



## Juristische Mitteilungen 2015 / II

### Inhalt

#### Planungsrecht

- |   |  |   |
|---|--|---|
| 1 | Festlegung des Gewässerraums bei verbauten Ufern | 2 |
| 2 | Einheitliche Klassierung einer Zufahrtsstrasse   | 5 |

#### Baurecht

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 3 | Baubewilligungspflicht von Kälber-Iglus                       | 11 |
| 4 | Meldeverfahren bei Kunststofffenstern im Ortsbildschutzgebiet | 15 |

#### Umweltschutzrecht

- |   |  |    |
|---|--|----|
| 5 | Lärmprognose bei Verkürzung der Schliessungszeiten | 22 |
|---|--|----|

#### Öffentliches Beschaffungswesen

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 6 | Keine Bevorzugung einheimischer Anbieter                                | 28 |
| 7 | Keine wesentlichen Änderungen des Vertrags nach Erteilung des Zuschlags | 31 |

#### Verwaltungsverfahrensrecht

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 8 | Umfang der Begründung bei Wiederherstellung | 34 |
| 9 | Ausstand des Gemeinderats                   | 38 |

### Impressum

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

Beatrice Kempf  
058 229 43 58  
[beatrice.kempf@sg.ch](mailto:beatrice.kempf@sg.ch)

Zitiervorschlag:

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen Jahr/Band/Nr.



# 1

## Festlegung des Gewässerraums bei verbauten Ufern

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 40/2015 vom 2. Juli 2015

*Sind die Ufer eines Fliessgewässers verbaut, muss für die Bestimmung seiner natürlichen Gerinnesohlenbreite ein Korrekturfaktor angewendet werden.*

### Einleitung

Ein Bach fliesst zwischen zwei Grundstücken hindurch, wovon das eine in der Bauzone und das andere im übrigen Gemeindegebiet (üG) liegt. Das Grundstück im üG wird landwirtschaftlich genutzt. Das Grundstück in der Bauzone ist aufgrund der derzeit geltenden übergangsrechtlichen Gewässerraumvorschriften, wonach entlang des Gewässers vorab der definitive Gewässerraum festgelegt werden muss, nicht überbaubar.

Der Gemeinderat erliess deshalb einen Baulinienplan, mit welchem er den geringstmöglichen Gewässerraum von 11 m festlegte. Der Eigentümer der Parzelle im üG erhob gegen diese Festlegung mit dem Antrag Einsprache, der Baulinienplan sei so anzupassen, dass der Gewässerraum beidseits des Bachs genau gleich gross sei. Der Gemeinderat wies die Einsprache mit der Begründung ab, dass die ungleiche Aufteilung keine unzulässige Ungleichbehandlung der beiden betroffenen Grundstücke bewirke. Die unterschiedliche Verteilung des Gewässerraums sei auf Grund der unterschiedlichen zonenrechtlichen Zuteilung der beiden Grundstücke gerechtfertigt.

Dagegen gelangte der Einsprecher mit Rekurs ans Baudepartement und verlangte die Aufhebung des angefochtenen Baulinienplans.



## Erwägungen

### 1 Natürlicher Gewässerraum

Der Gewässerraum besteht aus dem Raum für eine natürliche Gerinnesohle und den beiden Uferbereichen. Er steht dem Gewässer zur Verfügung und soll die natürlichen Funktionen des Gewässers gewährleisten. Grundlage für die Bestimmung des Raumbedarfs bildet deshalb immer die natürliche Breite eines Fließgewässers. Nach Art. 41a Abs. 2 GSchV muss die Breite des Gewässerraums für Fließgewässer mit einer Gerinnesohle von weniger als 2 m natürlicher Breite mindestens 11 m und für Fließgewässer mit einer Gerinnesohle von 2 m bis 15 m natürlicher Breite mindestens die 2,5-fache Breite der Gerinnesohle plus 7 m betragen.

### 2 Gerinnesohlebreite bei eingeschränkter Breitenvariabilität

Das Baudepartement hielt fest, während ein natürliches oder mindestens naturnahes Fließgewässer eine ausgeprägte Breitenvariabilität der Gerinnesohle aufweise, sei jene bei verbauten Fließgewässern eingeschränkt oder fehle ganz. Nach der Praxis des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) sei für die Bestimmung der natürlichen Gerinnesohlenbreite eines Fließgewässers bei eingeschränkter bzw. ganz fehlender Breitenvariabilität deshalb ein Korrekturfaktor anzuwenden. Dieser Faktor betrage bei eingeschränkter Breitenvariabilität 1,5 und bei fehlender Breitenvariabilität 2,0. Der Gewässerraum eines Fließgewässers, basierend auf dessen natürlicher Breite, könne somit nur bestimmt werden, wenn die effektive Breite einer unnatürlichen Gerinnesohle eines Gewässers mit diesen Korrekturfaktoren multipliziert werde.

### 3 Falsche Sachverhaltsfeststellung

Das Baudepartement stellte fest, die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass ein Gewässerraum von 11 m zusammen mit der bloss einseitig vorgesehenen Zugänglichkeit für den Unterhalt in Anbetracht der angegebenen Sohlenbreite des Bachs ausreiche. Anlässlich des Rekursaugenscheins habe sich aber gezeigt, dass der Bach entgegen der Angaben im Planungsbericht und entgegen der darauf basierenden Annahmen der kantonalen Stellen kein natürlich verlaufendes Fließgewässer mit rund 1,5 m Sohlenbreite und unverbauten Ufern sei. Die Bachufer seien im Gegenteil im



Grossteil des Plangebiets beidseitig kanalartig hart verbaut und abwechselnd mit senkrechten Betonmauern und/oder Steinsätzen (Blocksteinen) befestigt. Die Sohlenbreite betrage geschätzt zwischen 1,5 m bis 2 m.

#### **4 Massgeblicher Gewässerraum im konkreten Fall**

Weiter stellte das Baudepartement fest, um die natürliche Gerinnsohlenbreite zu ermitteln, müsse zuerst die bestehende Gerinnesohle von rund 2 m Breite wegen ihrer eingeschränkten bzw. teilweise sogar vollständig fehlenden Breitenvariabilität mit dem Korrekturfaktor von 1,5 bzw. 2,0 multipliziert werden. Die so rechnerisch ermittelte natürliche Gerinnsohlenbreite betrage dadurch nicht 1,5 m, sondern läge zwischen 3 m und 4 m. Nach Art. 41a Abs. 2 GSchV müsse die Breite des Gewässerraums für Fliessgewässer mit einer Gerinnesohle zwischen 2 m und 15 m natürlicher Breite mindestens die 2,5-fache Breite der Gerinnesohle plus 7 m betragen. Folglich müsste der minimale Gewässerraum für den Bach im umstrittenen Bereich zwischen 14,5 m und 17 m betragen.

Dementsprechend kam das Baudepartement zum Schluss, die Vorinstanz habe aufgrund falscher Sachverhaltsermittlung den Gewässerraum zu Unrecht mit 11 m festgelegt, was den Minimalanforderungen von Art. 41a Abs. 2 GSchV widerspreche. Es hob den Baulinienplan auf, ohne weiter zu beurteilen, ob eine flächenmässig ungleiche Verteilung des Gewässerraums auf die beidseits an das Gewässer angrenzenden Grundstücke zulässig sei oder nicht.

#### **Weitere Hinweise**

Hochwasserschutz an Fliessgewässern, Wegleitungen des BWG (heute BAFU), Bern 2001, S. 19

BAFU, Erläuternder Bericht vom 20. April 2011, Art. 41a GSchV, S. 10 f. mit Hinweisen

Handbuch, Programmvereinbarungen im Umweltbereich 2016 – 2019, Bern 2015, Kap. 11, S. 24



## 2

### Einheitliche Klassierung einer Zufahrtsstrasse

#### Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2014/64 und B 2014/72 vom 28. Mai 2015

*Naturgemäss nimmt der Zufahrtsverkehr auf einer Stichstrasse mit zunehmender Länge ab, weil weniger Anwohner über den hinter- als den vorderliegenden Teil der Strasse fahren. Die unterschiedliche Klassierung der beiden Strassenteile verstösst gegen die kantonalrechtlichen Zuteilungskriterien. Eine Erschliessung ist nur dann hinreichend, wenn sie rechtlich sichergestellt ist.*

#### Einleitung

E. und F. sind Eigentümer der Grundstücke Nrn. 0008 und 0000. Über diese Grundstücke sowie über die Parzellen Nrn. 0002, 0003, 0004, 0005, 0006, 0007 und 0001 führt die X.-strasse, welche als Gemeindestrasse dritter Klasse eingeteilt ist. Die rund 134 m lange und 2.40 m bis 2.80 m breite X.-strasse ist als Stichstrasse ab der A.-strasse ausgestaltet und dient als Erschliessungsstrasse für acht Wohneinheiten. Gemäss Zonenplan sind die Parzellen Nrn. 0003, 0000, 0004, 0001 und 0008 der Wohnzone W2 zugewiesen. Die Grundstücke Nrn. 0006 und 0007 liegen in der Wohn-Gewerbezone WG3. Auf Grundstück Nr. 0007 besteht östlich der bestehenden Baute eine private Wendemöglichkeit; im Rahmen des aktuellen Bauprojekts ist ein Wendebereich anstelle der bestehenden Baute vorgesehen.

Gemäss Strassenbauprojekt "Verbreiterung X.-strasse" soll die X.-strasse auf einer Länge von rund 66 m ab der A.-strasse auf 4.0 m, auf den ersten zehn Metern ab der A.-strasse auf 5.50 m verbreitert und zusätzlich ein Bankett von 0.50 m auf der Seite der neuen Stützmauer erstellt werden. Der Teilstrassenplan sieht vor, die X.-strasse auf einer Länge von rund 66 m ab der A.-strasse als Gemeindestrasse zweiter Klasse einzustufen. Die von E. und F. während der öffentlichen Auflage des Teilstrassenplans und Strassenbauprojekts erhobene Einsprache wies der Stadtrat ab.

Den dagegen erhobenen Rekurs hiess das Baudepartement teilweise gut, hob den Entscheid des Stadtrates auf und wies die Sache an die Gemeinde zur Einteilung der X.-strasse als Gemeindestrasse zweiter Klasse zurück.



Dagegen gelangten sowohl die Gemeinde als auch die beiden Grundeigentümer mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht und verlangten die Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

## Erwägungen

### 1 Klassierung von Gemeindestrassen

#### A Erlass oder die Änderung von Gemeindestrassenplänen

Der Erlass oder die Änderung des Gemeindestrassenplans obliegt der Gemeinde, unter Vorbehalt der Genehmigung des zuständigen Departements (Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 StrG). Ob eine Strasse als öffentlich bezeichnet und damit dem Gemeingebrauch gewidmet werden soll und welcher der möglichen Strassenkategorien die Gemeindestrasse zuzuteilen ist, beurteilt sich im Rahmen von Art. 1 ff. und Art. 7 ff. StrG und damit nach kantonalem Recht. Die genannten Vorschriften belassen der Gemeinde jedoch, beispielsweise hinsichtlich der Linienführung der jeweiligen Gemeindestrasse, einen grossen Entscheidungsspielraum. Die Gemeindeautonomie ist aber insofern beschränkt, als es den Gemeinden verwehrt bleibt, den in Konkretisierung des Strassengesetzes durch die kantonale Gerichts- und Verwaltungspraxis gezogenen Rahmen zu überschreiten.

#### B Gemeindestrassen zweiter und dritter Klasse

Laut Art. 8 Abs. 2 StrG dienen Gemeindestrassen zweiter Klasse der Groberschliessung des Baugebietes und der Erschliessung grösserer Siedlungsgebiete ausserhalb des Baugebietes. Sie stehen in der Regel dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr offen. Unter den Begriff "Groberschliessung" im Sinne von Art. 8 Abs. 2 StrG fallen nicht nur die Hauptstränge der Erschliessung, sondern grundsätzlich auch die Quartierstrassen, sofern sie eine grössere Zahl von Häusern bzw. Wohneinheiten erschliessen. Im Regelfall sind Erschliessungsstrassen innerhalb der Bauzone, die zehn oder mehr ständig bewohnte Wohneinheiten erschliessen, als Gemeindestrasse zweiter Klasse zu betrachten. Gemeindestrassen dritter Klasse dienen der übrigen Erschliessung sowie der Land- und Forstwirtschaft. Sie stehen dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr nicht offen (Art. 8 Abs. 3 StrG). Die dritte Klasse ist eine Auffangklasse. Alle öffentlichen Strassen, die nicht zwingend einer höheren Klasse zuzuordnen sind, gehören zu den Gemeindestrassen



dritter Klasse. Die Einteilung einer Strasse richtet sich nach der tatsächlichen oder geplanten Funktion einer Strasse. Sie hat unabhängig vom Strassenzustand und den Eigentumsverhältnissen zu erfolgen.

### C Vorbringen der Gemeinde

Die Gemeinde bringt vor, die X.-strasse sei nicht mit einer üblichen Stichstrasse gleichzusetzen, die in der Regel auf der ganzen Länge gleich ausgestaltet sei und am Ende über eine Wendemöglichkeit verfüge. Im Westen werde sie eine Breite von 4 m zuzüglich einem Bankett von 0.5 m gegenüber einer maximalen Breite von 2.8 m im Osten aufweisen. An der Grenze der beiden, in der Breite klar zu unterscheidenden Strassenteile werde zudem ein Wendeplatz zu liegen kommen, der die unterschiedlichen Funktionen der beiden Strassenteile hervorhebe. Es gehe somit nicht darum, das Reststück einer Stichstrasse ab jenem Punkt, ab welchem weniger als zehn Häuser erschlossen seien, jeweils der dritten Klasse zuzuteilen. Massgebend für die Abgrenzung der Klassierung sei das aufgrund des Strassenprojekts vorgesehene Ende der Verbreiterung.

### D Beurteilung durch das Verwaltungsgericht

Das Verwaltungsgericht erwog, über den vorderen Teil der X.-strasse auf einer Länge von rund 66 m sollten in naher Zukunft absehbar auf den Parzellen Nrn. 0003, 0000, 0004, 0007 und 0008 mehr als zehn ständig bewohnte Wohneinheiten erschlossen werden. Zusätzlich zur bestehenden Überbauung auf den Grundstücken Nrn. 0003, 0000, 0004 und 0008 bestünden insbesondere aufgrund des aktuellen Baugesuchs unbestrittenermassen konkrete und realistische Anhaltspunkte für eine mögliche Überbauung der Parzelle Nr. 0007 mit zehn ständig bewohnten Wohneinheiten. Der vordere Teil der X.-strasse sei von der Beschwerdeführerin deshalb offensichtlich zu Recht als Gemeindestrasse zweiter Klasse eingeteilt worden. Was den hinterliegenden Teil der X.-strasse anbelange, bestehe, abgesehen vom Grundstück Nr. 0007, einzig auf der südseitigen Parzelle Nr. 0006 in der Wohn- und Gewerbezone WG3 ein theoretisches Überbauungspotential. Es sei nicht auszuschliessen, dass darauf dereinst anstelle des bestehenden Einfamilienhauses – ohne Gewerbeflächen einzurechnen – 8 bis 15 weitere Wohneinheiten erstellt werden könnten. Über den hinteren Teil der X.-strasse werden demnach weniger als zehn Wohneinheiten erschlossen. Es stelle sich daher weiter die Frage, ob der vorder- und der hinterliegende Teil der X.-strasse eine Einheit darstellten. Unabhängig von der Zulässigkeit des geplanten Ausbaustandards, unterscheidet sich die X.-strasse wegen der Verengung auf den letzten 68 m und des "Wendeplatzes" grundsätzlich nicht von "üblichen" Stichstrassen. Auch müsse eine "übliche" Stichstrasse nicht



zwingend auf der ganzen Länge gleich ausgestaltet sein, wenn, wie vorliegend, über den hinterliegenden Teil deutlich weniger Wohneinheiten erschlossen werden als über den vorderliegenden Teil. Vielmehr liege es in der Natur der Sache, dass der Zufahrtsverkehr auf einer Stichstrasse mit zunehmender Länge abnehme, weil weniger Anwohner über den hinter- als den vorderliegenden Teil der Strasse fahren müssten. Die X.-strasse bilde demgemäss einen einheitlichen Strassenzug, weshalb auch der hintere Teil der X.-strasse als Gemeindestrasse zweiter Klasse einzuteilen sei.

## **2 Rechtliche Sicherstellung der hinreichenden Erschliessung**

### **A Vorbringen der Grundeigentümer**

Die Grundeigentümer bringen vor, auf der gesamten Strassenlänge bestehe keine hinreichende Wendemöglichkeit. Eine solche sei für eine hinreichende Erschliessung praxisgemäss zwingend erforderlich.

### **B Begriff der hinreichenden Erschliessung**

Neben den Grundsätzen gemäss Art. 1 und 3 RPG sowie Art. 33 StrG ist beim Strassenbau zwingend zu beachten, dass Bauten und Anlagen nur auf erschlossenem Land errichtet oder geändert werden dürfen (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. b RPG und Art. 49 Abs. 1 BauG), was eine hinreichende Zufahrt voraussetzt (vgl. Art. 19 Abs. 1 RPG und Art. 49 Abs. 2 Bst. a BauG). Die Festlegung des Ausmasses der Erschliessungsanlagen und die Umschreibung der genügenden Zugänglichkeit ist Sache des kantonalen Rechts. Den kantonalen und kommunalen Behörden steht dabei ein erhebliches Ermessen zu. Eine Zufahrt ist dann als hinreichend zu betrachten, wenn sie tatsächlich so beschaffen ist, dass sie bau- und verkehrstechnisch der bestehenden und der geplanten Überbauung genügt, den zu erwartenden Fahrzeugen und Fussgängern sicheren Weg bietet und von den öffentlichen Diensten ungehindert benützt werden kann und, wenn sie über fremdes Eigentum führt, rechtlich gesichert ist. In Betracht zu ziehen sind die örtlichen Gegebenheiten sowie die Anlage und Zweckbestimmung der Gebäude, denen die Zufahrt zu dienen hat. Auf einer Strasse, die einer Mehrzahl von Wohnhäusern zu dienen hat und auf der mit regelmässigem Verkehr zu rechnen ist, müssen Kreuzungsmanöver ohne Gefahr möglich sein. Zudem ist Radfahrern und Fussgängern genügend Raum zu lassen. Nicht unbedingt erforderlich ist, dass Kreuzungsmanöver zwischen Motorfahrzeugen auf der ganzen Strecke möglich sind. Unter Umständen können einige zweckmässig angeordnete Kreuzungsstellen genügen.



## C Beurteilung durch das Verwaltungsgericht

Das Verwaltungsgericht hielt fest, gemäss der VSS-Norm SN 640 201 vom Oktober 1992 sei bei stark reduzierter Geschwindigkeit (bis 30 km/h) beim Grundbegegnungsfall Personenwagen/Personenwagen eine Strassenbreite von mindestens 4.80 m und beim Grundbegegnungsfall Personenwagen/Fahrrad eine solche von mindestens 3.60 m erforderlich. Im vorliegenden Fall sei die normierte Breite von 3.60 m für Zufahrtswege auf den ersten 66 m mit einer Breite 5.50 m resp. von 4.00 m plus 0.50 m Bankett eingehalten. Damit vermöge der vordere Teil der X.-strasse den Anforderungen an eine hinreichende Erschliessung zu genügen.

Hingegen werde die für Zufahrtswege normierte Breite von 3.60 m auf dem hinterliegenden, höchstens 2.80 m breiten Teil der X.-strasse auf einer Länge von rund 68 m offensichtlich nicht eingehalten. Mit einer solchen Breite würde nicht einmal die für Grundstückszufahrten normierte Breite von mindestens 3.0 m erreicht (vgl. VSS-Norm SN 640 050 vom Mai 1993). Die Unterschreitung der normierten Mindestbreite von 3.60 m auf dem hinteren Teil der X.-strasse solle demnach mit einem Wendepunkt auf Parzelle Nr. 0007 "kompensiert" werden, um eine hinreichende Zufahrt zu gewährleisten. Entlang der X.-strasse bestünden Wendemöglichkeiten jedoch nur auf privatem Grund. Auf Parzelle Nr. 0007 gebe es östlich der bestehenden Baute eine solche private Wendemöglichkeit. Gemäss dem vorliegenden Strassenbauprojekt sei kein öffentlicher Wendepunkt geplant. Im Weiteren sei gemäss dem privaten Bauprojekt des Grundeigentümers der Parzelle Nr. 0007 ein "Wendebereich" anstelle der bestehenden Baute vorgesehen. Unabhängig davon, ob darin nur ein blosses Dulden der allgemeinen Benützung oder das Einverständnis des privaten Grundeigentümers zu erkennen wäre, sei damit jedoch rechtlich nicht sichergestellt, dass dieser "Wendebereich" erstellt werde. Eine Wendemöglichkeit auf Parzelle Nr. 0007 sei somit rechtlich nicht sichergestellt. Die X.-strasse genüge deshalb den Anforderungen an eine hinreichende Erschliessung nicht.

Dementsprechend wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde der Gemeinde ab und diejenige der Grundeigentümer gut. Es hob den angefochtenen Entscheid hinsichtlich des Strassenbauprojekts auf und wies die Sache zur Überarbeitung an die Gemeinde zurück.

### Weitere Hinweise

BGer 1C\_46/2010 vom 28. April 2010 Erw. 2.2 mit Hinweis auf BGer 1P.347/1992 vom 9. Februar 1993 Erw. 2

BGer 1C\_71/2014 vom 19. Februar 2015 Erw. 2.2.1



GVP Nr. 1992 Nr. 43

GVP 2001 Nr. 98 Erw. 2c/bb

VerwGE B 2011/9 vom 7. Dezember 2011 Erw. 4.3.2 ff.

VerwGE B 2012/216 vom 22. Mai 2013 Erw. 3.1 mit Hinweisen

G. Germann, in: Kurzkomentar zum st. gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St. Gallen 1989, N 16 zu Art. 8

B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, St. Gallen 2003, N 513 ff.

### 3

## Baubewilligungspflicht von Kälber-Iglus

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 26/2012 vom 28. Juni 2012 und Urteil des Bundesgerichtes 1C\_62/2014 vom 15. Juni 2015

*Das Aufstellen von Kälber-Iglus ist baubewilligungspflichtig. Aufgrund der Gefahr der Gewässerverunreinigung durch den in den Kälber-Iglus anfallenden Hofdünger sind die Iglus abzudichten und in die Güllengrube zu entwässern.*

### Einleitung

X. leitet einen Landwirtschaftsbetrieb mit einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von rund 27 ha und einem Tierbesatz von rund 83 Grossvieheinheiten. Der Betrieb befindet sich in der Landwirtschaftszone. Gemäss Gewässerschutzkarte liegt er im übrigen Bereich. 120 bis 150 m vom Hauptstall entfernt verläuft ein Bach.

X. stellte zur Erweiterung der Ställe und zum Abbruch/Neubau Remise ein Baugesuch und reichte etwas später den Plan "Aufstellung Kälberiglu" nach. Danach sind auf der Wiese vor der Milchammer drei Reihen bzw. Standorte für jeweils neun Kälber-Iglus vorgesehen, die im Rotationssystem einmal im Jahr benutzt werden sollen. Ein vierter Iglu-Standort ist als Reservestandort eingezeichnet. Das Bauvorhaben wurde von der Gemeinde und vom kantonalen Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) bewilligt.

Das Amt für Umwelt und Energie (AFU) stimmte dem Vorhaben aus gewässerschutzrechtlicher Sicht unter verschiedenen Auflagen zu. Unter anderem verlangte es, dass Stallungen einen flüssigkeitsdichten Boden aufweisen müssten und so abzusichern seien, dass weder Gülle noch durch die Tierhaltung bedingtes Abwasser ins Erdreich dringe, und Laufhöfe mit befestigtem, dichtem Boden in den Güllenbehälter entwässert würden. Es setzte X. eine Frist zur Sanierung der Kälber-Iglu-Anlage bzw. für allenfalls notwendige bauliche Massnahmen und verfügte, dass das im Liege- und Auslaufbereich der Iglus anfallende Abwasser vollständig in die Güllegrube eingeleitet werden müsse.

Dagegen erhob X. Rekurs beim Baudepartement, welches den Rekurs abwies. Die dagegen erhobene Beschwerde an das Verwaltungsgericht des



Kantons St.Gallen blieb erfolglos. Schliesslich gelangte X. ans Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

## Erwägungen

### 1 Frage der Baubewilligungspflicht von Kälber-Iglus

Im Rahmen des Rekursverfahrens prüfte das Baudepartement, ob das Aufstellen von Kälber-Iglus baubewilligungspflichtig ist.

#### A Gesetzliche Grundlagen

Nach Art. 22 RPG und Art. 78 Abs. 1 BauG dürfen Bauten und Anlagen inner- und ausserhalb der Bauzonen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Bauten und Anlagen im Sinn von Art. 22 Abs. 1 RPG jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dazu gehören auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt – in Bezug auf seine räumlichen Folgen – vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen.

#### B Kälber-Iglus als raumwirksame Fahrnisbauten

Das Baudepartement erwog, Iglus seien in der Regel aus verstärktem weissem Glasfaser-Kunststoff hergestellt und könnten je nach Herstellerfirma eine Grösse von etwa 2 m Länge, 1 m Breite und 1,5 m Höhe (vorliegend 1,88 m Länge, 1,05 m Breite und 1,40 m Höhe) aufweisen. Vor dem Iglu befinde sich ein mit einem Zaun begrenzter Auslauf. Die Iglus seien mit dem Boden nicht fest verbunden und könnten deshalb leicht an einem anderen Standort verlegt werden. Sie gelten daher als Fahrnisbauten. Vorliegend befänden sich mindestens neun Iglus, die in einer Reihe aufgestellt würden, zwischen sechs und acht Wochen auf einer an den Stall angrenzenden Wiese. Sie würden im Rotationsprinzip verschoben. Entsprechend seien das ganze Jahr hindurch Kälber in mehreren Iglus vor Ort. Damit werde der



Raum – vergleichbar mit einem Zelt- oder Campingplatz – äusserlich wesentlich verändert. Zwar mögen die einzelnen Kälber-Iglus nur Kleinbauten oder gar Kleinstbauten darstellen; die neun Kälber-Iglus als Verbund seien jedoch zweifellos als Anlage zu werten, die einer Baubewilligung bedürfe. Die Bewilligungsfähigkeit der neun Kälber-Iglus sei unter dem Gesichtspunkt der Zonenkonformität grundsätzlich gegeben. Ihr genauer Standort sei jedoch vorgängig in einem Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Im Baubewilligungsverfahren betreffend Abbruch/Neubau Remise habe der Rekurrent einen Rotationsplan für die Standorte der Kälber-Iglus eingereicht. Dieser sei vom AREG abgestempelt worden, womit dieses sinngemäss die erforderliche Zustimmung zur Baubewilligung betreffend Standort der Kälber-Iglus erteilt habe.

## **2 Massnahmen zum Schutz des Bodens**

Anlässlich des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht hatte dieses zu prüfen, ob die vom AFU verfügten Massnahmen zum Schutz des Bodens gerechtfertigt sind.

### **A Gesetzliche Grundlagen**

Art. 6 Abs. 1 GSchG untersagt, Stoffe versickern zu lassen, die Gewässer verunreinigen können. Die Behörden können demnach gestützt auf diese Norm nur Massnahmen verfügen, wenn der in den Kälber-Iglus anfallende Hofdünger Gewässer zu verschmutzen droht. Bei der Anordnung der Massnahme verfügen die Verwaltungsorgane über kein Ermessen. Solches besteht lediglich bei der Wahl der zu treffenden Massnahme.

### **B Beurteilung durch das Bundesgericht**

Das Bundesgericht erwog, dem eingeholten Gutachten entsprechend sei die Gefahr einer oberflächlichen Abschwemmung von Nährstoffen von der Iglu-Parzelle in den 120 m bis 150 m entfernten Bach aufgrund der speziellen topografischen Verhältnisse auf dem Hof des Beschwerdeführers gering. Dagegen könnten Nährstoffe (vor allem Nitrat) in das Grundwasser versickern. Der Nährstoffverlust werde zwar im Gutachten nicht speziell erhoben, aber als sehr hoch geschätzt. Zumindest lokal im Grundwasser direkt unter der Iglu-Parzelle seien die Toleranzwerte für Stickstoff weit überschritten. Das Versickern der tierischen Ausscheidungen auf der Iglu-Parzelle übersteige demnach die Menge, welche die Natur abbauen könne, und führe deshalb zu einer Überdüngung des Bodens. Eine solche verstosse gegen Art. 6 Abs. 1 GSchG.



### 3 Schlussfolgerung des Bundesgerichtes

Das Bundesgericht kam zum Schluss, die kantonalen Instanzen hätten die Platzentwässerung des Kälber-Iglus des Beschwerdeführers zu Recht als unzulässig erklärt. Die von den Behörden verfügten Massnahmen (Abdichtung der Kälber-Standfläche mit Entwässerung in das Güllelager) seien geeignet, eine Gewässerverunreinigung zu verhindern. Sie könnten auf jedem Betrieb umgesetzt und leicht kontrolliert werden. Im Blick auf die damit verbundene Versiegelung des Bodens erscheine diese Massnahme aus Sicht von Raumplanung, Gewässer- und Bodenschutz zwar nicht optimal. Das Baudepartement weise jedoch zu Recht darauf hin, dass die versiegelte Fläche auf ein Minimum beschränkt würde, weil die Iglus nicht mehr versetzt werden müssten. Dementsprechend wies es die Beschwerde ab.

#### Weitere Hinweise

BGE 123 II 256 Erw. 3 mit Hinweisen

BGE 119 Ib 222 Erw. 3a

BGE 118 Ib 1 Erw. 2c

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz 854 ff.

# 4

## Meldeverfahren bei Kunststofffenstern im Ortsbilschutzgebiet

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 35/2015 vom 16. Juni 2015

*Das Erstellen und Ändern von Bauten und Anlagen in Ortsbilschutzgebieten berührt neben Interessen von privaten Einspracheberechtigten stets auch wesentliche öffentliche Interessen, weshalb das Meldeverfahren von vornherein keine Anwendung finden kann. Zudem sind innerhalb eines bedeutenden Ortsbilds Fenster zwingend mit Holzrahmen und mit aussenseitigen, echten Sprossen auszuführen. Kunststofffenster genügen diesen Anforderungen in der Regel nicht.*

### Einleitung

X. ist Eigentümer eines dreigeschossigen Mehrfamilienhauses im Ortsbilschutzgebiet. Für den Ersatz der Fenster durch Kunststofffenster reichte er ein Baugesuch ein, das die Gemeinde ohne Antrag des Gesuchstellers im Meldeverfahren bewilligte. Nach Abschluss der Bauarbeiten meldete die benachbarte Stockwerkeigentümergeinschaft der Gemeinde die Bautätigkeit und rügte, die Fenster fügten sich nicht ins Ortsbild ein.

Die Gemeinde forderte deshalb den Bauherrn zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs auf. Während der Auflagefrist erhob die Stockwerkeigentümergeinschaft Einsprache mit der Begründung, die neuen Fenster seien zu gross und passten aufgrund der Materialisierung nicht ins Ortsbild. Daraufhin hiess die Gemeinde die Einsprache gut und wies das Baugesuch ab.

Gegen den abweisenden Beschluss des Gemeinderats gelangte der Bauherr mit Rekurs ans Baudepartement und verlangte die Genehmigung der Baubewilligung. Im Rahmen des Rekursverfahrens wurde das Amt für Kultur zur Stellungnahme eingeladen; ebenso wurde ein Augenschein durchgeführt.



## Erwägungen

### 1 Wahl des richtigen Baubewilligungsverfahrens

#### A Das Meldeverfahren

Bauten und Anlagen, die weder die Interessen von Einspracheberechtigten noch wesentliche öffentliche Interessen berühren, können nach Art. 82ter Abs. 1 BauG auf Begehren des Baugesuchstellers im Meldeverfahren bewilligt werden. Im Meldeverfahren entfallen die Pflicht zur Visierung sowie das Anzeige- und Auflageverfahren. Das Vorhaben darf ausgeführt werden, wenn die zuständige Gemeindebehörde nicht innert dreissig Tagen nach Eingang des Baugesuchs dem Gesuchsteller schriftlich mitteilt, dass das Gesuch in das vereinfachte oder das ordentliche Verfahren verwiesen oder das Baugesuch abgelehnt wird (Art. 82ter Abs. 2 BauG).

#### B Bauvorhaben im Ortsbildschutzgebiet; Berührung von privaten und öffentlichen Interessen

Das Baudepartement hielt fest, Fassadensanierungen und der Ersatz von Fenstern innerhalb eines Ortsbildschutzgebiets berührten stets zumindest die Interessen derjenigen Grundeigentümer, die ebenfalls Liegenschaften im Ortsbildschutzgebiet besässen. Seien nämlich besondere Ästhetikvorschriften für ein abgegrenztes Gebiet statuiert, dürften dort nach der Rechtsprechung an die Darlegung und den Nachweis eigener Interessen grundsätzlich keine hohen Anforderungen gestellt werden, wenn sowohl die Bau- wie auch die Nachbarparzellen in dieses Gebiet einbezogen seien und sie deshalb im Schutzbereich derselben Normen lägen. Die Baubewilligungsbehörde habe deshalb bei der Einreichung des Baugesuchs nicht davon ausgehen dürfen, Interessen von Einspracheberechtigten würden vom Bauvorhaben nicht berührt. Hinzu komme, dass bedeutende Ortsbilder im Sinn von Art. 98 Abs. 1 Bst. c BauG als Schutzgegenstände zu erhalten seien; bei solchen sei also das öffentliche Interesse an dem durch die Unterschützstellung resultierenden Eigentumseingriff gerechtfertigt. Daraus ergebe sich, dass das Erstellen und Ändern von Bauten und Anlagen in solchen Schutzgebieten neben Interessen von privaten Einspracheberechtigten stets auch wesentliche öffentliche Interessen berühre. Zudem habe die Gemeinde das Meldeverfahren ohne Antrag des Gesuchstellers gewählt, was ebenfalls unzulässig sei. Weil somit sämtliche Voraussetzungen für die Durchführung des Meldeverfahrens fehlten, habe die Gemeinde das damalige Baugesuch zu Unrecht im Meldeverfahren bewilligt bzw. dem Meldeverfahren zugewiesen.



## 2 Folgen des unrichtigen Baubewilligungsverfahrens

### A Grundsatz: Anfechtbarkeit der Baubewilligung

Nach der Rechtsprechung liegt in der Tatsache, dass ein Bauprojekt oder wesentliche Änderungen nicht öffentlich aufgelegt und publiziert werden sowie in der Verletzung der Anzeige- und Mitteilungspflicht gegenüber Betroffenen bei vereinfachten Baubewilligungsverfahren eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs der Einspracheberechtigten. Eine Verfügung, die nicht hinreichend publiziert bzw. nicht allen Parteien eröffnet wurde, ist deswegen aber nicht nichtig. Durch die mangelhafte Eröffnung bzw. Publizierung und Anzeige gehen die Einsprache- und Rekursmöglichkeiten des überangegangenen Adressaten aber nicht verloren. Entsprechend beginnt für den Überangegangenen die Beschwerdefrist vorerst nicht zu laufen, so dass die Verfügung auch nicht in formelle Rechtskraft erwächst. Dritte, die – wie beispielsweise vorliegend durch die Wahl des falschen Verfahrens – vom Einreichen einer Einsprache abgehalten wurden, können aus diesem Grund die Wiederherstellung der Einsprachefrist verlangen oder Rechtsmittel ergreifen, sobald sie vom Baugesuch bzw. der Baubewilligung Kenntnis erhalten haben. Die Zeitspanne, welche die Betroffenen verstreichen lassen dürfen, ohne ihres Vertrauensschutzes verlustig zu gehen, hängt davon ab, wann sie vom missliebigen Entscheid auf andere Weise sichere Kenntnis erhalten haben. Blosser Gerüchte oder vage Hinweise reichen dazu nicht. Erst wenn der Rechtsuchende im Besitz aller für die erfolgreiche Wahrung seiner Rechte wesentlichen Elemente ist, also namentlich auch die Entscheidungsgründe kennt, rechtfertigt es sich, von ihm eine Anfechtung innerhalb der jeweiligen Rechtsmittelfrist zu verlangen. Der Betroffene darf den Beginn des Fristenlaufs auch nicht beliebig hinauszögern. Wenn er einmal von der ihn berührenden Verfügung Kenntnis erhalten hat, muss er nach Treu und Glauben dafür besorgt sein, den genauen Inhalt der Verfügung zu erfahren. Er hat sich insbesondere danach zu erkundigen, wenn Anzeichen für die Erteilung einer Baubewilligung vorliegen.

### B Ausnahme: Unanfechtbarkeit der Baubewilligung

Unanfechtbar wird die mangelhaft eröffnete Verfügung nach dem Vertrauensprinzip also einerseits dann, wenn dem Überangegangenen nach den gesamten Umständen übermässig langes Zuwarten angelastet werden muss. Unanfechtbar wird die mangelhaft eröffnete Verfügung nach dem Vertrauensprinzip andererseits aber auch, wenn die Gegenpartei im Vertrauen auf die vermeintlich rechtskräftige Verfügung gutgläubig von den darin verbrieften Rechten Gebrauch gemacht hat. Vorbehalten bleibt diesfalls nur ein Widerruf der Verfügung, wenn das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des richtigen Rechts einen solchen zwingend erfordert.



*a*     *Rechtzeitigkeit der Einsprache*

Das Baudepartement erwog, vorliegend habe die unrechtmässige Bewilligung des Bauvorhabens im Meldeverfahren gegenüber der Rekursgegnerin zu einer Verletzung der Anzeigepflicht und damit zu einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs geführt. Der Rekursgegnerin könne sodann unter den konkreten Umständen kein übermässiges Zuwarten zur Last gelegt werden. Erst mit der Ausführung der Bauarbeiten hätten für sie Anzeichen für die Erteilung einer Baubewilligung vorgelegen. Der Verwalter der Rekursgegnerin habe unmittelbar nach Bauabschluss die Gemeinde informiert, dass auf dem Nachbargrundstück die Fenster saniert worden seien. Diese störten und passten nicht ins geschützte Ortsbild. Damit steht fest, dass die Rekursgegnerin rechtzeitig tätig geworden sei.

*b*     *Gutgläubigkeit der Bauherrschaft*

Weiter hielt das Baudepartement fest, das von der Gemeinde fälschlicherweise angewendete Meldeverfahren bestärke vorliegend den Eindruck der Gutgläubigkeit des Rekurrenten. Die Verweisung des Baugesuchs ins Meldeverfahren sei von der Gemeinde unzulässigerweise ohne ausdrücklichen Antrag des Gesuchstellers vorgenommen worden; zudem widerspreche diese Verfahrensart sämtlichen verfahrensrechtlichen Grundsätzen für die Behandlung von Baugesuchen in Schutzgebieten. Wäre das Baugesuch richtigerweise dem ordentlichen Baubewilligungsverfahren unterstellt worden, hätte für den Rekurrenten zumindest noch die Möglichkeit bestanden, dass er aufgrund einer Einsprache darauf aufmerksam gemacht worden wäre, dass Kunststofffenster innerhalb eines Ortsbildschutzgebiets regelmässig nicht bewilligungsfähig sind.

*c*     *Zwischenfazit*

Das Baudepartement hielt zusammenfassend fest, dass der Rekurrent im Vertrauen auf die vermeintlich rechtskräftige Baubewilligung gutgläubig von den darin verbrieften Rechten Gebrauch gemacht habe, weshalb die (unter Verletzung der Anzeige- und Mitteilungspflicht gegenüber Betroffenen eröffnete) Verfügung als unanfechtbar gelten müsse. Vorbehalten bliebe höchstens ein Widerruf der Bewilligung, sofern das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des richtigen Rechts einen solchen zwingend erfordere. Bei diesem Ergebnis habe auch kein Grund bestanden, den Rekurrenten zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs für den Einbau der Kunststofffenster aufzufordern und dieses dem ordentlichen Baubewilligungsverfahren zu unterstellen.



## C Widerruf der Baubewilligung

### a Voraussetzungen des Widerrufs

Nach Art. 28 Abs. 1 VRP können Verfügungen durch die erlassende Behörde oder durch die Aufsichtsbehörde geändert oder aufgehoben werden, wenn der Widerruf die Betroffenen nicht belastet oder wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist.

### b Ortsbildschutzgebiet als wichtiges öffentliches Interesse

Das Baudepartement stellte fest, nachdem der Rekurrent von der Baubewilligung bereits Gebrauch gemacht hätte, würde ihn deren Widerruf belasten. Der erste Widerrufsgrund scheidet damit von vornherein aus.

Bei der Beurteilung, ob der Widerruf aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist, sei zu berücksichtigen, dass das Bauvorhaben im kommunalen Ortsbildschutzperimeter liege und das Dorf als eines von rund 1'300 Ortsbildern im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung (ISOS) aufgenommen sei. Laut ISOS-Inventar werde der betroffene Ortsteil als kompaktes Ensemble beschrieben. Er sei der Aufnahmekategorie AB (ursprüngliche Substanz/ursprüngliche Struktur) mit dem Erhaltungsziel A (Erhaltung der Substanz) zugewiesen. Demnach sollten hier alle Bauten, Anlageteile und Freiräume integral erhalten und störende Eingriffe beseitigt werden. Mittel hierzu seien Abbruch- und Neubauverbote sowie Detailvorschriften für Veränderungen.

Das Amt für Kultur führe im Amtsbericht aus, innerhalb des bedeutenden Ortsbilds müssten Fenster zwingend mit Holzrahmen und mit aussenseitigen, echten Sprossen ausgeführt werden. Zudem würden die Kunststoffenster dem Grundsatz der Materialauthenzität widersprechen und das Aussehen der Fassade beeinträchtigen. Diesen Ausführungen sei grundsätzlich nichts beizufügen. Am Rekursaugenschein habe sich bestätigt, dass die Kunststoffenster mit den innenliegenden Sprossen erheblich auffielen und störend wirkten. In der Rechtsprechung sei bereits wiederholt der Grundsatz statuiert worden, dass im Ortsbildschutzgebiet und bei Kulturbauten Holzfenster grundsätzlich wiederum durch Holzfenster ersetzt werden müssten. Der Unterschied zwischen Holz- und Kunststoffenstern bestehe insbesondere darin, dass letzteren mit ihren regelmässig zu breiten und flächigen Rahmen die Leichtigkeit von Holzfenstern fehle, deren Rahmengrösse im Gegensatz zu Kunststoffenstern individuell angepasst werden könne. Dazu komme, dass Kunststoff infolge der für ihn typisch unnatürlichen Abnutzungserscheinung mit der Zeit noch mehr als Fremdkörper in Erscheinung trete und seine störende Wirkung damit nicht nur auf das betroffene Gebäude beschränkt bleibe, sondern das Gesamtbild des Ortsbilds in Mitleidenschaft ziehe. Damit würden schon Kunststoffenster allein dem



erhöhten Einordnungsgebot in der Schutzverordnung grundsätzlich nicht zu genügen vermögen, auch wenn die Verordnung die Materialisierung der Fenster nicht werkstoffgenau vorschreibe. Gleiches gelte für innenliegende Sprossen. Diese wirkten in der Aussenwahrnehmung stark störend. Sie widersprächen dem Grundsatz der Materialauthenzität und beeinträchtigten das Aussehen der Fassade. Damit stehe fest, dass die Kunststofffenster das Einordnungsgebot verletzen und gegen die öffentlichen Interessen am Ortsbildschutz verstossen.

#### *c Vorbestehende Beeinträchtigung des Ortsbildes*

Allerdings habe der Rekursaugenschein ergeben, dass sich im rekursgegenständlichen Gebäude im Erdgeschoss ein Geschäftslokal befinde. Dieses Lokal weise mehrere grosse raumhohe Schaufenster sowie eine verglaste Eingangsnische mit einem weiteren Schaufenster auf. Auch bei diesen – nicht rekursgegenständlichen – Schaufenstern handle es sich um grossflächige Verglasungen, deren Konstruktion und Bauart mit den Vorschriften für das Ortsbildschutzgebiet augenscheinlich nicht vereinbar seien. Es sei deshalb davon auszugehen, dass das geschützte Ortsbild im Bereich der Baute der Rekurrenten durch den vorbestehenden baulichen Zustand des Gebäudes bereits deutlich beeinträchtigt ist. Die Belassung des rechtswidrigen Zustands der Fenster im ersten und zweiten Obergeschoss des Gebäudes widerspreche unter diesen besonderen Umständen keinen wesentlichen öffentlichen Interessen und lasse deshalb einen Verzicht auf den Widerruf der Baubewilligung gerade noch als vertretbar erscheinen.

### **3 Schlussfolgerung des Baudepartementes**

Da Baudepartement kam zum Schluss, dass die Bauverwaltung den Rekurrenten zu Unrecht zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs aufgefordert hat. Die ursprüngliche Baubewilligung sei unanfechtbar, weil der Rekurrent gutgläubig von ihr Gebrauch gemacht habe und in Anbetracht des bereits beeinträchtigten Zustands des Gebäudes keine Widerrufsgründe vorlägen. Folglich sei die Baukommission zu Unrecht auf das neuerliche Baugesuch in gleicher Sache eingetreten. Der Rekurs wurde gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben.

#### Weitere Hinweise

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_478/2008 vom 28. August 2009 Erw. 2.4

VerwGE B 2009/71 und 72 vom 18. März 2010 Erw. 2.4 mit Hinweisen



VerwGE B 2011/122 vom 1. Mai 2012 Erw. 3.2.3 mit Hinweisen

VerwGE B 2013/116 vom 14. Mai 2014 Erw. 3.3.4

M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im  
Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 441 f.



# 5

## Lärmprognose bei Verkürzung der Schliessungszeiten

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 39/2015 vom 25. Juni 2015

*Bei einer Verkürzung der Schliessungszeiten für eine Gartenwirtschaft um eine Stunde (23.00 Uhr statt bisher 22.00 Uhr) ist eine Lärmprognose einzuholen, wenn mehr als eine geringfügige Störung zu erwarten ist.*

*Werden im Rahmen eines Baugesuchs um Verkürzung der Schliessungszeiten zugleich Massnahmen in Bezug auf den schon bestehenden Betrieb verlangt, sind diese als Lärmklage zu behandeln.*

### Einleitung

Am 19. April 2004 erteilte der Stadtrat der A. AG die Bewilligung für den Umbau eines Pubs zu einer Lounge/Bistro/Bar mit Aussenwirtschaft unter Beibehaltung der Öffnungszeiten des früheren Pubs mit dem Vermerk, während der Nachtruhe (22.00 Uhr bis 07.00 Uhr) seien Gartenwirtschaften so zu betreiben, dass Anwohner in ihrer Nachtruhe nicht gestört würden. Gemäss dem Gastwirtschaftspatent sind 32 Aussensitzplätze bewilligt und es ergibt sich, dass die Gartenwirtschaft spätestens um 23.00 Uhr geräumt sein muss und dass die Öffnungszeiten des Lokals von 5.00 bis 1.00 Uhr (Sonntag bis Donnerstag) bzw. von 5.00 bis 3.00 Uhr (Freitag und Samstag) betragen.

Am 5. August 2013 ersuchte B. im Namen der A. AG um Verlängerung der Öffnungszeiten für die Aussenwirtschaft bis 24.00 Uhr. Während der öffentlichen Auflage erhob ein Nachbar Einsprache. Der Stadtrat erteilte antragsgemäss die Bewilligung für Öffnungszeiten von Montag bis Sonntag bis 24.00 Uhr für die Aussenwirtschaft, nachdem im Rahmen des Einsprache- und Bewilligungsverfahren festgestellt worden war, dass mit dem Baugesuch keine Erweiterung der Aussensitzplätze verbunden ist. Er verfügte zusätzliche Auflagen (Einstellung der Musik im Aussenbereich ab 22.00 Uhr, Schliessen der Fenster und Türen in den Aussenraum ab 22.00 Uhr sowie Räumung der Aussenwirtschaft bis Mitternacht) und wies die Einsprache ab.

Dagegen gelangte der Anwohner mit Rekurs ans Baudepartement und verlangte neben der Aufhebung des angefochtenen Entscheides die Ermittlung



der bestehenden Lärmimmissionen mittels eines Lärmgutachtens sowie die Reduzierung der Lärmimmissionen an der Quelle auf das gesetzlich zulässige Mass.

## Erwägungen

### 1 Beurteilung der beantragten Verkürzung der Schliessungszeiten

#### A Allgemeine lärmschutzrechtliche Vorgaben

Nach Art. 11 Abs. 2 USG sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (vorsorgliche Emissionsbegrenzung). Gemäss Art. 11 Abs. 3 USG werden die Emissionsbegrenzungen verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (verschärfte Emissionsbegrenzung). Für die Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen legt der Bundesrat Immissionsgrenzwerte fest (Art. 13 USG). Diese sind so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 15 USG). Neue ortsfeste Anlagen dürfen nur errichtet werden, wenn die durch diese Anlagen allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten (Art. 25 Abs. 1 USG); diese liegen unter dem Immissionsgrenzwert (Art. 23 USG). Nach Art. 7 Abs. 1 LSV müssen die Lärmemissionen neuer ortsfester Anlagen nach den Anordnungen der Vollzugsbehörde so weit begrenzt werden als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist und dass die von der Anlage allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten. Diese Vorschriften gelten auch für Änderungen von neuen ortsfesten Anlagen (vgl. Art. 8 Abs. 4 LSV).

#### B Lärmschutzrechtliche Vorgaben in Bezug auf Gastwirtschaftslärm

Bei Gastwirtschaftslärm handelt es sich um Alltagslärm, für welchen in den Anhängen der Lärmschutz-Verordnung keine Belastungsgrenzwerte festgesetzt worden sind. Alltagslärm muss daher im Einzelfall nach Massgabe der Bestimmungen von Art. 15, 19 und 23 USG beurteilt werden (Art. 40 Abs. 3 LSV).

In seiner Rechtsprechung zum Problem der schädlichen Einwirkungen, die von öffentlichen Einrichtungen ausgehen, hat das Bundesgericht unter dem



Blickwinkel von Art. 25 Abs. 1 USG festgehalten, dass der durch die Kundenschaft eines Betriebs verursachte Lärm während der Nacht grundsätzlich höchstens eine geringfügige Störung verursachen dürfe. Im Rahmen dieser Einzelfallbeurteilung seien der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung zu berücksichtigen. Unter Umständen könnten fachlich genügend abgestützte private Richtlinien, wie namentlich die von der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute („Cercle Bruit“) herausgegebene „Vollzugshilfe zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung im Zusammenhang mit dem Betrieb öffentlicher Lokale“ eine Entscheidungshilfe bieten.

#### C Im Besonderen: Pflicht zur Einholung eines Lärmgutachtens

Nach Art. 36 Abs. 1 LSV ermittelt die Vollzugsbehörde die Aussenlärmimmissionen ortsfester Anlagen oder ordnet deren Ermittlung an, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass die massgebenden Belastungsgrenzwerte überschritten sind oder ihre Überschreitung zu erwarten ist. Die Frage, ob Grund zur Annahme besteht, dass die Belastungsgrenzwerte überschritten werden, verlangt eine vorweggenommene Würdigung der Lärmsituation. Ist diese Frage zu bejahen, so ist die Behörde zur Durchführung eines Beweis- und Ermittlungsverfahrens nach den Art. 36 ff. LSV und den Anhängen 2 bis 7 LSV verpflichtet, ohne dass ihr insoweit noch ein Ermessensspielraum zustünde. Dabei dürfen keine hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit einer Überschreitung der Planungswerte gestellt werden. Dies gilt jedenfalls im Kontext von Art. 25 Abs. 1 USG: Setzt die Erteilung der Baubewilligung eine positive Prognose hinsichtlich der Einhaltung der Planungswerte voraus, so sind weitere Ermittlungen in Form einer Lärmprognose (im Sinn von Art. 25 Abs. 2 Satz 1 und Art. 36 ff. LSV) schon dann geboten, wenn eine Überschreitung der Planungswerte möglich erscheint, d.h. beim aktuellen Kenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann.

#### D Anwendung der umwelt- und lärmschutzrechtlichen Vorgaben auf den konkreten Fall

##### a *Beurteilung und Argumente der Vorinstanz*

In der Begründung der angefochtenen Bewilligung brachte die Vorinstanz vor, bei der Überprüfung der Auswirkungen von verkürzten Schliessungszeiten sei jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden erheblich gestört werde. Bei dieser Prüfung stehe der Bewilligungsbehörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. In ihrer Rekursvernehmlassung ergänzte sie, ihr sei die Situation vor Ort bekannt. Auf Lärmmessungen und -schätzungen habe deshalb ohne weiteres verzichtet werden können.



*b Beurteilung durch das Amt für Umwelt und Energie*

Das im Rekursverfahren beigezogene Amt für Umwelt und Energie (AFU) führte in seinem Amtsbericht aus, die umstrittene Aussenwirtschaft weise 32 Sitzplätze auf, was eine vergleichsweise grosse Anzahl sei. Diese Sitzplätze befänden sich zudem in einer Distanz von lediglich rund 20 bis 30 Metern von lärmempfindlichen Räumen der benachbarten Liegenschaften entfernt. Deshalb könnten übermässige Lärmimmissionen in der Nachbarschaft bei einer Verkürzung der Schliessungszeit bis 24.00 Uhr nicht ausgeschlossen werden. Übermässige Immissionen seien nicht nur möglich, sondern vielmehr wahrscheinlich. Das AFU kommt deshalb zum Schluss, dass eine Lärmprognose hätte erstellt werden müssen.

*c Beurteilung durch das Baudepartement*

Das Baudepartement stellte zunächst fest, dass vorliegend eine Änderung einer neuen ortsfesten Anlage Gegenstand des Verfahrens sei, weshalb die Planungswerte massgeblich seien. Weiter hielt es fest, dass es entgegen der Ansicht der Vorinstanz bei der Beantwortung der Frage nach der Erforderlichkeit einer Lärmprognose vorliegend nicht darum gehe, ob die Bevölkerung durch die zu erwartenden Immissionen in ihrem Wohlbefinden erheblich gestört werde oder nicht. Vielmehr sei eine Lärmprognose bereits dann für die Baugesuchsbearbeitung erforderlich, wenn wegen eines Vorhabens mehr als eine geringfügige Störung zu erwarten sei.

Das Baudepartement erachtete weiter die Einschätzung des AFU für überzeugend. Das Lokal befinde sich in einem lärmvorbelasteten Gebiet. Zwar müsse an dieser zentralen Lage in der Kernzone (Lärmempfindlichkeitsstufe III) mit Strassenverkehrslärm und Lärmimmissionen aus Gastwirtschaftsbetrieben gerechnet werden. Da die Aussenwirtschaft in unmittelbarer Nähe zu lärmempfindlichen Räumen in der Nachbarschaft liege und sie neuerdings an sieben Tagen je Woche auch zwischen 23.00 und 24.00 Uhr betrieben werden solle, sei davon auszugehen, dass der damit zusammenhängende Lärm in der Umgebung auch hörbar sein könne. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach dieser Lärm aufgrund der bestehenden Lärmvorbelastung im betroffenen Gebiet maskiert und deshalb kaum auffallen bzw. die Anwohner nicht zusätzlich stören würde, sei unter diesen Umständen nicht haltbar.

Das Baudepartement hielt auch die Bezugnahme des AFU auf die Vollzugshilfe des „Cercle Bruit“ für sachgerecht. Diese Richtlinie sei nicht nur auf öffentliche Lokale mit Musikerzeugung zugeschnitten, sondern umfasse alle Lärmimmissionen von Gaststätten, einschliesslich Kundenverkehr, Parkplatzlärm und durch Verkehr erzeugten Lärm. Die Vorgaben des „Cercle Bruit“ könnten damit der Bewilligungsbehörde als Entscheidungshilfe bei der Beurteilung der zu erwartenden Lärmsituation dienen. In Verbindung mit einer



Lärmprognose sei wesentlich klarer abzuschätzen, ob das umstrittene Projekt den bundesrechtlichen Anforderungen zu genügen vermöge. An der Schlussfolgerung, dass das Vorhaben die massgebenden Grenzwerte überschreiten könnte, ändere auch die bestehende Lärmvorbelastung durch die Bahnhofstrasse nichts. Dieser Lärmvorbelastung sei bereits mit der Zuteilung der Kernzone in die Lärmempfindlichkeitsstufe III Rechnung getragen worden. Der Betrieb der Aussenwirtschaft in der Nacht (ab 22.00 Uhr) könne durchaus zu in der Nachbarschaft wahrnehmbaren Lärmimmissionen führen (Unterhaltung der Gäste, Bedienung, Aufräumarbeiten). Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass Strassenverkehrslärm zu später Stunde erfahrungsgemäss abnehme, weshalb Gastwirtschaftslärm dadurch deutlicher wahrnehmbar werde.

#### *d Folgerung des Baudepartementes*

Das Baudepartement kam zum Ergebnis, dass insgesamt nicht ausgeschlossen werden könne, dass im Fall verkürzter Schliessungszeiten – auch unter Berücksichtigung der geringen Lärmempfindlichkeit und der Vorbelastung durch den Strassenverkehr und den Lärm benachbarter Restaurationsbetriebe – mehr als geringfügige Immissionen verursacht würden. Unter diesen Umständen wäre die Erstellung einer Lärmprognose vor der Bewilligungserteilung zwingend geboten gewesen. Das Baudepartement hob deshalb den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts (Einholung einer Lärmprognose) und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

## **2 Lärmklage gegen den bestehenden Betrieb**

### **A Vorbringen der Rekurrentin**

Die Rekurrentin beanstandete weiter, sie habe in ihrer Einspracheergänzung – unabhängig vom verfahrensgegenständlichen Baugesuch – eingehend dargelegt, dass sie bereits durch den heute bewilligten Betrieb des Lokals übermässigen Lärmimmissionen ausgesetzt sei und deshalb den Antrag gestellt, dass emissionsbegrenzende Massnahmen an der Quelle anzuordnen seien. Die Vorinstanz habe diese Lärmklage allerdings nicht ausreichend behandelt; folglich sei die Angelegenheit auch diesbezüglich an den Stadtrat zur Abklärung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.



## B Beurteilung durch das Baudepartement

Das Baudepartement erachtete den Einwand der Rekurrentin als zutreffend. Ihre Einspracheergänzung gegen die geplante Verkürzung der Schliessungszeit der Aussenwirtschaft habe auch eine Immissionsklage gegen das bereits bestehende Lokal beinhaltet. Entgegen der Ansicht der Rekurrentin sei die Immissionsklage von der Vorinstanz aber bislang überhaupt nicht behandelt worden. Unter diesen Umständen könne auch keine Verfügung aufgehoben werden. Obwohl die Rekurrentin nicht ausdrücklich eine Rechtsverweigerungsbeschwerde erhebe, sei die Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass diese Immissionsklage nach wie vor pendent und nicht bearbeitet sei. Die Vorinstanz wurde deshalb angewiesen, die Immissionsklage rasch und unabhängig vom vorliegend streitigen Baugesuch zu behandeln. Auch dafür werde es notwendig sein, vorab mittels eines noch einzuholenden Lärmgutachtens den rechtserheblichen Sachverhalt zu ermitteln.

### Weitere Hinweise

BGE 137 II 30 Erw. 3.4 mit Hinweisen

BGE 137 II 30 Erw. 3.6 mit Hinweisen

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_534/2011 vom 29. Mai 2012 Erw. 2.4

„Vollzugshilfe zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung im Zusammenhang mit dem Betrieb öffentlicher Lokale“ (Vollzugshilfe vom 10. März 1999/30. März 2007); herausgegeben von der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute („Cercle Bruit“)

# 6

## Keine Bevorzugung einheimischer Anbieter

### Quelle und Zusammenfassung

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht B 2015/101 vom 18. Juni 2015

*Die Ziele des öffentlichen Beschaffungsrechts schliessen eine Bevorzugung ortsansässiger gegenüber ortsfremden Anbietern grundsätzlich aus. Auch volkswirtschaftliche oder fiskalische Gründe (beispielsweise Steuerdomizil, örtliche Arbeitsplätze, angemessene Verteilung der Aufträge) sind sachfremde Kriterien, weshalb sie vom Submissionsrecht nicht berücksichtigt werden dürfen.*

### Einleitung

Ein ortsansässiger Beschwerdeführer focht den von der politischen Gemeinde verfügteten Zuschlag für Rohrverlegearbeiten zur Erneuerung der Wasserleitung beim Verwaltungsgericht an. Als Begründung führte er an, es sei nicht nachvollziehbar, dass ein die Wasserversorgung betreffender grosser Auftrag "ausser Dorf" vergeben werden könne. Seiner Meinung nach seien dabei insbesondere die Steuerkraft und das Engagement der einheimischen Anbieter in der Gemeinde mitzubedenken.

### Erwägungen

#### 1 Grundsatz: Keine Bevorzugung ortsansässiger Anbieter

Zentraler Zweck des öffentlichen Beschaffungsrechts ist die Öffnung des Marktes der öffentlichen Beschaffungen unter anderem der Gemeinden (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 IVöB) und insbesondere die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern und die Gewährleistung ihrer Gleichbehandlung sowie einer unparteiischen Vergabe (Art. 1 Abs. 2 Bst. a und b IVöB). Diese Ziele schliessen eine Bevorzugung ortsansässiger Anbieter gegenüber ortsfremden Anbietern grundsätzlich aus. Auch volkswirtschaftliche



oder fiskalische Gründe (beispielsweise Steuerdomizil, örtliche Arbeitsplätze, angemessene Verteilung der Aufträge) sind sachfremde Kriterien, die vom Submissionsrecht nicht berücksichtigt werden dürfen.

## **2 Ausnahmsweise Bevorzugung ortsansässiger Anbieter**

Das Verwaltungsgericht erwog, Orts- und Objektkenntnisse dürften dann berücksichtigt werden, wenn sie sachgerecht seien. Dies sei beispielsweise bei der Vergabe im Bereich der Kehrriechtabfuhr, bei dessen Erfüllung sich der Chauffeur an eine vorgegebene, relativ einfache und gleichbleibende Route halten müsse, nicht der Fall. Demgegenüber mache die Berücksichtigung der Ortskenntnisse bei der Vergabe eines Ingenieurauftrags für eine Gesamtmelioration Sinn. Ob die Vorinstanz beim Bau neuer Wasserleitungen Ortskenntnisse hätte berücksichtigen dürfen, weil für die Erstellung Kenntnisse des Leitungsnetzes und damit beispielsweise über Druckverhältnisse und –ausgleiche von Belang seien, könne vorliegend offen gelassen werden, weil die Gemeinde nicht verpflichtet gewesen sei, dies zu berücksichtigen.

## **3 Exkurs zum Kriterium „Transport- und Anfahrtsweg“**

Zur Bevorzugung einheimischer Bewerber hielt das Verwaltungsgericht weiter fest, würden Vergabestellen unter dem Aspekt Umweltschutz gelegentlich das Kriterium „Transport- und Anfahrtswege“ verwenden. Dieses Kriterium dürfe allerdings nicht dazu führen, dass ortsansässige Bewerber ohne vergaberechtlich zulässige Überlegungen bevorteilt werden. Wenn die Vergabebehörde bei der Ausschreibung der Wasserleitungen kein entsprechendes Kriterium angewandt habe, habe sie sich deshalb innerhalb des ihr bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und der Bewertung zustehenden grossen Ermessensspielraums bewegt. Selbst wenn die Berücksichtigung des Kriteriums bei der Art der ausgeschriebenen Arbeit zulässig sein sollte, sei nicht ersichtlich, weshalb das Angebot einer Unternehmung mit Sitz in der Nachbargemeinde diesbezüglich schlechter benotet werden müsste.

## **4 Schlussbemerkung**

Da die Beschwerde nicht hinreichend begründet war, konnte das Gericht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abweisen, ohne materielle Erwägungen anstellen zu müssen. Gleichwohl brachte es – wie oben



dargelegt – bereits einzelne Überlegungen dazu an, unter anderem zur Frage der Nichtberücksichtigung ortsansässiger Anbieter.

#### Weitere Hinweise

Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts,  
3. Aufl. 2013., N 920, 923

# 7

## Keine wesentlichen Änderungen des Vertrags nach Erteilung des Zuschlags

### Quelle und Zusammenfassung

Präsidentialverfügung Verwaltungsgericht B 2015/77 vom 22. Mai 2015

*Im Zeitpunkt des Vergabeentscheids muss der künftige Vertragsinhalt den Anbietenden und der Vergabeinstanz bekannt sein. Eine wesentliche Änderung des Vertragsinhalts nach Erteilung des Zuschlags ist ausgeschlossen.*

### Einleitung

Im Rahmen eines Vergabeverfahrens für Heizungsanlagen offerierten die X. AG zum Preis von Fr. 1'067'250.— und die Z. AG zum Preis von Fr. 1'098'500.—, jeweils inklusive Mehrwertsteuer. Die Vergabestelle erteilte den Zuschlag der Z. AG zum Preis von Fr. 1'067'450.— statt zum offerierten Preis.

Die unterlegene X. AG focht den Zuschlag beim Verwaltungsgericht an und verlangte nebst dessen Aufhebung die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Vergabestelle beantragte die Abweisung der Beschwerde und reichte dafür diverse Unterlagen ein, unter anderem die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin.

### Erwägungen

#### 1 Grundsatz der Transparenz und Gleichbehandlung

Mit Rechtskraft des Zuschlags, welcher das öffentlich-rechtliche Verfahren der Vergabe abschliesst, müssen alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen. Dazu gehören neben der Wahl des Vertragspartners insbesondere die zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen, und damit vorab auch der genaue Preis, zu welchem die Vergabebehörde das mit dem Zuschlag bedachte Angebot annehmen will. Im Rahmen des Ver-



tragsabschlusses, der gestützt auf den Zuschlag erfolge, dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden, welche dieses Verfahren zu gewährleisten haben, wieder infrage gestellt werden. Im Zeitpunkt des Vergabeentscheids muss den Anbietenden wie der Vergabeinstanz also bekannt sein, welchen Inhalt der künftige Vertrag im Fall eines Zuschlags für sie haben wird.

## **2 Beurteilung durch das Verwaltungsgericht**

### **A In Bezug auf die Gleichbehandlung**

Das Verwaltungsgericht stellte fest, in der Übersicht der Angebotsauswertung seien die von der Beschwerdeführerin und -gegnerin offerierten Preise genannt. Der Benotung des Angebots der Beschwerdegegnerin liege der von ihr ursprünglich offerierte Preis zugrunde. Da sich der Inhalt der angefochtenen Verfügung offensichtlich nicht in Übereinstimmung mit den vorliegenden Akten, insbesondere aber nicht mit dem Angebot der Beschwerdegegnerin bringen lasse, erscheine die Beschwerde als ausreichend begründet. Der Gewährung der aufschiebenden Wirkung stünden zudem keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen gegenüber. Vielmehr liege es auch im Interesse der Zuschlagsempfängerin und der Vorinstanz selbst, Klarheit über den Inhalt der angefochtenen Verfügung und des abzuschliessenden Vertrags zu erhalten. Dass die Vorinstanz Preiskorrekturen vorgenommen hätte, werde aus den eingereichten Akten nicht ersichtlich. Allerdings habe die Vorinstanz den detaillierten Kostenvoranschlag der Beschwerdegegnerin nicht eingereicht. Bei der Erteilung des Zuschlags scheine es sich deshalb eher um einen Verschrieb als um ein verstecktes Abgebot von Fr. 1'098'500.— auf Fr. 1'067'450.— zu handeln.

### **B In Bezug auf die fehlende Möglichkeit der Berichtigung im Beschaffungswesen**

Im Verwaltungsverfahren vor den verfügenden Behörden sind die Bestimmungen über das Institut der Berichtigung gemäss Art. 93quater ff. VRP nicht anwendbar. In diesen Verfahren stehen die Institute der Wiedererwägung beziehungsweise des Widerrufs zur Verfügung. Die Möglichkeit der Berichtigung ist in diesen Instituten enthalten. Dementsprechend räumte das Verwaltungsgericht der Vorinstanz die Möglichkeit ein, erforderlichenfalls die angefochtene Zuschlagsverfügung zu widerrufen.



#### Weitere Hinweise

Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, N 1089

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, N 1076

## 8

### Umfang der Begründung bei Wiederherstellung

#### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 15/2015 vom 24. März 2015

*Bei der Anordnung eines Rückbaus genügt der Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen und den dazu gehörenden allgemeinen rechtlichen Erwägungen den Anforderungen an eine ausreichende Begründung nicht. Vielmehr sind die entsprechenden Voraussetzungen konkret zu prüfen und zu beurteilen.*

#### Einleitung

Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) stimmte dem von X. und Y. nachgesuchten Umbau mit Wohnraumerweiterung eines in der Landwirtschaftszone gelegenen, zonenwidrig genutzten Wohnhauses zu. Hingegen verweigerte es seine Zustimmung zu einem weiteren (nachträglichen) Baugesuch, das verschiedene teilweise schon erstellte, teilweise erst geplante Umbauten, Neubauten und Neuanlagen beinhaltete, unter detaillierter Auflistung der nicht bewilligten Bauten, Bauteile und Anlagen. Der Gemeinderat übernahm im Dispositiv seines abweisenden Entscheides den detaillierten Entscheidspruch des AREG und verfügte die Wiederherstellung der nicht nachträglich bewilligten einzelnen baulichen Massnahmen. In seiner Verfügung verwies er zur Begründung im Wesentlichen auf die gesetzliche Bestimmung von Art. 130 BauG.

Dagegen erhoben X. und Y. Rekurs beim Baudepartement und verlangten die Erteilung der nachträglichen Bewilligung der Wohnraumerweiterungen und der Neuanlagen bzw. den Verzicht auf deren Wiederherstellung. In ihrer Begründung wiesen sie darauf hin, dass sie die Gemeindebehörden während den über mehrere Jahre dauernden Arbeiten informiert hätten und der Einbau der Einliegerwohnung aus finanziellen und persönlichen Gründen notwendig gewesen sei.



## Erwägungen

### 1 Beurteilung der (nachträglichen) Bewilligungsfähigkeit

Das Baudepartement kam zum Schluss, dass das AREG den schon erstellten bzw. den noch geplanten baulichen Massnahmen zu Recht die Zustimmung verweigerte, weil diese das Mass der zulässigen Erweiterung nach Art. 24c RPG in Verbindung mit Art. 42 RPV deutlich überschreiten würden und die Umgebungsarbeiten zudem wichtige Anliegen der Raumplanung, nämlich den Schutz der Landschaft, und namentlich die massgeblichen Vorschriften der Schutzverordnung, verletzen. Der geltend gemachte Finanzierungseingpass für die Zahlung der Hypothekarzinsen und das Ermöglichen einer Alterswohnung für die Schwiegereltern, die den Einbau einer zusätzlichen Wohneinheit und die damit verbundene Vergrösserung der Wohnflächen nach Ansicht der Rekurrenten bedingten, stellen rein subjektive Beweggründe dar, die unbeachtlich seien.

### 2 Beurteilung des angeordneten Rückbaus

#### A Allgemeine rechtliche Vorgaben in Bezug auf die Wiederherstellung

Nach Art. 130 Abs. 2 BauG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder die Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Kann eine bereits erstellte Baute oder Anlage wegen materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden, ist sie grundsätzlich zu beseitigen. Bei der Anordnung des Abbruchs sind allerdings die allgemeinen verfassungsmässigen Grundsätze für das Verwaltungshandeln zu beachten, zu denen das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit gehören (Art. 5 Abs. 2 BV). Die Abbruch- bzw. Beseitigungsverfügung darf namentlich den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzen. Dieser Grundsatz besagt, dass eine Abbruch- bzw. Beseitigungsverfügung nur erlassen werden darf, wenn diese Massnahme bei objektiver Betrachtungsweise als das einzig geeignete Mittel erscheint, um einen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Sie hat zu unterbleiben, wenn die Abweichung von den Vorschriften nur geringfügig ist und die berührten Interessen den Schaden, der dem Eigentümer bzw. dem Verpflichteten durch den Abbruch bzw. die Beseitigung erwachsen würde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann sich auch der Bauherr, der nicht gutgläubig gehandelt hat, auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Er



muss indessen in Kauf nehmen, dass die Behörde aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimisst und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigt.

## B Umfang der Begründungspflicht

Die Begründungspflicht wird als Ausfluss des rechtlichen Gehörs betrachtet. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde seinem Antrag nicht oder nur teilweise entsprochen hat (Art. 24 Abs. 1 Bst. a VRP). Allgemeine Regeln, denen eine Begründung zu genügen hat, gibt es nicht. Die Anforderungen sind vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls sowie der Interessen der Betroffenen festzulegen. Für das erstinstanzliche Verfahren stellt das Bundesgericht keine allzu hohen Anforderungen an die Begründungspflicht. Diese gebietet aber, dass die entscheidende Instanz wenigstens kurz die Überlegungen nennt, von denen sie sich leiten liess und auf welche sich der Entscheid stützt. Es genügt, wenn aus dem Gesamtzusammenhang der Begründung hervorgeht, weshalb ein Begehren abgewiesen wird, und wenn es dem Betroffenen möglich ist, den Entscheid sachgerecht anzufechten. An die Erwägungen der Rekurs- und Beschwerdeinstanz dagegen sind höhere Anforderungen zu stellen. Hier ist zu verlangen, dass nicht nur die für den Entscheid massgeblichen Gründe genannt werden. Die Beteiligten haben darüber hinaus grundsätzlich Anspruch darauf, dass zu den im Verfahren gemachten Vorbringen Stellung genommen wird. Mit generellen Verweisen auf die Ausführungen der Vorinstanz sollen sich die Rekurs- und Beschwerdeinstanz nicht begnügen. Ungenügend begründete Entscheide sind grundsätzlich aufzuheben, es sei denn, dem Betroffenen erwachse aus der mangelhaften Begründung kein Nachteil, indem dieser seine Rechte im Rechtsmittelverfahren voll wahrnehmen kann.

## C Schlussfolgerungen des Baudepartementes

Das Baudepartement hielt zunächst fest, dass der Gemeinderat den Abbruch vorwiegend mit Verweis auf die massgebliche Bestimmung von Art. 130 Abs. 2 BauG und allgemeinen Erwägungen verfügt habe, ohne jedoch konkret die Verhältnismässigkeit der von ihm verfügten Rückbaumassnahmen im Einzelnen zu prüfen. Vielmehr habe er für sämtliche, in der Verfügung des AREG einzeln aufgeführten, nicht bewilligten baulichen Massnahmen ohne weitere Prüfung die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verfügt. Zwar habe er zusätzlich die raumplanungsrechtliche Verfügung des AREG zum integrierenden Bestandteil seines eigenen kommunalen Entscheids erklärt und sich damit implizit der Meinung des AREG, wel-



ches in seinen Erwägungen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als zwingend notwendig erachtete, angeschlossen. Das allein genüge aber nicht, da die Vorinstanz weder im angefochtenen Entscheid noch in ihrer Rekursvernehmlassung begründe, weshalb der Rückbau verhältnismässig sein solle.

Zudem fehlten Abklärungen zu den entgegenstehenden privaten Interessen, aber auch zu den Fragen, ob der vollständige Abbruch die einzige geeignete Massnahme darstelle, um den aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben, oder ob nicht auch weniger weitgehende Massnahmen genügten. Und, falls ja, welche Bauteile dann konkret entfernt werden müssten. Letzterer Umstand sei gerade in Fällen wie vorliegend von Bedeutung, müsse doch im Rahmen der Bauabnahme geprüft werden können, ob die Wiederherstellungsverfügung vollumfänglich umgesetzt worden sei. Umgekehrt treffe die Rekurrenten aber auch eine Mitwirkungspflicht, indem sie mögliche Rückbaumassnahmen aufzeigten.

Entsprechend hiess das Baudepartement den Rekurs teilweise gut, hob den Entscheid des Gemeinderates hinsichtlich der verfügten Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf und wies die Streitsache zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur Neu Beurteilung im Sinn der Erwägungen an diesen zurück.

#### Weitere Hinweise

BGE 132 II 39 Erw. 6.4

BGE 123 II 248 Erw. 4a

BGE 108 IA 216 Erw. 4b

Urteil des Bundesgerichtes 1P.708/710/2006 vom 13. April 2007, Erw. 5.1

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, N 1053 ff

Baudepartement St.Gallen, Juristische Mitteilungen 1998/II/5; 2003/II/14; 2007/III/27; 2013/II/8



## 9

### Ausstand des Gemeinderats

#### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 12/2015 vom 16. Februar 2015

*Gemeinderäte, die beim Entscheid über eine Baubewilligung schon als Mitglied in der erstinstanzlichen Baubewilligungskommission mitgewirkt haben, haben beim Rekursentscheid des Gemeinderates gegen den Entscheid der Baubewilligungskommission in den Ausstand zu treten. Für die Einhaltung des notwendigen Quorums für die Beschlussfähigkeit des Gemeinderates dürfen sie nicht mitgezählt werden. Ist ein Gemeinderat infolge zwingend einzuhaltender Ausstandspflichten nicht beschlussfähig, kann die Gemeinde beim dafür zuständigen Departement des Innern die Einsetzung einer Ersatzverwaltung beantragen.*

#### Einleitung

Der Gemeindepräsident A. stellte als Privater ein Gesuch um Erteilung einer Baubewilligung für den Bau eines Mehrfamilienhauses. Das Bauprojekt wurde vom Architekturbüro Y. erarbeitet. B., ebenfalls Gemeinderat, ist Mitinhaber des genannten Architekturbüros und zugleich Vater des für die Projekterarbeitung zuständigen Architekten.

Während der Auflagefrist erhob ein Nachbar Einsprache gegen das Bauprojekt. Die Baubewilligungskommission wies die Einsprache ab erteilte gleichentags die Baubewilligung. Die Gemeinderäte D. und E. waren Mitglieder der entscheidenden Baubewilligungskommission. Gegen den Einspracheentscheid und die Erteilung der Baubewilligung erhob der Nachbar Rekurs beim zuständigen Gemeinderat und beanstandete, dass neben dem Gemeindepräsidenten A. und dem Gemeinderat B. auch die beiden in der Baukommission amtierenden Gemeinderäte D. und E. in den Ausstand zu treten hätten.

Nachdem die Gemeindebehörde sich beim Departement des Innern betreffend Beschlussfähigkeit des Gemeinderates erkundigt hatte, entschied der Gemeinderat – im Ausstand des Gemeindepräsidenten A. und des Gemeinderates B. –, dass die Gemeinderäte D. und E. bei der Beschlussfassung nicht mitstimmen und der Rekurs vollumfänglich abgewiesen wird.



Dagegen gelangte der Nachbar mit Rekurs ans Baudepartement und verlangte, der angefochtene Beschluss sei wegen Verletzung der Ausstandspflichten nichtig zu erklären.

## Erwägungen

### 1 Prüfung der Ausstandspflicht

#### A Gesetzliche Grundlagen

##### a *Bundesrechtliche Grundlagen*

Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird.

Für nichtgerichtliche Behörden kommen Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zur Anwendung. Hingegen gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung; das Gebot der Unbefangenheit bildet einen Teilgehalt dieses Grundrechts.

##### b *Kantonalrechtliche Grundlagen*

Nach Art. 7 Abs. 1 VRP haben Behördenmitglieder sowie öffentliche Angestellte und amtlich bestellte Sachverständige von sich aus in Ausstand zu treten:

- wenn sie selbst, ihre Verlobten oder Ehegatten, ihre eingetragenen Partner, ihre Verwandten und Verschwägerten bis und mit dem dritten Grad, ihre Adoptiv-, Pflege- oder Stiefeltern oder ihre Adoptiv-, Pflege- oder Stiefkinder, der eingetragene Partner eines Elternteils oder die Kinder des eingetragenen Partners an der Angelegenheit persönlich beteiligt sind. Der Ausstandsgrund der Verschwägerung besteht nach Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft fort (Bst. a);
- wenn sie Vertreter, Beauftragte, Angestellte oder Organe einer an der Angelegenheit beteiligten Person sind oder in der Sache Auftrag erteilt haben (Bst. b);
- wenn sie aus anderen Gründen befangen erscheinen (Bst. c).



Behördenmitglieder, die in einer Streitsache bereits bei einer Vorinstanz mitgewirkt haben, sind nicht stimmberechtigt (Art. 7 Abs. 2 VRP).

## B Bundesgerichtliche Rechtsprechung

### a *Ausstand von gerichtlichen Behörden*

Der Anspruch nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist verletzt, wenn bei einer Gerichtsperson – objektiv betrachtet – Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person oder in äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Mit anderen Worten muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (BGE 133 I 1 Erw. 6.2 mit Hinweisen). Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr offen erscheinen lassen.

Das Bundesgericht hat zur Beurteilung, ob eine vorbefasste Person im konkreten Fall in den Ausstand treten muss, Kriterien entwickelt. So fällt etwa in Betracht, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu beachten ist ferner der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den beiden Abschnitten stellenden Rechtsfragen. Massgebend ist schliesslich, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat.

### b *Ausstand von Behördenmitgliedern und Verwaltungsbeamten*

Im Kern der Garantie der Unbefangenheit steht für Richter wie Verwaltungsbeamte, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben. Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit können allerdings nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden. Gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger



richterlicher Instanzen geführt. Bei Exekutivbehörden ist dabei zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer Aufgaben einhergeht. Regierungsbehörden sind aufgrund ihres Amtes, anders als ein Gericht, nicht allein zur (neutralen) Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen. Sie tragen zugleich eine besondere Verantwortung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Liegt die amtliche Mehrfachbefassung damit im öffentlichen Interesse und ist sie in diesem Sinn systembedingt, so liegt nicht bereits darin eine unzulässige Vorbefassung. Ob eine systembedingt vorberefasste Amtsperson tatsächlich voreingenommen erscheint, entscheidet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls.

Auch jede Äusserung einer Amtsperson im Vorfeld eines förmlichen Verfahrens hat den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) zu wahren. So muss der Verwaltungsentscheid nach wie vor in einem Prozess erfolgen, der eine ungestörte und ausgewogene Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen ermöglicht. Beim informell-kooperativen Verwaltungshandeln ist die Gefahr besonders gross, dass die Interessen unbeteiligter Dritter oder der Allgemeinheit nicht angemessen berücksichtigt werden. Hat sich ein Privater mit der Verwaltung vor Einleitung des förmlichen Verfahrens über die wesentlichen Inhalte eines Vorhabens informell abgesprochen, wird sich die Behörde beim anschliessenden Entscheid – wenn auch nicht rechtlich, so doch faktisch – in der Regel an die Absprache gebunden fühlen. Bereits in einer solchen Situation haben die unbeteiligten Dritten, wie etwa die Einsprecher, regelmässig berechtigten Anlass zu befürchten, dass die vorberefasste Behörde nicht mehr imstande ist, die Einwände gegenüber dem Vorhaben mit hinreichender Offenheit und Unabhängigkeit zu prüfen. Amtspersonen haben sich bei informellen Äusserungen im Vorfeld eines Verfahrens somit eine besondere Zurückhaltung aufzuerlegen; die Stellungnahme darf in keiner Weise den Anschein erwecken, dass sich die vorberefasste Person in Bezug auf das anstehende Verfahren bereits festgelegt hat.

## C Beurteilung durch das Baudepartement

### a *Anwendung der für Gerichtsbehörden entwickelten Grundsätze*

Das Baudepartement stellte unter Würdigung vorstehend dargelegter Grundsätze zunächst fest, dass die Zulässigkeit der Vorbefassung der beiden Gemeinderäte D. und E. sinngemäss nach den gleichen Kriterien zu beurteilen sei, wie sie das Bundesgericht für die Gerichtsverfahren entwickelt habe. Dies weil sich die beiden Gemeinderäte D. und E. nicht nur informell im Vorfeld eines Baubewilligungsverfahrens geäussert hätten. Die beiden seien vielmehr Mitglieder der Baukommission gewesen, die erstinstanzlich



über die Bewilligungsfähigkeit des umstrittenen Baugesuchs zu befinden gehabt habe. Ihnen sei deshalb vorliegend nicht nur eine beratende Funktion zuhanden des Gemeinderates zugekommen.

*b Anwendung des bundesgerichtlichen Referentensystems*

Das Baudepartement erwog in der Folge, dass demnach insbesondere ins Gewicht falle, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen habe. Das Bundesgericht habe dieses Beurteilungskriterium zuletzt im Zusammenhang mit dem sogenannten Referentensystem fortentwickelt. Dieses zeichne sich dadurch aus, dass sich ein Richter als Referent über die prozessualen und materiellen Fragen einer Streitsache eine erste Meinung bilde und zusammen mit einem Antrag dem Spruchkörper vortrage. Das Referentensystem halte nach Auffassung des Bundesgerichtes dann vor der Verfassung stand, wenn der Ausgang des Verfahrens für die Betroffenen erkennbar nach wie vor offen erscheine. So sei etwa zulässig, wenn der Referent den Rechtsuchenden im Fall einer Anschlussberufung darauf aufmerksam mache, dass der Rechtsmittelentscheid auch zu seinen Ungunsten ausfallen könne. Dem Anschein der Voreingenommenheit könne sich der Referent hingegen dann aussetzen, wenn er auf die rechtsuchende Person zugehe, um ihr seine Einschätzung der Prozessaussichten kundzutun und sie entsprechend zum Rückzug des Rechtsmittels zu bewegen. Bei abstrakter Betrachtung bestehe der entscheidende Unterschied zwischen zulässiger und unzulässiger Vorbefassung darin, ob die vorbefasste Person erst ihre vorläufige Einschätzung zur Streitsache zum Ausdruck bringe – oder aber der Eindruck entstehe, sie habe sich über den Ausgang des Verfahrens bereits eine feste Meinung gebildet.

*c Vorbefassung von Behördenmitgliedern in Bau- und Planungssachen*

Ausgehend von diesen für Gerichtsverfahren entwickelten Grundsätzen – so das Baudepartment weiter – sei für Bau- und Planungssachen zu unterscheiden zwischen der unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Fragen, der Beantwortung konkreter Fragen, der eigentlichen Beratung der Bauherrschaft und dem verbindlichen Vorentscheid.

Bei der unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen bestehe in der Regel keine Gefahr der späteren Befangenheit. In diesem Sinn habe das Bundesgericht bei einer generellen Auskunft des Gemeinderates über die grundsätzliche Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens eine unzulässige Vorbefassung im Hinblick auf den anschliessenden Baubewilligungsentcheid verneint. Dagegen könne bei einer umfangreichen und detaillierten Beantwortung konkreter, projektbezogener Fragen die Gefahr einer Vorbestimmung des anschliessenden Verfahrens bestehen. Dementsprechend habe das Bundesgericht im Urteil 1C.150/2009 vom 8. September 2009 die



Befangenheit der Baukommission, die im Hinblick auf das anstehende Baubewilligungsverfahren zu einem Bauvorhaben konkret Stellung genommen habe, bejaht. Für das Bundesgericht sei unter anderem ins Gewicht gefallen, dass sich die Baukommission in ihrer Stellungnahme umfassend und detailliert zu zentralen Punkten des Baubewilligungsverfahrens geäussert habe. Das Projekt sei zudem aufgrund von Anregungen der Baukommission im Hinblick auf die Baubewilligung leicht abgeändert worden; insofern habe die Kommission praktisch als Beraterin fungiert. Unter diesen Umständen habe für die Einsprecher der Eindruck entstehen können, die Baukommission habe sich zum Vorhaben bereits eine feste Meinung gebildet und werde sich im Baubewilligungsverfahren – ungeachtet der Einsprachen – nicht mehr umstimmen lassen. Die Begleitung durch die Behörden dürfe mithin nicht so weit gehen, die Bauherrschaft bei ihrer Ausarbeitung des Sondernutzungsplans oder Baugesuchs in detaillierter Weise zu beraten oder ihr vor Berücksichtigung allfälliger Drittinteressen darüber hinaus die verbindliche Zusage zu machen, das Vorhaben in einer bestimmten Form bewilligen zu können.

#### *d Zwischenfazit*

Das Baudepartement kam zum Ergebnis, dass die Gemeinderäte D. und E. schon wegen ihrer vorinstanzlichen Mitwirkung in der Baukommission als befangen zu betrachten seien und dementsprechend – unabhängig der kantonalrechtlichen Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 VRP – im kommunalen Rekursverfahren in den Ausstand hätten treten müssen. Denn vorliegend falle ins Gewicht, dass die Baukommission nicht nur im Hinblick auf ein anstehendes Baubewilligungsverfahren zu einem Bauvorhaben Stellung genommen und sich umfassend und detailliert zu zentralen Punkten des Baugesuchs geäussert habe. Die Baukommission sei im Vorfeld der Bewilligungserteilung nicht nur beratend tätig (bspw. zuhanden des Gemeinderates), was nach dem oben Ausgeführten aber allein schon ausreichen könnte, die Befangenheit ihrer Behördenmitglieder im Baubewilligungsverfahren anzunehmen. Vorliegend sei die Baukommission sogar die in Bausachen erstinstanzlich zuständige Bewilligungsbehörde, womit unweigerlich und zu Recht der Eindruck entstehe, die Baukommissionsmitglieder hätten sich mit der Bewilligungserteilung bereits eine feste Meinung gebildet und sie würden sich im folgenden Rechtsmittelverfahren, in welchem sie Mitglied der Rekursinstanz seien und damit eine Doppelfunktion bekleideten – ungeachtet der Vorbringen in den Rechtsschriften – nicht mehr umstimmen und von ihrem zuvor gefällten Entscheid abbringen lassen. Eine Amtsperson, die in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion dieselbe Frage in derselben Angelegenheit tatsächlich zu beurteilen habe, sei stets in unzulässiger Weise vorbefasst.



## 2 Beschlussfähigkeit des Gemeinderats

Das Baudepartement verwies zunächst auf Art. 22 Abs. 2 erster Satz VRP, welcher vorsehe, dass zur gültigen Beschlussfassung von Kollegialbehörden die Zustimmung der Mehrheit der Anwesenden erforderlich sei. Es führte weiter aus, Vorinstanz und Departement des Innern seien aufgrund des Wortlauts der Bestimmung davon ausgegangen, dass selbst nach Art. 7 Abs. 2 VRP nicht stimmberechtigte Mitglieder einer Kollegialbehörde (wegen ihrer blossen Anwesenheit) bei der Ermittlung des für die gültige Beschlussfassung erforderlichen Quorums mitgezählt werden könnten. Entsprechend hätten im vorliegenden Fall von fünf gesamthaft anwesenden Gemeinderatsmitgliedern zwei über kein Stimmrecht nach Art. 7 Abs. 2 VRP verfügt. Würden diese zwei nicht Stimmberechtigten tatsächlich als Anwesende im Sinn von Art. 22 Abs. 1 VRP betrachtet – was vorliegend geschehen sei –, wäre die Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderates anwesend und der Spruchkörper damit beschlussfähig gewesen. Zählten die beiden nicht Stimmberechtigten hingegen nicht als anwesend, wie das die Rekurrenten verlangten, verblieben nur mehr drei Ratsmitglieder, weshalb der vorliegend aus sieben Mitgliedern bestehende Gemeinderat nicht beschlussfähig gewesen wäre. Selbst wenn man noch die Anwesenheit vorbefasster Behördenmitglieder im anschliessenden Rechtsmittelverfahren und deren Teilnahme an den Beratungen (ohne Stimmrecht) zulassen wollte – wie das der kantonale Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 VRP vorsehe, aber nach dem oben Ausgeführten bereits äusserst fragwürdig sei – dürften solche Mitglieder nicht bei der Ermittlung des für die Beschlussfassung erforderlichen Quorums mitberücksichtigt werden. Würden vorbefasste und deshalb nach Art. 7 Abs. 2 VRP ausdrücklich nicht direkt stimmberechtigte Behördenmitglieder als anwesend im Sinn von Art. 22 Abs. 1 und 2 VRP betrachtet, würden sie dadurch bei der Stimmabgabe der anderen indirekt doch wieder berücksichtigt, weil sie das für die Beschlussfassung massgebliche Quorum beeinflussten. Eine solche Auslegung von Art. 7 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 und 2 VRP sei unzulässig, weil sie den vom Bundesgericht entwickelten Kriterien zur Frage der Vorbefassung nicht gerecht werde. Die Gemeinderäte D. und E. seien folglich nicht nur wegen ihrer vorinstanzlichen Mitwirkung als befangen zu betrachten; sie hätten auch bei der Ermittlung des für die Beschlussfassung massgeblichen Quorums nicht mitberücksichtigt werden dürfen.

### A Vorgehen bei mangelnder Beschlussfähigkeit des Spruchkörpers

Weil die Gemeinde im Rekursverfahren auch beantragte, das Baudepartement solle – falls es zur Überzeugung gelange, der Gemeinderat sei bei der Behandlung des Rekurses nicht beschlussfähig gewesen – an dessen Stelle kommissarisch in der Sache entscheiden, äusserte sich das Baudepartement auch dazu.



## B Gesetzliche Grundlagen

Nach Art. 156 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2; abgekürzt GG) sind Aufsichtsbehörden die Regierung (Bst. a), das zuständige Departement (Bst. b) sowie weitere Behörden nach Massgabe der Gesetzgebung (Bst. c). Nach Art. 159 Abs. 1 GG trifft das zuständige Departement angemessene Massnahmen zur Wiederherstellung oder Sicherung der gesetzlichen Ordnung. Nach Art. 159 Abs. 2 GG kann es insbesondere:

- anstelle eines Gemeindeorgans handeln (Bst. a);
- Ersatzvornahmen anordnen (Bst. b);
- Reglemente erlassen (Bst. c);
- Jahresrechnung, Voranschlag und Steuerfuss beschliessen (Bst. d);
- im öffentlichen Interesse Aufgaben einer Gemeinde an eine andere Gemeinde übertragen, wenn keine Vereinbarung zustande gekommen ist (Bst. e);
- eine Ersatzverwaltung einsetzen, wenn (Bst. f):
- die oberste Verwaltungsbehörde der Gemeinde im Einzelfall nicht beschlussfähig ist (Ziff. 1);
- (...)

Nach Art. 22 Bst. c des Geschäftsreglementes der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3) fällt die Aufsicht über die politischen Gemeinden in den Geschäftsbereich des Departementes des Innern.

## C Beurteilung durch das Baudepartement

Entgegen dem Antrag des Gemeinderates sei es vorliegend nicht Aufgabe des Baudepartementes, anstelle des Gemeinderates über den Rekurs gegen die Verfügung der Baukommission zu entscheiden. Nachdem der Gemeinderat aufgrund der geschilderten Sachlage im vorliegenden Fall nicht beschlussfähig sei, habe er aber nach Art. 159 Abs. 2 Bst. f Ziff. 1 GG die Möglichkeit, einen Antrag an die zuständige Aufsichtsbehörde, mithin das Departement des Innern, zu stellen, damit ihm dieses für die Beschlussfassung über den Rekurs eine Ersatzverwaltung bestimme.



#### Weitere Hinweise

BGE 131 I 113 Erw. 3.4 mit Hinweisen

BGE 131 I 1 Erw. 6.2 mit Hinweisen

BGE 140 I 326 Erw. 5.1, 5.2, 6.2 und 6.3 je mit Hinweisen (zusammengefasst in: JuMi 2014/II/Nr. 7)

BGE 137 I 227 Erw. 2.6.2 ff. mit Hinweisen

Urteil des Bundesgerichtes 1C.278/2010 vom 31. Januar 2011 Erw. 2.2

Urteil des Bundesgerichtes 1C.100/2012 vom 16. Oktober 2012 Erw. 2.2

Urteil des Bundesgerichtes 1C.150/2009 vom 8. September 2009 (in ZBI 112/2011 S. 478 ff.)

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2005/228 vom 12. April 2002, Erw. 2c

B. Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich 2006, S. 163 ff. und S. 168