsbericht der mit der Submission beauftragten Firma entsprechend an die B. AG.

Gegen die Zuschlagsverfügungen betreffend die Lose 1 und 4 erhob die A. AG beim Verwaltungsgericht Beschwerde und beantragte deren Aufhebung. Die A. AG akzeptierte zwar, dass die B. AG für die Wagenreinigungs- und Desinfektionsanlage CWA sowie die Dosier- und Umpumpstation das bessere Angebot eingereicht habe und anerkannte auch die Zuschlagskriterien und deren Wertung. Sie verlangte hingegen, dass die Gerätetypen RDG und CWA nicht zusammen in einem Los, sondern separat vergeben werden und der Zuschlag für die Reinigungs- und Desinfektionsgeräte RDG ihr erteilt werde.

Erwägungen

1 Keine Ermessenskontrolle durch das Verwaltungsgericht

Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können nach Art. 16 Abs. 1 IVöB Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Nicht geltend gemacht werden kann dagegen Unangemessenheit (Art. 16 Abs. 2 IVöB).

Im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens wird somit nur geprüft, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht und damit rechtswidrig gehandelt hat. Solange die Behörde ihren Entscheid innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums getroffen hat, ist dem Verwaltungsgericht somit eine Korrektur verwehrt, selbst wenn es einen anderen Entscheid ebenfalls als zweckmässig oder sogar als angemessener erachten würde.



Die Behörde darf aber nicht willkürlich entscheiden, sondern ist an die in Verfassung und Gesetz enthaltenen Rechtsgrundsätze gebunden. Im Streitfall bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht den Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren hat, wenn diese beim Erlass der Zuschlagsverfügung von sachlichen und vernünftigen Überlegungen ausging, die im Einklang mit Sinn und Zweck des Gesetzes stehen.

2 Ausschreibung und Vergabe eines Auftrags in Losen

A Losbildung als Ermessenentscheid

Der Entscheid, ob die Vergabestelle einen Auftrag als Ganzes ausschreiben oder Lose beziehungsweise Teilaufträge bilden will, liegt grundsätzlich in ihrem Ermessen. Sie hat sich auch dabei von auftragsbezogenen sachlichen und vernünftigen Überlegungen leiten zu lassen.

B Voraussetzung der losweisen Vergabe

Eine Vergabe in Losen ist nur zulässig, wenn die Ausschreibungsunterlagen die Einreichung von Teilangeboten gestatten beziehungsweise diese in der Ausschreibung bekannt gegeben werden.

Ohne diese Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen müssen und dürfen die Anbieter davon ausgehen, dass nur der gesamte Beschaffungsgegenstand vergeben werde.

C Unzulässigkeit der losweisen Vergabe

Unzulässig ist die Aufteilung eines Auftrages nur dann, wenn diese einzig in der Absicht erfolgen würde, mit tieferen Beschaffungswerten die vorgeschriebene Verfahrensart zu umgehen.

Unstatthaft, weil diskriminierend, ist die Auftragsaufteilung ferner auch, wenn damit bestimmte Anbieter bevorzugt oder benachteiligt würden.



3 Beurteilung durch das Verwaltungsgericht

A Genügende Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen

Das Kantonsspital hat die Sterilisierungs-, Desinfektions- und Reinigungsausrüstung der Zentralsterilisation zwar als einen Auftrag ausgeschrieben, in der Ausschreibung aber ausdrücklich angemerkt, dass sie den Auftrag ohne Spezifizierung aufteilen werde. Angebote waren ausdrücklich für alle Lose möglich.

B Keine Willkür bei der Losbildung und Vergabe

Das Kantonsspital hat die verschiedenen Bestandteile des Auftrags in unterschiedliche BKP-Nummern aufgeteilt, die dem Baukostenplan BKP (Schweizer Norm SN 506 500) entsprechen. Dabei handelt es sich um einen Anlagekontenplan für sämtliche Kosten, die bei der Erstellung einer baulichen Anlage anfallen. Dieses ausführungsorientierte Instrument mit weitgehender Gliederung nach Arbeitsgattungen wird regelmässig zur Gliederung von Kostenvoranschlägen, für Ausschreibungen und Werkverträge, für Kostenkontrollen, Abrechnungen oder als Basis von statistischen Auswertungen nach Arbeitsgattungen genutzt. Während die dreistelligen Ziffern 0 bis 5 und 9 festen Positionen (Grundstück, Vorbereitungsarbeiten, Gebäude, Betriebseinrichtungen etc.) zugeordnet sind, handelt es sich bei den Ziffern 6 bis 8 um Reserveposten, die von den Auftraggebern nach eigenem Gutdünken zugeteilt werden können.

Das Kantonsspital hat die ausgeschriebenen Bestandteile der Zentralsterilisation den freien Positionen 771 und 772 zugeordnet, wobei sie diese Ziffern weiter unterteilt hat. Nachdem sie vorab angekündigt hatte, dass sie den Auftrag in Lose aufgliedern werde, ohne diese vorab zu spezifizieren, und die Teilbereiche Reinigungs- und Desinfektionsgeräte RDG sowie Wagenreinigungs- und Desinfektionsanlage CWA der gleichen BKP Nr. 771.0 zugeteilt hatte, durften die Anbieter nicht damit rechnen, dass Geräte der gleichen unterteilten BKP-Nummer separat vergeben würden. Damit kann dem Kantonsspital als Vergabestelle nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes nicht vorgeworfen werden, sie habe die RDG- und CWA-Geräte willkürlich in einem Los zusammengefasst.

Auch der Umstand, dass für die RDG- und CWA-Geräte je gesonderte Fragebogen auszufüllen waren, lässt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes nur den Schluss zu, dass diese zwar gesondert bewertet, nicht hingegen auch, dass diese anschliessend auch separat vergeben würden. Daran ändere auch nichts, dass die beiden Geräte unabhängig voneinander funktionieren



und dass andere Spitäler in Zürich, Bern und Basel die RDG- und CWA-Geräte ebenfalls an unterschiedliche Anbieter vergeben haben.

C Schlussfolgerung

Zusammenfassend kam das Verwaltungsgericht daher zum Schluss, dass die A. AG keinen Anspruch darauf habe, dass die RDG-Geräte separat vergeben werden.

Weitere Hinweise

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2011/87 vom 29. August 2011

Urteil des Verwaltungsgerichts B 2008/161 vom 19. Februar 2009 E. 2

GVP 1999 Nr. 37, S. 108

Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts,
2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 481 und 484

8

Ungenügende Begründung des Zuschlags

Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2011/95 und 96 vom 20. September 2011

Die Auftraggeberin muss kurz begründen, weshalb sie das berücksichtigte Angebot als das wirtschaftlich günstigste erachtet. Allein die Feststellung, dass das Angebot mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis den Zuschlag erhalte, genügt der Begründungspflicht nicht.

Der unterlegene Bewerber hat Anspruch auf Einsichtnahme in die zur Bewertung der Angebote erstellten Unterlagen.

Einleitung

Das Kantonsspital St.Gallen hat im Rahmen der Erweiterung des Hauses 24 zum Logistikzentrum auch die neue Zentralsterilisation im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Der Zuschlag ging an die X. AG. Das Kantonsspital begründete den Zuschlag damit, dass die berücksichtigte Anbieterin das beste Preis-Leistungsverhältnis ausweise. Weitergehende Angaben machte sie hierzu nicht. Gegen die Zuschlagsverfügung erhob die nicht berücksichtigte Y. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Erwägungen

1 Begründungspflicht von Verfügungen

A Vergaberechtliche Verfügungen im Allgemeinen

Art. 41 Abs. 1 VöB bestimmt in allgemeiner Art und Weise, dass Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen sind. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber die Gründe für den Entscheid zumindest summarisch darlegen muss. Die Anbieter müssen sich Rechenschaft über die wesentlichen Grün-



de geben können, die zum Erlass der Verfügung geführt haben. Der Anbieter muss zumindest die Tunlichkeit einer Beschwerdeerhebung abwägen können.

B Zuschlagsverfügungen im Besonderen

Für die Begründung von Zuschlagsverfügungen sieht Art. 41 Abs. 3 VöB eine spezielle Regelung vor: Demnach hat der Auftraggeber in der Zuschlagsverfügung darzulegen, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die vorweg bekannt gegebenen Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Die Anbieter müssen aufgrund dieser Begründung darüber Kenntnis erhalten, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert. Zudem muss die Begründung des Zuschlags insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote enthalten.

Die Begründung des Zuschlags ist somit insbesondere dann unzureichend, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Auch der blosser Verweis, die Vergabe sei nach den in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien an den Anbieter mit der höchsten Punktzahl erfolgt, vermag der Begründungspflicht nicht zu genügen.

2 Beurteilung durch das Verwaltungsgericht

A Mangelhafte Begründung des Zuschlags

Das Verwaltungsgericht führt aus, die Y. AG könne ihre Beschwerde nur dann ausreichend begründen, wenn die angefochtene Verfügung ihrerseits genügend begründet sei. Im zu beurteilenden Fall halte die Zuschlagsverfügung einzig das Ergebnis der Bewertungen beziehungsweise die Erkenntnis fest, dass der berücksichtigte Anbieter das beste Preis-Leistungsverhältnis angeboten habe. Die wesentlichen Tatsachen, auf die sich diese Behauptung stützt, seien hingegen nicht ersichtlich.

Das Verwaltungsgericht qualifizierte diese Begründung als völlig inhaltsleer beziehungsweise als eine Selbstverständlichkeit, da ansonsten (d.h., wenn es nicht das beste Preis-Leistungsverhältnis gewesen wäre) der berücksichtigte Anbieter den Zuschlag nicht erhalten hätte. Damit sei das Kantonsspital der Begründungspflicht von Art. 41 Abs. 3 VöB nicht nachgekommen. Daran ändere auch nichts, dass das Kantonsspital St.Gallen den Beschluss der Beschwerdeführerin nachträglich noch mündlich erörtert habe.



Aufgrund dieser mangelhaften Begründung der Zuschlagsverfügung sei es der Beschwerdeführerin deshalb gar nicht möglich gewesen, die Zuschlagsverfügung substantiiert anzufechten.

B Unzulässige Verweigerung der Einsichtnahme in Bewertungsunterlagen

Das Kantonsspital St.Gallen verweigerte der Beschwerdeführerin zudem die Einsicht in die Bewertungsunterlagen. Auch dies wurde vom Verwaltungsgericht gerügt. Es stellte fest, dass einzig jene Tatsachen als Geschäftsgeheimnis geschützt würden, die den kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Bereich eines Geschäfts oder Unternehmens betreffen würden. Die Akteneinsicht dürfe deshalb nur soweit beschränkt werden, als Geheimhaltungsgründe vorliegen würden. Die unterlegenen Bewerber hätten jedoch grundsätzlich Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssen. Aus diesem Grund nehme das Verwaltungsgericht im öffentlichen Beschaffungswesen regelmässig nur die eigentliche Offerte eines konkurrierenden Anbieters von der Akteneinsicht aus.

Bewertungen der Offerten durch die Vergabestelle mit den entsprechenden Bewertungstabellen und –berichten fallen nach verwaltungsgerichtlicher Auffassung klarerweise nicht unter die schützenswerten Geheimnisse und sind daher zur Einsicht offenzulegen.

C Entscheid des Verwaltungsgerichtes

Das Verwaltungsgericht kam zusammenfassend zwar zum Schluss, dass die angefochtene Verfügung mangelhaft begründet und somit formell fehlerhaft war, der Mangel konnte jedoch im Beschwerdeverfahren geheilt werden.

Weitere Hinweise

Urteil des Verwaltungsgerichts B 2008/213 vom 21. April 2009

GVP 2000 Nr. 24

Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen 2010,
Rz. 1 ff. zu Art. 41 VöB



9

Unzulässige Behandlung verspäteter Einsprachen

Quelle und Zusammenfassung

Entscheid Nr. 42/2011 des Baudepartementes vom 5. September 2011

Die Einsprachefrist im Baubewilligungsverfahren ist eine gesetzliche Frist. Nach unbenutztem Ablauf verwirkt das Einspracherecht auch jener Personen, die zur Einspracheerhebung berechtigt gewesen wären, unwiderruflich.

Eine materielle Behandlung verspätet erhobener Einsprachen ist unzulässig, auf diese ist nicht einzutreten.

Einleitung

Eine Mobilfunkbetreiberin hatte bei der Gemeinde ein Baugesuch zur Erstellung einer Mobilfunkantennenanlage eingereicht. Nach Durchführung des ordentlichen Bewilligungsverfahrens, in dem sämtliche erforderlichen Bauanzeigen versandt worden waren, das beigezogene Amt für Umwelt und Energie bestätigt hatte, dass die ausgewiesenen Berechnungen korrekt und vollständig und sowohl der Anlage- wie der Immissionsgrenzwert an allen massgebenden Orten eingehalten seien und gegen das Baugesuch keine einzige Einsprache eingegangen war, erteilte die Gemeinde die Baubewilligung.

Fast ein Jahr nach Erteilung der Baubewilligung, nachdem die Mobilfunkbetreiberin die Erstellung der Mobilfunkantennenanlage fast beendet hatte, erhoben diverse Nachbarn Einsprache gegen die Mobilfunkantennenanlage und machten geltend, zu Unrecht nicht mit einer Bauanzeige bedient worden zu sein, womit die Gemeinde ihr rechtliches Gehör verletzt habe.

Die Gemeinde verfügte in der Folge einen Baustopp, hiess anschliessend sämtliche Einsprachen gut, hob die bereits erteilte Baubewilligung wieder auf und verfügte den Rückbau der bereits erstellten Mobilfunkantennenanlage. Dagegen erhob die Mobilfunkbetreiberin Rekurs beim Baudepartement.



Erwägungen

1 Ordnungsgemässes Baubewilligungsverfahren

A Allgemeine Anforderungen

Nach Art. 81 Abs. 1 BauG sind im ordentlichen Baubewilligungsverfahren vor Einreichung des Baugesuchs Visiere aufzustellen, die Stellung und Ausmass der Baute oder Anlage bezeichnen. Die zuständige Gemeindebehörde hat den Anstössern mit eingeschriebenem Brief vom Baugesuch Kenntnis zu geben (Art. 82 Abs. 1 BauG). Dieses ist während vierzehn Tagen zur Einsicht aufzulegen; die Auflage ist während der Einsprachefrist durch öffentlichen Anschlag bekanntzumachen (Art. 82 Abs. 3 BauG).

B Einsprachelegitimation ≠ Anzeigerecht

Das Recht, mit einer Bauanzeige persönlich über ein Bauvorhaben orientiert zu werden, ist nicht mit der Berechtigung, dagegen eine Einsprache zu erheben, gleichzusetzen.

Zu einer Einsprache ist nach Art. 83 Abs. 2 BauG ganz allgemein berechtigt, wer ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Im Zusammenhang mit dem Bau von Mobilfunkantennenanlagen wird ein solches und damit die Einspracheberechtigung vom Bundesgericht an all jenen Orten mit empfindlicher Nutzung im – in der Regel weiten – Umkreis um eine Mobilfunkantennenanlage anerkannt, wo die anlagebedingte Strahlung noch 10% des Anlagegrenzwerts beträgt

Demgegenüber gelten als Anstösser, die mit einer Bauanzeige zu bedienen sind, nur jene Grundeigentümer, deren Grundstück nicht mehr als 30 Meter von der geplanten Baute oder Anlage entfernt ist (Art. 82 Abs. 2 BauG).

Das Baudepartement stellte fest, dass der Eigentümer des einzigen Grundstücks, das innerhalb eines Radius von 30 m um die Mobilfunkantennenanlage liegt, mit einer Bauanzeige bedient worden war. Demgegenüber liegen die Grundstücke der anderen Einsprecher mit mehr als 50 m Distanz zum Baugrundstück klar ausserhalb des massgebenden Radius. Da zudem die öffentliche Auflage korrekt durchgeführt worden war und das Bauvorhaben auch visiert war, stand fest, dass das der Baubewilligung zu Grunde liegende Bewilligungsverfahren ordnungsgemäss und unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der Einspracheberechtigten durchgeführt worden war.



2 Gesetzliche Befristung des Einsprucherechts

Das Recht, eine Einsprache zu erheben, ist befristet, es besteht nur während der vierzehntägigen Auflagefrist (Art. 83 Abs. 1 BauG in Verbindung mit Art. 82 Abs. 3 BauG).

Bei dieser Frist handelt es sich um eine gesetzliche Frist, deren Nichteinhaltung die Verwirkung des Rechtsanspruchs nach sich zieht. Wer daher trotz schutzwürdigen Interesses und damit bei gegebener Einspracheberechtigung innerhalb der Auflagefrist keine Einsprache erhebt, verwirkt sein Einsprucherecht und zwar endgültig.

Die streitigen Einsprachen waren mehr als ein Jahr nach Ablauf der Auflagefrist zu einem Zeitpunkt erhoben worden, in dem das Einsprucherecht der Betroffenen längstens verwirkt war. Sämtliche Einsprachen waren damit verspätet und die Gemeinde hätte darauf nicht eintreten dürfen.

3 Schlussfolgerung

Das Baudepartement gelangte zusammenfassend zum Schluss, dass der angefochtene Entscheid nicht nur formell falsch war, weil die Vorinstanz zu Unrecht auf verspätete Einsprachen eingetreten ist, er war zudem auch inhaltlich nicht haltbar, da die Vorinstanz eine rechtskräftige Baubewilligung, von der in gutem Glauben bereits Gebrauch gemacht worden ist, ohne genügendes öffentliches Interesse widerrufen hat. Sowohl der Entscheid betreffend Widerruf der Baubewilligung samt Rückbau wie auch der verfügte Baustopp wurden daher aufgehoben und die ursprüngliche Baubewilligung bestätigt.

Weitere Hinweise

GVP 1971 NR. 82

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2001/I/6

B. Wittwer, Bewilligung von Mobilfunkanlagen, 2.Aufl., Zürich 2008, S. 162 f.