



## Juristische Mitteilungen 2017 / II

### Inhalt

#### Neues Recht

- 1 Handbuch zum Planungs- und Baugesetz 2

#### Baurecht

- 2 Keine Bestandesgarantie formell und materiell rechtswidriger Bauten 3
- 3 Alterswohnungen sind in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zulässig 12
- 4 Berücksichtigung einer Überdachung über einem als Terrasse genutzten Flachdachanbau bei der für Anbauten vorgeschriebenen Gebäude- und Firsthöhe 17

#### Öffentliches Beschaffungsrecht

- 5 Freihändige IT-Vergabe über dem massgeblichen Schwellenwert 20

#### Verwaltungsverfahrensrecht

- 6 Privatrechtliche Einsprachen nach Art. 684 und 685 ZGB 24

### 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

## Handbuch zum Planungs- und Baugesetz

Zeitgleich mit dem Inkrafttreten des Planungs- und Baugesetzes (PBG) am 1. Oktober 2017 wird unter [www.baugesetz.sg.ch](http://www.baugesetz.sg.ch) das von der Rechtsabteilung des Baudepartementes erstellte Handbuch zum PBG aufgeschaltet. Dieses enthält im Sinn eines Arbeitsinstruments für jeden Artikel Ausführungen aus der Botschaft der Regierung sowie aus der parlamentarischen Beratung.

Auf [www.baugesetz.sg.ch](http://www.baugesetz.sg.ch) befinden sich auch weitere Dokumente zum PBG, wie z.B. die Erläuterungen zur Verordnung zum PBG oder das Kreisschreiben zum Übergangsrecht. Zu einem späteren Zeitpunkt ist vorgesehen, das Handbuch mit weiterführenden Bemerkungen und Hinweisen der Rechtsabteilung anzureichern und auf die Rechtsprechung hinzuweisen.



## 2

### Keine Bestandesgarantie formell und materiell rechtswidriger Bauten

#### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 37/2015 vom 18. Juni 2015

*Von der Gemeinde erteilte Ausnahmewilligungen für zonenwidrige Bauten ausserhalb der Bauzone, die den kantonalen Behörden nicht zur Zustimmung vorgelegt wurden und denen auch nachträglich die Zustimmung nicht erteilt wird, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund eines schwerwiegenden Mangels nichtig. Aufgrund solcher nichtiger Ausnahmewilligungen erstellte Bauten sind formell und materiell rechtswidrig und geniessen keine Bestandesgarantie.*

#### Einleitung

X. ist Eigentümer eines in der Landwirtschaftszone gelegenen Grundstücks, das mit einem Wohnhaus, einer Garage und einer Remise überbaut ist. Auf dem Grundstück wurden in den vergangenen Jahrzehnten verschiedene bauliche Massnahmen realisiert. Am 6. Februar 1973 bewilligte der Gemeinderat – ohne die kantonale Zustimmung einzuholen – einen Anbau mit einer Brutto-Nebenfläche von 183 m<sup>2</sup> an der Ostseite der Remise. Am 6. Januar 1976 erteilte der Gemeinderat – wiederum ohne eine kantonale Zustimmung einzuholen – die Baubewilligung für einen Umbau mit Erweiterung des Wohnhauses. Am 10. Oktober 1977 erteilte der Gemeinderat – ohne eine kantonale Zustimmung einzuholen – die Baubewilligung für den Neubau einer Garage sowie eines Anbaus an die Remise.

Am 29. Mai 2006 stellte X. ein nachträgliches Baugesuch für den Umbau des nordöstlichen Bereichs des Wohnhaus-Erdgeschosses in eine "Wellness-Quelle" sowie für die Abparzellierung des Grundstücks. Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) verweigerte die Zustimmung zu diesem Vorhaben. Es stellte fest, das Wohnhaus sei vor dem 1. Juli 1972 nicht mehr landwirtschaftlich genutzt worden und es sei formell und materiell rechtswidrig. Ebenso seien die Remise und die Garage formell und materiell rechtswidrig. In der Folge verweigerte der Gemeinderat unter Hinweis auf die Teilverfügung des AREG die nachträgliche Bewilligung für die Umnutzung und den Umbau der Räume im Erdgeschoss des Wohnhauses in eine



"Wellness-Quelle" und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Gegen diesen Entscheid erhob X. zuerst Rekurs beim Baudepartement und anschliessend Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Beide Instanzen bestätigten, die nachträgliche Erteilung einer Ausnahmegewilligung sei zu Recht verweigert und die Wiederherstellung des früheren Zustands zu Recht verfügt worden.

Am 19. November 2010 reichte X. ein Baugesuch für den Ersatz des Wellblech-Dachs der westlichen Dachhälfte der Remise durch ein neues Blechdach ein. Während der öffentlichen Auflage des Baugesuchs gingen keine Einsprachen ein. Das AREG stimmte dem Bauvorhaben mit raumplanungsrechtlicher Teilverfügung vom 24. April 2013 zu und stellte zudem fest, dass die Baubewilligung des Gemeinderates vom 6. Februar 1973 und 10. Oktober 1977 für die Erweiterungen der Remise in formelle Rechtskraft erwachsen sind. Mit Beschluss vom 27. Mai 2013 erteilte die Baukommission unter Hinweis auf die kantonale Beurteilung die Bewilligung für die Dachsanierung der Remise über der LKW-Garage und Werkstatt.

Am 5. Oktober 2013 reichte X. ein neues Baugesuch ein, das den teilweisen Abbruch der LKW-Garage und der Werkstatt zum Gegenstand hatte. Während der öffentlichen Auflage erhob Z. Einsprache. Am 20. Dezember 2013 fanden ein Augenschein und eine Einspracheverhandlung statt. Im Nachgang bat Z. mit E-Mail vom 29. Januar 2014 und mit Schreiben vom 13. Februar 2014 um Zustellung der Unterlagen betreffend LKW-Garage und Werkstatt. Die verlangten Unterlagen (darunter auch die raumplanungsrechtliche Teilverfügung des AREG vom 24. April 2013 und die Baubewilligung der Baukommission vom 27. Mai 2013) wurden Z. mit Schreiben vom 13. März 2014 (eingegangen am 17. März 2014) zugestellt.

Am 31. März 2014 erhob Z. Rekurs beim Baudepartement gegen die Baubewilligung der Baukommission vom 27. Mai 2013 und beantragte deren Aufhebung, soweit festgestellt werde, dass die Baubewilligungen des Gemeinderates vom 6. Februar 1973 und 10. Oktober 1977 für die Erweiterung der Remise in formelle Rechtskraft erwachsen seien. Als Begründung wird angeführt, das AREG habe bei der Beurteilung des Baugesuchs betreffend Dachsanierung der Remise vorab geprüft, ob die Remise rechtmässig erstellt worden sei, obschon diese Frage bereits rechtskräftig beurteilt worden sei.



## Erwägungen

### 1 Prüfung der Eintretensvoraussetzungen

#### A Gesetzliche Grundlagen

Nach Art. 82 Abs. 3 BauG sind Baugesuch und Unterlagen während vierzehn Tagen zur Einsicht aufzulegen. Grundeigentümern, deren Grundstück nicht mehr als 30 Meter von der geplanten Baute oder Anlage entfernt liegt, ist vom Baugesuch zudem mit eingeschriebenem Brief Kenntnis zu geben (Art. 82 Abs. 1 und 2 BauG). Die Auflage eines Baugesuchs ist überdies auch den Organisationen des Natur- und Heimatschutzes im Sinn von Art. 12 Abs. 1 NHG durch schriftliche Mitteilung oder Veröffentlichung im kantonalen Publikationsorgan zu eröffnen (Art. 12b Abs. 1 NHG). Mit der individuellen Anzeige soll wie mit der öffentlichen Auflage gewährleistet werden, dass Dritte von ihrem Einspracherecht Gebrauch machen können; beides dient somit dem verfassungsmässigen Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 BV dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Dazu gehört auch, dass sie über den Gegenstand eines Baugesuchs derart informiert wird, dass sie anhand der Mitteilung zumindest grob beurteilen kann, inwieweit das Bauvorhaben ihre tatsächlichen oder rechtlichen Interessen berühren könnte. Für die nach Art. 12 NHG beschwerdeberechtigten Organisationen bedeutet dies, dass sie aufgrund der Bauanzeige in die Lage versetzt werden müssen, zu entscheiden, ob die von ihr verfolgten ideellen Zwecke durch das Bauvorhaben berührt sein könnten und daher weitere Abklärungen notwendig sind, damit über eine allfällige Einspracheerhebung entschieden werden kann.



## B Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung liegt in der Verletzung der Anzeige- und Mitteilungspflicht gegenüber Betroffenen bei 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. Die mangelhafte Eröffnung bzw. Publizierung und Anzeige darf die Einsprache- und Rekursmöglichkeit des übergangenen Adressaten aber auch nicht beeinträchtigen. Für den Übergangenen beginnt die Beschwerdefrist deshalb vorläufig nicht zu laufen, so dass die Verfügung auch nicht in formelle Rechtskraft erwächst. Dritte, die – wie beispielsweise vorliegend durch die falsche Bezeichnung der Bauanzeige – 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.

## C Beurteilung durch das Baudepartement

Das Baudepartement erwog, im vorliegenden Fall sei unbestritten, dass sich die Rekurrentin nicht am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt habe. Die Vorinstanz habe ihr zwar die Bauanzeige vorschriftsgemäss zugestellt, darin das Bauvorhaben aber als „Dachsanierung LKW-Garage und Werkstatt“ bezeichnet. Aus der Bauanzeige sei folglich nicht ersichtlich gewesen, dass es nebst der erwähnten Dachsanierung auch darum ging, in formeller Hinsicht nachträglich die Bewilligung für die in den 70er-Jahren ausgeführten Erweiterungen zu erteilen. Die Formulierung in der Bauanzeige habe es der Rekursgegnerin somit nicht erlaubt, den eigentlichen Gegenstand des Baugesuchs zu erkennen. Vielmehr habe die Rekurrentin im Rahmen der öffentlichen Auflage des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens betreffend „Teilabbruch Gewerbehalle, Therapieräume im Wohnhaus: Umbau/Umnutzung“ fristgerecht Einsprache erhoben und darauf hingewiesen, dass der Nachweis für eine ununterbrochene und rechtmässige gewerbliche Nutzung fehle. Die Rechtsmittelfrist habe daher erst mit Zustellung der entscheidungsrelevanten Unterlagen am 17. März 2014 zu laufen begonnen und sei mit dem am 31. März 2014 erhobenen Rekurs eingehalten. Auf den Rekurs sei demnach einzutreten.



## 2 Materielle Beurteilung

### A Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

#### a *Argumente der Rekurrentin*

Die Rekurrentin rügt, das AREG habe bei der Beurteilung des Baugesuchs betreffend Dachsanierung der Remise geprüft, ob diese rechtmässig erstellt worden sei, obschon diese Frage bereits rechtskräftig beurteilt worden war.

#### b *Argumente des Rekursgegners*

Der Rekursgegner wendet dagegen ein, nachdem der gewerbliche Vorbestand der Remise im Urteil des Verwaltungsgerichtes bestätigt worden sei, spräche nichts gegen die nachgesuchte Dachsanierung. Unzutreffend sei die Behauptung, wonach die Rechtmässigkeit der Remise bereits rechtskräftig entschieden worden sein soll. Für das Verwaltungsgericht sei klar, dass die Remise bereits vor Mitte 1972 erstellt worden sei. Es gehe vorliegend auch nicht um eine Wiedererwägung oder Revision des verwaltungsgerichtlichen Urteils. Vielmehr gehe es um eine Präzisierung der konkreten Umstände, zumal die Remise im betreffenden Verfahren vor Verwaltungsgericht keine zentrale Bedeutung gehabt habe.

#### c *Stellungnahme des AREG*

Das AREG stellt sich dagegen auf den Standpunkt, in der raumplanungsrechtlichen Teilverfügung vom 17. Juli 2007 sei nicht geprüft worden, ob die aufgrund der in GVP 1979 Nr. 52 wiedergegebenen damaligen Praxis des Regierungsrates von der Gemeinde erteilten Baubewilligungen aus den siebziger Jahren zumindest formell rechtmässig hätten beurteilt werden können. Indem das AREG damals die Zustimmung verweigerte, habe es Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit der Baubewilligungen angenommen. Eine Zustimmung habe damals bereits deshalb nicht erteilt werden können, da die entsprechenden Bestimmungen der alten Gewässerschutzgesetzgebung zwischenzeitlich aufgehoben und von denjenigen des Raumplanungsrechts abgelöst worden seien. Aufgrund dessen bleibe die Teilverfügung des AREG vom 17. Juli 2007 zumindest in Bezug auf die streitigen gemeinderätlichen Bewilligungen vom 6. Februar 1973 und 10. Oktober 1977 ohne Wirkung. Daran ändere nichts, dass die Rechtsmittelinstanzen später in ihrem Entscheid bzw. Urteil die vom AREG gewählte Terminologie auch bezüglich Nichtigkeit unbesehen übernommen hätten. Die Feststellung der formellen Rechtmässigkeit der Baubewilligungen des Gemeinderates von 1973 und 1977 bilde die Grundlage der Annahme einer Bestandesgarantie zusammen mit Art. 37a RPG, die eine Dachsanierung ohne zusätzliche wesentliche



Verstärkung des rechtswidrigen Zustandes im Sinn von Art. 77bis Abs. 2 BauG ermöglichen solle.

B Beurteilung durch das Baudepartement

a *Rechtskräftig festgestellte formelle und materielle Rechtswidrigkeit der Remise*

Das Baudepartement hielt fest, mit raumplanungsrechtlicher Teilverfügung vom 17. Juli 2007 habe das AREG festgehalten, dass ausgehend von einem Flächenvorbestand am Stichtag (1. Juli 1972) von 322 m<sup>2</sup> aBGF und 342 m<sup>2</sup> BNF, die Erweiterung der Remise (183 m<sup>2</sup> BNF bzw. 53 %) sowie die zweite Wohneinheit im Erd- und Obergeschoss (112 m<sup>2</sup> aBGF bzw. 34 % und 84 m<sup>2</sup> BNF bzw. 24 %) sowie der Neubau der Garage (69 m<sup>2</sup> BNF bzw. 209 %) bereits nach damals geltendem Recht nicht mehr als geringfügige Erweiterungen bezeichnet werden konnten und deshalb nicht bewilligungsfähig gewesen seien, weil sie die nach Art. 25 aGSchV (ohne den Nachweis der Standortgebundenheit) höchstzulässige Grenze von 25 Prozent bei weitem überschritten. Es verstehe sich von selbst und bedürfe deshalb keiner weiteren Ausführungen, dass für die in den Jahren 1973, 1976 und 1977 realisierten Wohnhauserweiterungen selbstverständlich auch kein sachlich begründetes Bedürfnis hätte geltend gemacht werden können. Der Gemeinderat habe damals also in rechtswidriger Weise Baubewilligungen erteilt, die sogar – mangels Zustimmung der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz – als nichtig zu betrachten seien. Eine nachträgliche Zustimmung zu diesen Bewilligungen komme nach heute geltendem Recht ebenfalls nicht in Frage, weil heute das gesamte Erweiterungspotenzial auf 30 Prozent oder maximal 100 m<sup>2</sup> beschränkt sei und die Bewilligungen aus den Jahren 1973, 1976 und 1977 diesen Rahmen bei Weitem sprengten. Für diese drei Baubewilligungen finde sich also weder nach altem noch nach neuem Recht eine Möglichkeit zur nachträglichen Zustimmung. Die Erweiterungen des Wohnhauses, die Erweiterung der Scheune sowie der Remise seien und blieben deshalb formell wie materiell rechtswidrig.

Die formelle und materielle Rechtswidrigkeit der Remise sowie die Verweigerung der nachträglichen Zustimmung zu den Baubewilligungen des Gemeinderates von 1973 und 1977 seien sowohl vom Baudepartement als auch vom Verwaltungsgericht bestätigt worden. Zwar habe das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid festgehalten, dass die ausschlaggebende Baute für eine gewerbliche Nutzung im Rahmen einer Transportunternehmung die Garage bzw. die Remise gewesen sei. Gleichzeitig habe es bestätigt, die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid korrekt festgestellt, dass das AREG die nachträgliche Zustimmung zu den Ausnahmbewilligungen vom 6. Februar 1973, 6. Januar 1976 und 10. Oktober 1977 zu Recht verweigert habe.



Damit sei rechtskräftig festgestellt worden, dass die Remise planungs- und baurechtswidrig sei. Für die Feststellung in der raumplanungsrechtlichen Teilverfügung des AREG vom 23. April 2014, wonach die Baubewilligungen des Gemeinderates vom 6. Februar 1973 und 10. Oktober 1977 in formelle Rechtskraft erwachsen seien, bleibe demnach kein Raum.

*b Nichtigkeit von Ausnahmegewilligungen, die ohne kantonale Zustimmung erteilt wurden*

Zu der vom AREG angenommenen Anfechtbarkeit der beiden Baubewilligungen sei festzuhalten, dass nach Art. 25 Abs. 2 RPG die zuständige kantonale Behörde bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen entscheidet, ob sie zonenkonform seien oder ob für sie eine Ausnahmegewilligung erteilt werden könne. Eine entsprechende Regelung enthalte auch das kantonale Baugesetz, indem vor Erteilung der Bewilligung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen die Anhörung der von der Regierung bezeichneten kantonalen Stelle gefordert werde. Diese habe zu prüfen, ob die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (vgl. Art. 87bis Abs. 1 BauG). Bewilligungen für Bauten und Anlagen, die dem Zweck der Nutzungszone nicht entsprechen, dürften nur mit Zustimmung der von der Regierung bezeichneten kantonalen Stelle erteilt werden (Art. 87bis Abs. 2 BauG).

Die kantonale Zustimmung sei mit anderen Worten Gültigkeitserfordernis; sie stelle ein unentbehrliches, konstitutiv wirkendes Element der Ausnahmegewilligung für zonenwidrige Bauten ausserhalb Bauzonen dar. Von der Gemeinde erteilte Ausnahmegewilligungen, die den kantonalen Behörden nicht zur Zustimmung vorgelegt wurden und denen auch nachträglich die Zustimmung nicht erteilt wird, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund eines schwerwiegenden Mangels nichtig.

Soweit das AREG die nachträgliche Zustimmung zu den von der Gemeinde erteilten Ausnahmegewilligungen vom 6. Februar 1973, 6. Januar 1976 und 10. Oktober 1977 zu Recht verweigert hat, entfalteten diese Bewilligungen also keine Rechtswirkungen. Diese Bewilligungen seien deshalb nichtig und die Bauten formell und materiell rechtswidrig.

Die Vorinstanz und das AREG hätten übersehen, dass die Frage der Rechtmässigkeit der Remise bereits rechtskräftig entschieden worden sei. Das AREG bzw. die Vorinstanz durften deshalb nicht neu über dieselbe Frage verfügen. Ein Rückkommen auf die Verfügung vom 17. Juli 2007 bzw. auf den verwaltungsgerichtlichen Entscheid betreffend formelle Rechtmässigkeit der Remise komme nur im Rahmen einer Wiedererwägung bzw. Revision in Betracht.



*c Keine Bestandesgarantie für formell und materiell rechtswidrige Bauten*

Zur bewilligten Dachsanierung der Remise sei anzumerken, dass die Remise aufgrund ihrer formellen und materiellen Rechtswidrigkeit nicht in ihrem Bestand geschützt sei. Art. 24c in Verbindung mit Art. 37a RPG finde folglich auf solche Objekte keine Anwendung. Es stellt sich häufig die Frage nach der möglichen Nutzung und den zulässigen Unterhaltmassnahmen an nicht bestandesgeschützten, aber auch nicht zurückzubauenden Gebäuden. Zweifellos dürften diese Massnahmen nicht gleich weit gehen, wie dies im Rahmen der Bestandesgarantie zulässig wäre. Mit anderen Worten würden bauliche Massnahmen, die im Rahmen der Bestandesgarantie noch als zulässig erachtet würden, das zulässige Mass zum Teil bereits überschreiten. Geringfügige Erhaltungs- und Reparaturmassnahmen (der „kleine Unterhalt“, wie bspw. Streichen der Wände, Erneuern einzelner Ziegel oder Bretter, usw.), die keinen umfassenden Ersatz oder eine vollständige Erneuerung einzelner Bauteile vorsehen, könnten gerade noch als zulässig erachtet werden. Dagegen wäre etwa der Ersatz des Heizungssystems, das Anbringen einer neuen Isolation, der Ersatz eines Garagentors oder der Einbau eines Fensters in einer nicht Bestandesgarantie geniessenden Baute nicht zulässig. Das bedeute für den vorliegenden Fall, dass an der rechtswidrigen Remise nicht nur keine baubewilligungspflichtigen Massnahmen, wozu auch die nachgesuchte Dachsanierung zählt, getroffen werden dürften, sondern daran nicht einmal der ordentliche Unterhalt zulässig sei.

**C Schlussfazit**

Das Baudepartement hiess den Rekurs gut und hob die raumplanungsrechtliche Teilverfügung des AREG vom 23. April 2014 und die Baubewilligung des Gemeinderates vom 27. Mai 2014 auf.

Das Verwaltungsgericht hat den Entscheid des Baudepartementes bestätigt (VerwGE B 2015/131 vom 30. Mai 2017).

Weitere Hinweise

BGE 120 IB 384 Erw. 3d

BGE 120 IB 48 Erw. 2b

BGE 135 II 286 Erw. 5.1

BGE 132 II 485 Erw. 3.2

BGe 117 IA 262 Erw. 4b mit Hinweisen



BGE 132 II 27 ff.

BGE 111 IB 223

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

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

VerwGE B 2009/4 vom 13. April 2010

VerwGE vom 12. Februar 2008 i.S. M. und E. D.

GVP 2001 Nr. 94

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

B. Heer, St.gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 890

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2016/IV/5

# 3

## Alterswohnungen sind in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zulässig

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Verwaltungsgerichtes B 2016/82 vom 7. April 2017

*Alterswohnungen sind in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zulässig, wenn daran ein öffentliches Interesse besteht und die Zonenkonformität des Bauvorhabens mit einem Betriebskonzept genügend sichergestellt wird.*

### Einleitung

Eine private Wohnbaugenossenschaft reichte ein Baugesuch für den Neubau von Alterswohnungen sowie Büro- und Therapieräumen mit Tiefgarage in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (ZöBA) ein. Die Baubehörde hiess die dagegen erhobene Einsprache gut und verweigerte die Baubewilligung. Im Rekursverfahren reichte die Gesuchstellerin ein Betriebskonzept „Betreutes Wohnen im Alter mit externen Dienstleistungsangeboten“ nach, worauf das Baudepartement den Rekurs guthiess, den Entscheid der Baubehörde aufhob und die Sache zur Bewilligung bzw. Prüfung der noch offenen Punkte im Sinne der Erwägungen zurückwies. Das Verwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab und bestätigte den Entscheid des Baudepartementes.

### Erwägungen

#### 1 Inhalt der Zonenkonformität

##### A Zone für öffentliche Bauten und Anlagen

Bauten und Anlagen müssen zonenkonform sein (Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG). Der Zweck der Nutzungszone ergibt sich aus der Umschreibung der Zonenart (Art. 11 ff. BauG). Die Zonenkonformität im Sinn des Bundesrechts



setzt einen funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck voraus. Laut Art. 18 BauG sind Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen für bestehende und künftige öffentliche Bauten und Anlagen bestimmt. Entsprechend dem Zonenzweck muss eine Baute oder Anlage, damit sie sich in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen als zonenkonform erweist, im öffentlichen Interesse liegen und öffentliche Bedürfnisse befriedigen.

## B Offener Nutzungskreis

Die Baute oder Anlage soll der Allgemeinheit dienstbar sein und nicht nur einem privilegierten, bestimmt eingegrenzten Personenkreis. Nicht erforderlich ist, dass die Baute oder Anlage im Eigentum des Gemeinwesens steht, sondern es ist auch eine private Trägerschaft denkbar. Wesentlich ist hierbei aber, dass die Baute oder Anlage der Allgemeinheit zugänglich ist und einem allgemeinen Benutzerkreis offen steht. Private Bauten mit beschränktem oder geschlossenem Benutzerkreis widersprechen dem Zonenzweck und fallen als öffentliche Bauten oder Anlagen ausser Betracht. Die Praxis lässt allerdings private Nebennutzungen einer öffentlichen Anlage zu, sofern sie betriebsnotwendig sind oder sonst mit letzterer in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang stehen. Nebenanlagen müssen dem Betrieb der öffentlichen Hauptnutzung dienen, wie zum Beispiel ein Personalrestaurant einer Klinik. Die private Nebennutzung darf keine eigenständige Bedeutung erlangen.

## C Private Nutzung

Privater Wohnungsbau gilt, selbst wenn er staatlich gefördert wird, im Planungs- und Baurecht nicht als öffentlicher Zweck.

## D Zusammenhang zu einer Organisation der Altersbetreuung

Die Zonenkonformität von Alterswohnungen in einer ZöBA wird grundsätzlich bejaht. Die Rechtslage ist insofern klar, wenn Alterswohnungen in einem räumlichen und sachlichen Zusammenhang mit Alters- oder Pflegeheimen oder Gemeinschaftsräumlichkeiten stehen. Falls ein derartiger Bezug fehlt, kann es bei nicht betriebsgebundenen Wohnbauten insbesondere am Kriterium der Allgemein zugänglichkeit fehlen, da privates, vererbliches Wohneigentum geschaffen werden könnte. Nicht betriebsgebundene Alterswohnungen sind nur zonenkonform, wenn die Möglichkeit, sich um eine Alterswohnung zu bewerben, in keiner Weise eingeschränkt wird. Zudem ist dafür zu sorgen, dass ausschliesslich betagte Menschen von diesem Angebot profitieren können. Nicht erforderlich ist hingegen eine ausdrückliche gesetzliche



Grundlage im kantonalen oder kommunalen Recht. Das Gesetzmässigkeitsprinzip schliesst nicht aus, der Rechtsanwendung bei der Beurteilung der Zonenkonformität einen gewissen Spielraum im Einzelfall zu belassen.

## **2 Beurteilung durch das Verwaltungsgericht**

### **A Fachgerechte Pflege und ganzheitliche Betreuung vor Ort**

Im konkreten Fall soll gemäss Betriebskonzept auf eine Infrastrukturerstellung analog zu Betagten-, Pflege- oder Altersheimen verzichtet werden. Auch sind keine nahe gelegenen Bezugsmöglichkeiten für Pflegedienstleistungen im Quartier vorhanden. Die geplanten Wohnungen sollen aber hindernisfrei und so ausgestattet werden, dass die Pflege bis zur Pflegestufe 5 gemäss dem Bedarfsermittlungssystem BESA möglich ist. Weiter sind der Aussenraum, die Büros und Therapieräume mitsamt Küche, Cafeteria und sanitären Einrichtungen im Erdgeschoss des südwestlichen Teils des geplanten Gebäudes mit „Bereich Spitex“ deklariert. Gemäss der Absichtserklärung sollen darin verschiedene Dienstleistungen (Tagesheim, temporäre Nachtstätte, Nachtcafé, Spitex- und Hauswirtschaftsangebot, Wäschedienst, pflegerische Sprechstunde, Wellnessraum, Trainingsraum, Übergangs- und Akutpflege, Palliative Care, Pflegeleistungen zum Betreuten Wohnen, Wirrgarten/Labyrinth und Kindertagesstätte) angeboten werden. Nicht in das Projekt einbezogen werden sollen ein Spitex-Stützpunkt mit Einsatzplanung, Geschäftsführung, Schulung, Rechnungswesen, Ambulatorium und ein betreuter Fahrdienst. Nach dem Betriebskonzept umfasst das Dienstleistungsangebot ein Grundangebot (Wohneinheit, allgemeine Nebenkosten, Grundleistung durch Spitex vor Ort, Infrastruktur für Notruf, differenzierte Information über alle sozialen und gesundheitlichen Dienstleistungen, regelmässige Orientierung über Teilnahmemöglichkeiten an Veranstaltungen), welches im Mietpreis inbegriffen ist. Daneben sollen hauswirtschaftliche Dienstleistungen, ein Entlastungsdienst, ein Putzdienst, Krankenmobilen, ein Fahrdienst, ein Mahlzeitendienst, ein ärztlicher Notfalldienst, Alltagshilfen und eine allgemeine Anlaufstelle für die Bewohner durch eine Teilzeitstelle (Spitex) angeboten werden. Auch wenn demnach auf einen eigentlichen Spitex-Stützpunkt und den Wirrgarten verzichtet werden soll, kann bei dieser Sachlage nicht gesagt werden, die Alterswohnungen stünden in keinem Zusammenhang zu einer Organisation der Altersbetreuung bzw. einer Betreuungs- und Pflegestation. Vielmehr ist belegt, dass eine fachgerechte Pflege (bis zur Pflegestufe BESA 5) und ganzheitliche Betreuung vor Ort gewährleistet ist.



## B Sicherstellung Zonenkonformität mittels Auflage in Baubewilligung

Im Übrigen würde an der Zonenkonformität des streitigen Bauprojekts nichts ändern, wenn die geplanten Alterswohnungen überhaupt keinen Zusammenhang zu einer Institution oder Organisation der Altersbetreuung aufweisen würden. Zum einen soll das Mindestalter der Mieter von 60 Jahren gemäss der Anweisung der Rekursinstanz an die Bauherrin mittels einer Auflage in der Baubewilligung sichergestellt und als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch angemerkt (Art. 962 Abs. 1 ZGB) werden. Mit dieser einschränkenden Auflage hat sich die Bauherrin explizit einverstanden erklärt. Damit verzichtet sie freiwillig auf die im Betriebskonzept ausnahmsweise vorgesehene Vermietung von Wohnungen an jüngere Menschen mit Behinderung oder andere Personen aus wirtschaftlichen Gründen. Zum anderen dienen die geplanten Alterswohnungen nicht einem beschränkten Personenkreis. Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Miete der Wohnungen eine Mitgliedschaft bei der Beschwerdegegnerin, einer privaten gemeinnützigen Genossenschaft gemäss Art. 828 OR, voraussetzt, selbst wenn es der Beschwerdegegnerin grundsätzlich freisteht, mit wem sie einen Mietvertrag abschliessen will. Gemäss Betriebskonzept kann jede betagte Person die Wohnungen mieten, wobei Betagte mit hiesigem Wohnsitz bevorzugt behandelt werden sollen. Sodann steht dem Erfordernis der Allgemeinzugänglichkeit allein die Tatsache, dass die Wohnungen während mehrerer Jahre ausschliesslich von denselben Personen benutzt werden, nicht entgegen. Im Übrigen sollen die Wohnungen gemäss dem Betriebskonzept nur vermietet und nicht verkauft werden. Die Beschwerdegegnerin hat sich selbst verpflichtet, den Betrieb des betreuten Wohnens, insbesondere die Verwaltung der Alterswohnungen, zu übernehmen. Auch allfällige Rechtsnachfolger der Beschwerdegegnerin sind verpflichtet, die gemäss dem Betriebskonzept vorgesehene Nutzung der Alterswohnungen weiterzuführen. Eine Umnutzung resp. Zweckänderung würde ein entsprechendes Baugesuch bedingen. Die Baubehörde hätte den gesetzlichen Bestimmungen bzw. Auflagen – falls erforderlich – zwangsweise, das heisst verwaltungs- oder strafrechtlich, Nachachtung zu verschaffen (Art. 130 f. BauG).

## C Schlussfolgerung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass am Bau der streitigen Alterswohnungen ein öffentliches Interesse besteht und die Alterswohnungen einer öffentlichen Baute oder Anlage gleichgeachtet werden können. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass dieselben Bauten in einer Wohn- oder Mischzone zonenkonform wären. Das Verwaltungsgericht pflichtete dem Baudepartement somit zu, dass die geplanten Alterswohnungen in



der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zonenkonform sind und die Zonenkonformität des Bauvorhabens mit dem Betriebskonzept genügend sichergestellt wird.

#### Weitere Hinweise

BGE 1C\_235/2011 vom 17. Februar 2012 Erw. 5.2 mit Hinweisen

BGE 1C\_207/2012 vom 15. März 2013 Erw. 2.3 mit Hinweisen, in: ZBl 115/2014, S. 331 ff.

VerwGE B 2012/128; 2012/137 vom 22. Mai 2013 Erw. 5.2.3

VerwGE B 2013/135 vom 19. August 2014 Erw. 2.1 mit Hinweisen

VerwGE B 2012/128; 2012/137 vom 22. Mai 2013 Erw. 5.2.3 ff. mit Hinweisen, in: GVP 2013 Nr. 18

VerwGE B 2012/143 vom 24. Januar 2013 Erw. 4.3.3 mit Hinweis

P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl. 2016, S. 201

B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 387

Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 3 N 50

D. Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Zürich 2000, S. 80 f.

Zaugg/Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 3. Aufl. 2010, Art. 77 N 2



# 4

## **Berücksichtigung einer Überdachung über einem als Terrasse genutzten Flachdachanbau bei der für Anbauten vorgeschriebenen Gebäude- und Firsthöhe**

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 13/2017 vom 21. Juni 2017

*Die teilweise Überdachung eines eingeschossigen Anbaus, dessen Flachdach als Sitzplatz genutzt werden soll, ist für die Bemessung der Gebäude- und Firsthöhe des so entstehenden Bauteils massgebend. Ein solcher Bauteil, der deswegen die zulässigen Höhenvorschriften für Anbauten überschreitet, gilt nicht mehr als Anbaute.*

### Einleitung

X. und Y. sind Eigentümer eines in der Wohnzone liegenden Grundstücks, das mit einem Einfamilienhaus mit nbauten überbaut ist. X. und Y. reichten ein Baugesuch ein, das unter anderem vorsah, einen bestehenden Flachdachanbau durch einen neuen, als Wintergarten genutzten eingeschossigen Anbau mit Flachdach zu ersetzen. Das Flachdach des neuen Anbaus sollte mit einer Absturzsicherung versehen und als Sitzplatz genutzt werden. Zusätzlich war vorgesehen, den Sitzplatz auf einer Fläche von mehr als 15 m<sup>2</sup> zu überdachen. Zu diesem Zweck sollte das Vordach einer bestehenden Dachaufbaute 2,4 m über die Terrasse gezogen und seitlich mit zwei Stützen an der Hausfassade abgestützt werden. Der Gemeinderat erteilte die Baubewilligung und wies eine gegen das Baugesuch erhobene Einsprache ab. Dagegen erhoben die Einsprecher Rekurs beim Baudepartement.

### Erwägungen

#### **1 Gesetzliche Definition von Anbauten**

Das Baugesetz (BauG) kennt keine Legaldefinition für Anbauten. Art. 78 Abs. 2 Ingress und Bst. a BauG erwähnt Anbauten neben Neu-, Um-, Auf-



und Nebenbauten jedoch als Tatbestände, welche einer Baubewilligung bedürfen. Als Anbauten gelten gemäss gängiger baurechtlicher Definition an das Hauptgebäude angebaute untergeordnete Bauten. Massgebende Kriterien sind nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere die architektonische Gestaltung, die optische und/oder funktionale Unterordnung, die konstruktive Trennung und die funktionale Eigenständigkeit. Anbauten lehnen sich an die Fassade eines Hauptgebäudes an, sind von diesem aber durch eine Innenwand getrennt. Sie müssen deutlich als Anbau erkennbar sein und beseitigt werden können, ohne dass das Hauptgebäude konstruktiv verändert werden muss. Anbauten werden wie Nebenbauten auch als untergeordnete oder besondere Gebäude oder als Kleinbauten bezeichnet. Hinzu treten die Beschränkungen hinsichtlich Gebäudegrundfläche, First- und Gebäudehöhe im kommunalen Baureglement.

Nach der vorliegend einschlägigen kommunalen Baureglementsbestimmung sind Anbauten eingeschossige Bauteile, die über die Fassade der Hauptbauten vorstehen. Anbauten dürfen einen verminderten Grenzabstand einhalten, sofern sie nicht mehr als 3,5 m Gebäudehöhe und 5 m Firsthöhe aufweisen und eine Grundfläche von 55 m<sup>2</sup> nicht überschreiten.

## **2 Beurteilung durch das Baudepartement**

### **A Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung**

Das Baudepartement hielt zunächst fest, dass es bisher noch nie zu beurteilen hatte, ob bereits das Anlegen eines unüberdachten Sitzplatzes mit Absturzsicherung auf dem Flachdach einer Anbaute aufgrund der daraus resultierenden zusätzlichen Wohnnebennutzung dazu führe, dass eine Anbaute nicht mehr als eingeschossiger Bauteil betrachtet werden könne. Auch das Verwaltungsgericht habe über diese Frage bislang nicht entschieden und unlängst sogar ausdrücklich offen gelassen, ob die Nutzung des Flachdachs einer Anbaute als (unüberdachte) Terrasse mit der baureglementarisch vorgeschriebenen Eingeschossigkeit von Anbauten vereinbar sei.

Einen ähnlich gelagerten Fall wie den vorliegenden hätte das Baudepartement hingegen schon im Jahr 2003 entschieden. Beim damals geplanten Bauvorhaben sei vorgesehen gewesen, auf einer als Anbaute bewilligten und bereits bestehenden Flachdachgarage eine eigenständige Sitzplatzüberdachung aus drei Metallpfosten, neun Querstreben sowie Lichtwellplatten zu erstellen. Weil diese Sitzplatzüberdachung aber nicht als blosse Vorbaute (Dachvorsprung) betrachtet worden sei und sie dem Schutz vor Witterungseinflüssen gedient habe, sei das Vorhaben als zusätzliche Baute auf der Anbaute beurteilt worden. In der Folge sei die Überdachung deshalb auch massgebend für die Ermittlung der Gebäude- und Firsthöhe gewesen



und – letztlich infolge Überschreitung der zulässigen Firsthöhe – nicht bewilligt worden.

## B Überdachung weder Vorbaute noch Dachvorsprung

Das Baudepartement erwog, dass es sich im vorliegenden Fall gleich verhalte wie im erwähnten Entscheid aus dem Jahr 2003. Beim der umstrittenen Überdachung handle es sich nicht um eine Vorbaute (Dachvorsprung) im Sinn des Baureglements, weil diese nicht frei über die Gebäudefassade hinausrage, sondern an dieser abgestützt sei. Zudem sei die Überdachung kein Dachvorsprung im eigentlichen Sinn, der dem Fassadenschutz diene. Vielmehr entstehe durch das teilweise Überdecken des Flachdachs des Wintergartens mit dem darüber liegenden, weit ausladenden Dach der neuen Dachaufbaute wiederum eine zusätzliche Baute auf dem Dach des Wintergartens, die für die Bemessung der Gebäude- und Firsthöhe des gesamten Gebäudeteils massgebend sei. Die Baute insgesamt weise – ab Niveaupunkt gemessen – eine Firsthöhe von rund 7,5 m auf. Somit liege schon infolge Überschreitung der nach Baureglement höchstzulässigen Firsthöhe keine Anbaute mehr vor, ohne dass die Frage abschliessend beantwortet werden müsste, ob die vorbestehende Anbaute durch den über ihr erstellten, teils gedeckten Sitzplatz nun auch mehr als eingeschossig sei.

## C Schlussfolgerung

Das Baudepartement kam zum Schluss, nachdem es sich beim umstrittenen Bauteil um keine Anbaute handle, sei der Anbau mit dem darüber geplanten Sitzplatz gesamthaft als Teil der Hauptbaute zu beurteilen, der nach den massgeblichen Baureglements Vorschriften zur Gebäudelänge zu zählen sei. Dies führe im vorliegenden Fall dazu, dass der massgebende Grenzabstand (inklusive Mehrlängenzuschlag) nicht mehr eingehalten sei. Dementsprechend hiess das Baudepartement den Rekurs gut und hob die Bewilligung und den Einspracheentscheid des Gemeinderats auf.

### Weitere Hinweise

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2013, Rz. 688

VerwGE B 2013/122 vom 19. August 2014 Erw. 2.1 ff. mit Hinweisen, insbesondere Erw. 2.1 und 2.3



# 5

## Freihändige IT-Vergabe über dem massgeblichen Schwellenwert

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Verwaltungsgerichtes B 2016/118 vom 7. April 2017

*Über dem massgeblichen Schwellenwert ist das freihändige Verfahren unter anderem dann ausnahmsweise zulässig, wenn auf Grund der technischen Besonderheiten und wegen Schutzrechten nur eine Anbieterin in Frage kommt.*

### Einleitung

Eine kantonale Stelle vergab den Auftrag für die Wartung und den Support der bereits verwendeten Software für fünf Jahre sowie die Lieferung eines Updates zum Preis von knapp 1,5 Mio. Franken im freihändigen Verfahren. Eine Konkurrentin erhob gegen den publizierten Zuschlag beim Verwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragte unter anderem die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, die kostenpflichtige Aufhebung des Zuschlags und dass die Vorinstanz anzuweisen sei, das offene bzw. selektive Verfahren durchzuführen. Der Gerichtspräsident gewährte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung, das Gericht trat in einem zweiten Schritt auf die Beschwerde aber nicht ein.

### Erwägungen

#### 1 Beschwerdelegitimation

##### A Besonderheit im Submissionsrecht

Im Submissionsrecht ist zur Beschwerde gegen den Zuschlag im offenen Verfahren legitimiert, wer mit einer Offerte an der Ausschreibung teilgenommen hat, davon ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt wurde und eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte. Grundsätzlich definiert die



Vergabestelle auf Grund ihrer Bedürfnisse, was sie beschaffen will; mit der submissionsrechtlichen Beschwerde kann deshalb nicht verlangt und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt. Legitimiert kann deshalb nur sein, wer das ausgeschriebene Produkt angeboten hat; wer ein anderes Produkt offerieren will, ist hingegen zur Beschwerde nicht legitimiert, weil er von vornherein nicht erreichen kann, was er anstrebt. Schreibt die Vergabestelle eine Verlängerung der Lizenzen und die Wartung der bisher genutzten Informatikumgebung aus, entspricht ein neues Informatiksystem nicht dem Bedürfnis der Vergabestelle. Die Beschwerdeführerin muss vielmehr darlegen, dass sie gewillt und in der Lage ist, auf der bestehenden Umgebung aufbauende Leistungen zu erbringen und darf nicht ein Interesse an einer grundlegenden Änderung der Informatikstrategie erkennen lassen.

#### B Besonderheit im freihändigen Verfahren

Wird zulässigerweise das freihändige Verfahren angewendet, wählt der Auftraggeber rechtmässig einen bestimmten Anbieter aus, ohne dass eine Ausschreibung durchgeführt werden müsste. Ein potentieller Konkurrent kann deshalb nicht verlangen, in ein rechtmässiges Freihandverfahren einbezogen zu werden. Mit Beschwerde gegen die freihändige Auftragserteilung kann folglich nur geltend gemacht werden, richtigerweise hätte für die in Frage stehende Beschaffung nicht das freihändige Verfahren durchgeführt werden dürfen. Auch dazu kann aber nicht jedermann legitimiert sein, sondern nur wer geltend macht, er hätte im richtigen Verfahren eine Offerte für das zu beschaffende Produkt eingereicht.

## 2 Beurteilung im konkreten Fall

#### A Ausnahmsweise freihändige Vergabe wegen technischen Besonderheiten und Schutzrechten des geistigen Eigentums (Art. 16 Bst. d VöB)

Die von der Vorinstanz eingesetzte Software geht auf eine nach den einschlägigen GATT/WTO-Regeln durchgeführte Beschaffung zurück. Ist dafür ein Update nötig, ist die Vergabestelle nicht verpflichtet, die zu beschaffenden Module so zu umschreiben, dass die Beschwerdeführerin eigene Module hätte anbieten können, wenn deswegen in zentralen Bereichen der automatisierten Prozesse die bisherige Software nicht mehr weitergenutzt werden kann. Dass die Vergabestelle eine Lösung in Zusammenarbeit mit einer einzigen Anbieterin anstrebt und den Aufwand für die Programmierung der



Schnittstellen zwischen den Modulen verschiedener Anbieter samt Erhöhung der Komplexität im Betrieb vermeiden will, ist mit Blick auf den vom Vergaberecht bezweckten wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel gerechtfertigt. Mithin kann sich die Vergabestelle auf die technischen Besonderheiten berufen, die eine Beschaffung im freihändigen Verfahren rechtfertigen kann. Selbst wenn qualifizierte Softwareentwickler in der Lage sein sollten, Wartung und Support des Systems mit Hilfe von Quellcodes (lesbare, in einer Programmiersprache geschriebener Text eines Computerprogrammes) und Dokumentation zu übernehmen, bliebe das schwer abschätzbare und angesichts der Bedeutung der permanenten Einsatzfähigkeit des Systems für die Erfüllung der Verwaltungsaufgabe nicht hinzunehmende Risiko von Wartungslücken bestehen. Mithin kommt die Beschwerdeführerin mit ihrer Offerte, Support- und Wartungsdienstleistungen für eine andere als die bestehende Software anzubieten, nicht in Frage. Das Verwaltungsgericht kommt sodann zum Schluss, dass die Vergabestelle auch nicht verpflichtet war, die Updates so zu umschreiben, dass die Beschwerdeführerin eigene Module hätte anbieten können. Die Beschwerdeführerin ist daher konkret keine potentielle Anbieterin für die Lieferung der Updates der bereits genutzten Software.

#### B Keine funktional und wirtschaftlich angemessene Alternative zur ausgeschriebenen Leistung

Art. 16 Bst. f VöB verlangt für die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe nicht, dass es keine angemessenen Alternativen gibt, allerdings gilt diese Voraussetzung auf Grund der Vergabesumme von über Fr. 350'000.– gestützt auf Art. XV Ziff. 1 Bst. b des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen gleichwohl. Die Substituierbarkeit ist in Bezug auf die gewünschte Lösung zu beurteilen. Wer anstelle dieser Leistung etwas funktional Anderes anbieten will, ist nicht als potenzieller Anbieter zu betrachten. Das Vorhandensein angemessener Alternativen ist von jenem zu beweisen, der die Unrechtmässigkeit der Freihandvergabe und damit ihre Zulassung zu einem Submissionsverfahren ableitet. Er muss geltend machen, dass er eine Lösung anbietet, die sowohl funktional als auch wirtschaftlich eine angemessene Alternative darstellt. Bei der Frage der Angemessenheit wahrt das Gericht den zu respektierenden Beurteilungsspielraum der Entscheidbehörde. Dies rechtfertigt sich damit, dass die Vergabestelle auf Grund ihrer Bedürfnisse definiert, was sie beschaffen will und mit der Beschwerde nicht erreicht werden kann, dass das Gericht der Verwaltung vorschreibt, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie beschaffen will. Alsdann respektiert das Gericht das technische Ermessen der Verwaltung, wenn dieser eine besondere Fachkompetenz zukommt, die dem Gericht selber abgeht. Eine spezifische Fachkompetenz im Informatikbereich gehört vorliegend zwar ebenfalls nicht zum spezifischen Aufgabenbereich der Vergabestelle. Auf Grund des täglichen Einsatzes, der kontinuierlichen Weiterent-



wicklung der speziell auf ihre Tätigkeit ausgerichteten Software und der spezifischen Kompetenz einzelner Fachverantwortlicher kann sie aber besser als das Gericht abschätzen, welche praktischen Auswirkungen und Risiken die Ersetzung der Software durch die Alternative für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben hätte.

Vorliegend zeigt sich, dass die angestrebte Erneuerung und Weiterentwicklung mit dem ausgewählten Update bei laufendem Betrieb und ohne Betriebsunterbruch erfolgen kann. Anders als bei einer Ablösung des bestehenden durch ein neues System erfordert sie keinen Parallelbetrieb oder eine doppelte Datenführung. Zudem ist keine Datenmigration nötig und der Schulungsaufwand ist geringer. Auch müssen keine Schnittstellen neu geschaffen oder angepasst werden, was neben erheblichen Risiken von Datenverlust und Inkompatibilitäten einen immensen Aufwand und hohe Kosten zur Folge hätte. Diese Überlegungen rechtfertigen den Entscheid der Vergabestelle, neben der Weiterentwicklung des bisher eingesetzten Systems dessen Ablösung durch das von der Beschwerdeführerin ins Spiel gebrachte Produkt nicht als angemessene Alternative in Betracht zu ziehen.

## C Zusammenfassung

Möchte die Vergabestelle eine seit Jahren funktionierende Informatiklösung beibehalten, weiterhin warten und weiterentwickeln lassen, kommt auf Grund der technischen Besonderheiten und wegen der Schutzrechte des geistigen Eigentums einzig die bisherige und wiederum ausgewählte Auftragnehmerin in Frage. Sodann ist der Entscheid, die von der Beschwerdeführerin angebotene Software nicht als angemessene Alternative zu betrachten, unter Berücksichtigung des technischen Ermessens der Vergabestelle bei der Beurteilung dieser Frage nachvollziehbar und vergaberechtlich zulässig. Damit fällt die Beschwerdeführerin als mögliche Anbieterin ausser in Betracht, weshalb auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist.

### Weitere Hinweise

BGE 137 II 313

Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich VB.2015.00780 vom 11. August 2016 Erw. 4.1, [www.vgr.zh.ch](http://www.vgr.zh.ch)



## 6

### Privatrechtliche Einsprachen nach Art. 684 und 685 ZGB

#### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Verwaltungsgerichtes B 2015/279 vom 28. März 2017

*Entsprechend der st.gallischen Praxis beziehen sich privat-rechtliche Einsprachen einzig auf Art. 684 ZGB und nicht auch auf Art. 685 Abs. 1 ZGB. Verfahrensgegenstand vor Verwaltungsbehörden ist, soweit im Einspracheverfahren geltend gemacht, immer nur die immissionsrechtliche Beurteilung nach Art. 684 ZGB.*

#### Einleitung

Eine Gemeinde plante auf ihrem in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen liegenden Grundstück den Neubau eines Wohn- und Pflegezentrums mit Arztpraxis und Restaurant und reichte dafür ein entsprechendes Baugesuch ein. Während der öffentlichen Auflage erhob der anwaltlich vertretene Nachbar öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Einsprache. Der Gemeinderat wies die Einsprache ab und erteilte die Baubewilligung für das Vorhaben.

Dagegen erhob der Nachbar Rekurs beim Baudepartement. Nachdem er den verlangten Kostenvorschuss nicht rechtzeitig einbezahlt, stellte er ein Gesuch um Wiederherstellung der Zahlungsfrist. Das Baudepartement wies das Fristwiederherstellungsgesuch ab und schrieb das Rekursverfahren zufolge Nichtleistens des Kostenvorschusses ab. Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft.

Gleichzeitig hatte der Nachbar gegen die Gemeinde zudem ein zivilrechtliches Verfahren betreffend privatrechtliche Baueinsprache eingeleitet. Darin hatte er unter anderem verlangt, der Gemeinde die Ausführung des Bauvorhabens unter Strafandrohung zu untersagen. Nach Ausstellung der Klagebewilligung erhob er Klage beim zuständigen Kreisgericht im Wesentlichen mit der Begründung, durch das Bauvorhaben würden Art. 684 und Art. 685 Abs. 1 ZGB verletzt. Das Kreisgericht trat auf das Gesuch um Erlass des verlangten Verbots nicht ein. Dieses Urteil wurde vom Bundesgericht im Dezember 2014 bestätigt.



Am 29. April 2014 erhob der Nachbar erneut Rekurs beim Baudepartement gegen den Einspracheentscheid und die Baubewilligung mit den Anträgen, die Baubewilligung des Gemeinderates sowie der Einspracheentscheid seien wegen Verletzung von Art. 684 und Art. 685 ZGB aufzuheben. Das Baudepartement trat auf den Rekurs nicht ein mit der Begründung, der Rekurs vom 29. April 2014 erfolge erheblich ausserhalb der seit der Eröffnung der Entscheide laufenden gesetzlichen vierzehntägigen Rekursfrist.

Dagegen gelangte der Nachbar ans Verwaltungsgericht und verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und eventualiter die Aufhebung des Einspracheentscheids und der Baubewilligung wegen Verletzung von Art. 684 und 685 ZGB. Zur Begründung führt er an, die Verneinung der Zuständigkeit für die Behandlung einer zivilrechtlichen Angelegenheit durch das Kreisgericht habe unter anderem im Widerspruch zur 40-jährigen Praxis der Verwaltungsbehörden und Gerichte zur Behandlung von Einwänden gemäss Art. 685 ZGB gestanden. Die Praxisänderung des Kreisgerichtes betreffend Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden betreffend Einwänden nach Art. 684 ZGB sei erst nach Vorliegen des Urteils des Bundesgerichtes im Dezember 2014 klar gewesen. Die Rekursfrist habe damit erst zu diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen und sei mit dem bereits am 29. April 2014 eingereichten Rekurs gewahrt.

## Erwägungen

### **1 Kein ordentliches Rechtsmittel gegen formell rechtskräftige Verfügungen**

Grundsätzlich kann aus der Praxisänderung eines Gerichts kein Recht abgeleitet werden, Rechtsmittel gegen Entscheide zu erheben, deren Rechtsmittelfristen abgelaufen oder deren Rechtsmittelfristen aus formellen Gründen verwirkt sind. Der Einspracheentscheid des Gemeinderates ist in formelle Rechtskraft erwachsen. Formell rechtskräftige Verfügungen können nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden. Die Praxisänderung wäre im Übrigen auch kein Grund für eine Revision oder eine Wiedererwägung. Damit hätte es im vorliegenden Fall an sich sein Bewenden. Der Vollständigkeit halber wird im Folgenden dennoch aufgezeigt, dass die Beschwerde auch aus anderen Gründen abgewiesen worden wäre.



## **2 Zuständigkeit für privatrechtliche Einsprachen**

Gemäss Art. 83 Abs. 1 BauG sind Einsprachen der zuständigen Gemeindebehörde einzureichen. Die zuständige Gemeindebehörde entscheidet über öffentlich-rechtliche Einsprachen gleichzeitig mit der Erteilung oder Ablehnung der Baubewilligung (Art. 84 Abs. 2 BauG). Bei privatrechtlichen Einsprachen kann der Baugesuchsteller jederzeit das Verfahren auf dem Zivilrechtsweg einleiten. Ist dies nicht erfolgt, setzt die zuständige Gemeindebehörde im Einspracheentscheid dem Einsprecher eine Frist von vierzehn Tagen zur Einleitung dieses Verfahrens an. Verstreicht diese Frist unbenutzt, fällt die privatrechtliche Einsprache dahin (Art. 84 Abs. 3 BauG). Gemäss Art. 86 Abs. 1 BauG sind privatrechtliche Einsprachen, soweit der Tatbestand einer übermässigen Einwirkung auf fremdes Eigentum gemäss Art. 684 ZGB streitig ist, im öffentlich-rechtlichen Verfahren zu entscheiden. Gleichzeitig mit dem Entscheid über die Baubewilligung ist in einer gesonderten Verfügung über die privatrechtliche Einsprache gemäss Art. 684 ZGB zu entscheiden (Art. 86 Abs. 2 BauG).

## **3 Beurteilung durch das Verwaltungsgericht**

### **A In Bezug auf die bundesrechtlichen Abwehrrechte**

Das Verwaltungsgericht erwog, die Vorschrift in Art. 86 Abs. 1 BauG könne indessen die bundesprivatrechtlichen Abwehrrechte des Grundeigentümers, der durch Bauarbeiten in seinem Besitz gestört oder in seinen Eigentumsrechten verletzt wird, nicht einschränken. Zulässig bleibe ungeachtet von Einsprachefristen im Baubewilligungsverfahren namentlich die auf Art. 684 ZGB gestützte Präventivklage, mit der die Erstellung verhindert werden könne, wenn vorauszusehen sei, dass deren bestimmungsgemässe Nutzung eine übermässige Einwirkung auf das Grundstück des klagenden Nachbarn verursachen werde.

### **B In Bezug auf das Einspracheverfahren**

Das Verwaltungsgericht hielt fest, der Beschwerdeführer habe seine Einsprache als öffentlich-rechtliche und als privatrechtliche bezeichnet. In privatrechtlicher Hinsicht habe er zufolge der Immissionen (Schattenwurf, Verbarrikadierung der Fernsicht) ausdrücklich Art. 684 Abs. 2 ZGB erwähnt. Eine Verletzung von Art. 685 ZGB habe er nicht explizit genannt, wohl aber eine Verletzung der Vorschriften des Gewässerschutzgesetzes und der Gewässerschutzverordnung. Damit habe der anwaltlich vertretene Einsprecher in privatrechtlicher Hinsicht einzig eine Verletzung von Art. 684 ZGB gerügt,



nicht aber von Art. 685 Abs. 1 ZGB. Der Unterscheidung zwischen Art. 684 ZGB und Art. 685 Abs. 1 ZGB sei sich der – anwaltlich vertretene – Beschwerdeführer offensichtlich bewusst gewesen. Er habe gegen die Baubewilligung und den Einspracheentscheid Rekurs beim Baudepartement erhoben und gleichentags beim Vermittleramt ein Vermittlungsbegehren zur Verhinderung der Bauarbeiten für das Wohn- und Pflegezentrum gestellt. Begründet sei das Begehren mit einer Verletzung sowohl von Art. 684 ZGB als auch von Art. 685 Abs. 1 ZGB worden. Das Kreisgericht sei auf das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht eingetreten. Es habe in erster Linie festgehalten, der Einsprecher hätte die privatrechtlichen Einsprachen im Verwaltungsverfahren erhoben. Diesen komme aufschiebende Wirkung nach Art. 89 erster Satz BauG zu, weshalb dem Gesuchsteller ein Rechtsschutzinteresse fehle. Das Bundesgericht habe das Urteil des Kreisgerichtes im Dezember 2014 bestätigt und die darin vertretene Auffassung als nicht willkürlich bezeichnet.

#### C In Bezug auf das Rekursverfahren

Zu dem vom Beschwerdeführer am 29. April 2014 erhobenen Rekurs erwog das Verwaltungsgericht, der angefochtenen Gesamtentscheid des Gemeinderates umfasse auch die Abweisung der privatrechtlichen Immissionseinsprache (Art. 684 ZGB) des Beschwerdeführers. Dem Beschwerdeführer sei zuzugestehen, dass er der Meinung gewesen sei, Abwehransprüche gemäss Art. 685 Abs. 1 ZGB seien keine Immissionseinsprachen nach Art. 86 Abs. 1 BauG und diese seien daher auf dem Zivilrechtsweg zu verfolgen. Wie dargelegt seien indessen in den Eingaben des Beschwerdeführers im Einspracheverfahren keine Einwendungen nach Art. 685 Abs. 1 ZGB erhoben worden. Im Weiteren sei im Zusammenhang mit der Frage nach den privatrechtlichen Einwendungen zu beachten, dass der Beschwerdeführer vom Rekursverfahren ausgeschlossen worden sei, weil er den Kostenvorschuss nicht rechtzeitig leistete. Hätte er seine Verfahrenspflichten erfüllt, wäre er weiterhin am Rekursverfahren beteiligt gewesen. Der Beschwerdeführer hätte im Laufe des Rekursverfahrens die Möglichkeit gehabt, seine geltend gemachten Ansprüche gemäss Art. 685 Abs. 1 ZGB mit entsprechenden Verfahrensschritten geltend zu machen. Im Weiteren hätte er im Rekursverfahren (und im parallel dazu geführten zivilrechtlichen Verfahren) Gelegenheit gehabt, angesichts der unklaren Erwägungen im Einspracheentscheid des Gemeinderates seine Rechte zu wahren. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweise sich der Rekurs des Beschwerdeführers vom 29. April 2014 offensichtlich als verspätet.



#### 4 Festhalten an bisheriger Verwaltungspraxis

Im Übrigen hielt das Verwaltungsgericht fest, das Urteil des Kreisgerichtes, wonach Art. 86 Abs. 1 BauG auch privatrechtliche Einsprachen nach Art. 685 Abs. 1 ZGB umfasse, sei nicht zutreffend. Dass das Bundesgericht diese Auffassung des Einzelrichters des Kantonsgerichtes (in einem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen) als nicht willkürlich bezeichne, dürfe nicht massgebend sein. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 86 Abs. 1 BauG könne sich diese privatrechtliche Einsprache einzig auf Art. 684 ZGB beziehen und nicht auch auf Art. 685 Abs. 1 ZGB. Dies entspreche der st.gallischen Praxis. Seit Inkrafttreten des Baugesetzes vom 6. Juni 1972 am 1. August 1972 sei Art. 685 Abs. 1 ZGB nie Gegenstand eines Verfahrens vor den Behörden der Verwaltungsrechtspflege gewesen. Verfahrensgegenstand sei, soweit im Einspracheverfahren geltend gemacht, immer nur die immissionsrechtliche Beurteilung nach Art. 684 ZGB gewesen. Die seit rund 45 Jahren bestehende Praxis betrachte die Immissionseinsprache nach Art. 86 Abs. 1 BauG (Titel: „Einsprachen nach Art. 684 ZGB“) als Immissionseinsprache nach Art. 684 ZGB und nicht auch als solche nach Art. 685 Abs. 1 ZGB. Sämtliche übermässigen Einwirkungen auf ein Nachbargrundstück, die durch Grabungen und Bauten verursacht würden, fielen nicht unter Art. 684 ZGB, sondern unter die dem Art. 684 ZGB vorgehende Spezialvorschrift von Art. 685 Abs. 1 ZGB. Dass das Bundesgericht aufgrund eines einzigen zivilrechtlichen Verfahrens die Auffassung des Einzelrichters bzw. des Kantonsgerichtes nicht als willkürlich bezeichnete, ändere nichts an der steten Praxis der Behörden der Verwaltungsrechtspflege.

Somit könne offensichtlich nicht von einer Praxisänderung gesprochen werden. Im Übrigen binde das zivilrechtliche Urteil des Bundesgerichtes weder die Verwaltungsbehörden noch die Verwaltungsjustiz. Damit ändere sich im vorliegenden Fall allerdings nichts am Ergebnis. Der Beschwerdeführer bzw. seinerzeitige Rekurrent wäre gehalten gewesen, seine Verfahrenspflichten wie hiavor dargelegt, wahrzunehmen.

Das Bundesgericht hat mit Urteil 5A\_434/2017 vom 10. August 2017 den Entscheid des Verwaltungsgerichtes bestätigt.

#### Weitere Hinweise

BGE 5A\_814 vom 12. Dezember 2014 mit zahlreichen Hinweisen

Botschaft und Entwurf der Regierung vom 11. August 2015 zum Planungs- und Baugesetz

Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1091 f.



Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, N 830

Rey/Streben, in: Basler Kommentar ZGB II, 5. Aufl. 2015, N 34 zu Art. 684 ZGB

Wiederkehr, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Rzn. 2671 und 2700 ff.