



## Juristische Mitteilungen 2018 / II

### Inhalt

#### Planungsrecht

- |   |  |   |
|---|--|---|
| 1 | Berücksichtigung des Hochwasserschutzes und Gewässerraums in Überbauungsplänen | 2 |
| 2 | Keine Planungszone aufgrund überwiegend politischer Motive                     | 9 |

#### Baurecht

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 3 | Baubewilligungspflichtige Umnutzung bei Vermietung eines Kurszentrums für private Anlässe | 16 |
| 4 | Ausnützungsberechnung eines innerhalb mehrerer Zonen liegenden Grundstücks                | 23 |

#### Öffentliches Beschaffungsrecht

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 5 | Freihandvergabe über dem zulässigen Schwellenwert | 28 |
|---|---|----|

#### Verwaltungsverfahrensrecht

- |   |  |    |
|---|--|----|
| 6 | Beschlusseröffnung durch ein im Ausstand stehendes Behördemitglied | 33 |
|---|--|----|

### 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

## Berücksichtigung des Hochwasserschutzes und Gewässerraums in Überbauungsplänen

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Verwaltungsgerichtes B 2015/19 vom 26. April 2018

*Die Abgrenzung eines Überbauungsplangebiets, welche die benachbarten Grundstücke nicht berücksichtigt, obwohl der Überbauungsplan die Hochwassergefahr auf den Nachbargrundstücken verschärft, ist willkürlich. Ebenso ist der fehlende Einbezug von Nachbargrundstücken, auf denen ein eingedoltes Gewässer verläuft, sachlich nicht vertretbar, wenn sich eine künftige Offenlegung der dort verlaufenden Bäche auf die Hochwassersituation im Plangebiet auswirken könnte. Eine Gemeinde verletzt damit ihre Pflicht, die Revitalisierungsplanung im Rahmen ihrer Sondernutzungsplanung zu berücksichtigen, zumal der Hochwasserschutz, der mit dem strittigen Überbauungsplan ebenfalls sichergestellt werden soll, eine Grundlage für die Festlegung des Gewässerraums bildet.*

### Einleitung

Die A. GmbH und die B. AG sind (Mit-)Eigentümerinnen des mit mehreren Gewerbebauten überbauten Grundstücks Nr. 0001, das gemäss Zonenplan in der dreigeschossigen Wohn-Gewerbezone WG3 liegt. Die westlich angrenzenden Grundstücke Nrn. 0002, 0003, 0004 und 0005 sind der zweigeschossigen Wohn-Gewerbezone WG2 zugewiesen. Östlich von Grundstück Nr. 0001 befindet sich das Grundstück Nr. 0006, das als Verkehrsfläche im Zonenplan bezeichnet ist. Ganz im Nordosten grenzt Grundstück Nr. 0001 an das Grundstück Nr. 0007, das gleichfalls als Verkehrsfläche bezeichnet ist. Dieses Grundstück verläuft leicht schräg und bildet in dessen südlichen Teil den B.-Weg. Im südöstlichen Bereich von Grundstück Nr. 0006 liegt der Einlenker der S.-Strasse in die südlich von Grundstück Nr. 0001 gelegene Kantonsstrasse. Nördlich des Grundstücks Nr. 0001 verläuft eine Bahnlinie bzw. noch weiter nördlich liegend folgt eine Autobahn. Die Grundstücke Nr. 0001, 0002, 0003, 0004, 0005 und 0006 befinden sich im Gebiet Y. und bilden zwischen der Kantonsstrasse im Süden und dem Bahndamm im Norden topografisch eine Senke. Die Grundstücke Nrn. 0001, 0002, 0003, ein Teil von Grundstück Nr. 0004 und Grundstück Nr. 0006 werden in der Gefahrenkarte als rotes (erhebliches) bzw. blaues (mittleres) Gefahrengebiet (Hochwasser) ausgewiesen. Östlich von Grundstück Nr. 0001 fliesst auf



Grundstück Nr. 0005 der eingedolte W.-Bach. Weiter östlich verläuft auf Grundstück Nr. 0007 der ebenfalls eingedolte R.-Bach, der nordöstlich von Grundstück Nr. 0001 in den W.-Bach mündet.

Die Gemeinde erliess einen Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften (besV), der das Grundstück Nr. 0001 umfasst und neben der baulichen Entwicklung im Plangebiet und dessen Erschliessung ergänzend den Schutz von Personen und Sachwerten vor der Gefahr durch Hochwasser und den Schutz vor Verkehrslärm bezweckt. Während der Auflagefrist gingen verschiedene Einsprachen ein, die der Gemeinderat abwies. Den dagegen erhobenen Rekurs wies das Baudepartement ab. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut und hob den Entscheid des Baudepartementes auf.

## Erwägungen

### 1 Umgrenzung Plangebiet und Hochwasserschutz

Vor Verwaltungsgericht war in erster Linie die zweckmässige Festlegung und Abgrenzung des Überbauungsplangebiets umstritten.

#### A Gesetzliche Grundlagen

##### a *Planperimeter*

Für einen Überbauungsplan wird nach dem vorliegend anwendbaren Art. 22 BauG kein Mindestflächenmass vorgeschrieben. Während das Plangebiet des Gestaltungsplans zumindest so gross sein muss, dass damit eine Gesamtüberbauung mit städtebaulich vorzüglicher Gestaltung erreicht werden kann (Art. 28 Abs. 1 BauG) und es sich demzufolge um eine zweckmässige Arealgrösse bzw. eine grössere zusammenhängende Fläche handeln muss, spricht das Gesetz beim Überbauungsplan mit besV lediglich von einem engen, bestimmten Gebiet (Art. 22 Abs. 1 BauG). Für die Gewährung einer Mehrausnützung ist zusätzlich erforderlich, dass die Grösse des Grundstücks dies rechtfertigt (Art. 27 BauG). Mit dieser offenen Umschreibung wollte der Gesetzgeber den unterschiedlichen örtlichen Verhältnissen Rechnung tragen. Einzige Anforderung an den Perimeter des Überbauungsplans ist also, dass damit die raumplanungsrechtlichen Planungsgrundsätze und -ziele verwirklicht werden können, womit unter Umständen selbst eine Parzelle für lediglich ein Gebäude, zum Beispiel ein höheres Haus im Sinn von



Art. 68 f. BauG, als Plangebiet in Frage kommt. Die Abgrenzung des Plangebietes richtet sich nach den tatsächlichen Gegebenheiten wie Topographie, Flussufer, Waldränder, Zonengrenzen, bestehende oder projektierte Verkehrsachsen, Baugrund Besonnung usw. Die Schranke für den Erlass eines Überbauungsplans bildet das in Art. 8 BV verankerte Gebot der rechtsgleichen Behandlung und das Willkürverbot nach Art. 9 BV.

#### *b Hochwasserschutz*

Der Hochwasserschutz ist Aufgabe der Kantone (Art. 2 WBG). Massnahmen des Hochwasserschutzes müssen in ihrem Zusammenwirken mit anderen Massnahmen koordiniert werden (Art. 3 Abs. 3 WBG) und sind nach Massgabe von Art. 2 RPG und Art. 2 RPV mit anderen räumlichen Nutzungsansprüchen abzustimmen. Wasserbauliche Eingriffe sollen nur dann getroffen werden, wenn der Hochwasserschutz nicht anders sicherzustellen ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 WBG, Art. 37 Abs. 1 Bst. a GSchG, Art. 3 Bst. c WBG SG). In erster Linie soll der Hochwasserschutz durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen gewährleistet werden (vgl. Art. 3 Abs. 1 WBG, Art. 3 Bst. a und b WBG SG). Die zuständigen Behörden haben ein grosses Ermessen, auf welche Weise sie Gefährdungen durch Naturgefahren begegnen wollen. Sofern nach der Gefahrenkarte Flächen mit Gefährdungen vorliegen, bestehen grundsätzlich Einschränkungen hinsichtlich der Nutzung (vgl. Art. 52 und Art. 129 BauG, Art. 20 Bst. a WBV). Für die betroffenen Gebiete können im Baureglement oder in einem Sondernutzungsplan Vorschriften erlassen werden (Art. 12 Abs. 2 WBG SG). Die Einzelheiten richten sich nach den konkreten örtlichen Gegebenheiten und Gefährdungen. Je nach Art und Intensität der Gefährdungen können konkrete Festlegungen zweckmässig sein, um der Gefährdung zu begegnen.

#### **B Beurteilung durch das Verwaltungsgericht**

##### *a Zweckmässige Abgrenzung aus Sicht Erschliessung und baulicher Entwicklung*

Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass der Überbauungsplan laut Art. 2 Satz 1 besV in erster Linie die bauliche Entwicklung und die Erschliessung im Geltungsbereich regle. Diesbezüglich sei nicht umstritten, dass der Plan mit einer Perimeterfläche von 10'913 m<sup>2</sup> grundsätzlich eine zweckmässig Areal-grösse aufweise. Auch könne die Parzelle Nr. 0002 zusammen mit den Grundstücken Nrn. 0003 und 0004, welche ebenfalls der WG2 zugeordnet seien, zweckmässig genutzt werden. Auf den ersten Blick erscheine eine Abgrenzung des Überbauungsplans entlang der Zonengrenze – die Parzelle Nr. 0002 liege in der Wohn-Gewerbe-Zone WG2, währenddessen das Plangebiet der WG3 zugewiesen sei – daher unter der Zwecksetzung von Art. 2



Satz 1 besV grundsätzlich nicht als willkürlich, was die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid – vorbehältlich der folgenden Ausführungen – nachvollziehbar dargetan habe.

*b Unzweckmässige Abgrenzung aus Sicht Hochwasserschutz*

Das Verwaltungsgericht hielt weiter fest, dass der Überbauungsplan nach Art. 2 Satz 2 und Bst. a besV „ergänzend“ auch bezwecke, den Hochwasserschutz sicherzustellen. Diesbezüglich sei der Gemeinde zunächst zuzugutezuhalten, dass sie – entgegen anderslautender Darstellung der Beschwerdeführer – mit einem umfassenden Massnahmenkonzept eine Gesamtbeurteilung der vom Kanton bezeichneten (vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. c RPG, Art. 21 Abs. 1 WBV, Art. 12 Abs. 1 WBG SG), bestehenden Hochwasserschutzdefizite in eingezonten Flächen auf ihrem Hoheitsgebiet gemäss den Vorgaben des kantonalen Richtplans fristgerecht vorgenommen habe.

Sodann seien für die Gewährleistung des Hochwasserschutzes auf Parzelle Nr. 0001 als raumplanerische Massnahme Vorschriften betreffend Mindestkote (Art. 11 Abs. 1 besV) und Terrainaufschüttungen (Art. 16 Abs. 1 besV) erlassen worden. Dies deshalb, weil die Parzelle Nr. 0001, wie das gesamte Gebiet Y., gegenüber dem Bahndamm und der Hauptstrasse teilweise rund drei bis vier Meter tiefer in einer Senke liege. Im Gebiet Y. befänden sich neben dem Grundstück Nr. 0001 jedoch auch die Grundstücke Nrn. 0002 (unüberbaut) und 0003 (mit Wohnhaus und Pferdestallung überbaut). Auch diese Grundstücke lägen in der besagten Senke, weshalb sie in der Gefahrenkarte des Kantons St.Gallen wie die Parzelle Nr. 0001 grösstenteils in Bereiche mit mittlerer (blau) sowie erheblicher (rot) Hochwassergefährdung eingestuft seien. Die Hochwassergefahr gehe dabei für das ganze Gebiet Y. hauptsächlich vom W.- bzw. S.-Bach aus. Bei dieser Sachlage erscheine es unter dem Aspekt des Hochwasserschutzes sachlich nicht vertretbar, dass die Parzellen Nrn. 0002 und 0003 (mitsamt einem rund 5 m breiten, angrenzenden Streifen auf Parzelle Nr. 0004) nicht in den Perimeter des Überbauungsplans einbezogen worden seien, was vom AREG bereits im Vorprüfungsbericht bemängelt worden sei. Dies umso mehr, als sich die Hochwassergefahr durch den Überbauungsplan gemäss dem Bericht auf den Grundstücken Nrn. 0002 und 0003 tendenziell verschärfe bzw. eine etwas grössere Fläche dieser Parzellen neu in den Bereich mit erheblicher (rot) Hochwassergefährdung falle und im Überbauungsplan keine Hochwasserentlastungsmassnahmen für die benachbarten Grundstücke Nrn. 0002 und 0003 vorgesehen seien. Darüber hinaus sei nicht nachvollziehbar, wieso die gemeindeeigenen Parzellen Nrn. 0006 und 0007 (Nordteil), auf welchen der eingedolte W.- bzw. S.-Bach entlang des Überbauungsplanareals verlaufe, unter dem Gesichtspunkt des Hochwasserschutzes nicht in den Perimeter einbezogen worden seien, obgleich sich eine künftige Offenlegung dieser Bäche auf die Hochwassersituation im gesamten Gebiet Y. auswirken könnte und die Beschwerdegegnerin selbst eingeräumt habe, dass unter



Umständen „geeignete Massnahmen“ zur Behebung der ungenügenden Abflusskapazität dieser Bäche (Gemeindegewässer) ergriffen werden müssten. Demnach sei das Plangebiet des Überbauungsplans nach den tatsächlichen Gegebenheiten willkürlich abgegrenzt. Der Hochwasserschutz als massgeblicher Einzelaspekt sei, wenn überhaupt, unvollständig und deutlich unsorgfältig in die Interessenabwägung einbezogen worden. Mit dem Schutz vor Hochwasser sei es nicht vereinbar, das neue Plangebiet bloss auf jenes Grundstück zu beschränken, deren Grundeigentümerinnen zu einer Neuüberbauung bereit seien. Die Beschwerde sei aus diesem Grund gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist.

## 2 Gewässerraum und Sondernutzungsplan

Aus prozessökonomischen Gründen äusserte sich das Verwaltungsgericht auch noch zum Verhältnis Gewässerraum und Sondernutzungsplan.

### A Kreisschreiben des Kantons St.Gallen zum Gewässerraum

#### a *Inhalt der Kreisschreiben und rechtliche Qualifikation*

Das Verwaltungsgericht verwies zunächst auf die Kreisschreiben „Übergangsrecht zur Festlegung der Gewässerräume“ vom 16. Mai 2012 sowie „Die Festlegung der Gewässerräume nach dem Planungs- und Baugesetz vom 27. April 2016“ vom 5. Dezember 2017. Darin würden die bundesrechtlichen Minimalvorgaben zum Gewässerraum im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insoweit verschärft, als neue Überbauungs- resp. Sondernutzungspläne, die fliessende Gewässer tangierten, nur genehmigt werden könnten, wenn sie im übergangsrechtlich geltenden, provisorischen Gewässerabstandsbereich – über die Wirkung einer Planungszone hinaus – keine Festlegungen treffen, also keine Bauten oder Anlagen zulassen würden. Liessen solche Sondernutzungspläne hingegen im übergangsrechtlichen Abstandsbereich bauliche Vorkehren zu, falle danach eine Genehmigung nach Art. 31 BauG (Art. 38 PBG) nur in Betracht, wenn gleichzeitig mit dem Erlass des Sondernutzungsplans der definitive Gewässerraum nach GSchV ausgeschieden und dadurch belegt werde, dass das Vorhaben den Gewässerraum nicht berühre. Die Kreisschreiben des Baudepartementes seien vollzugslenkende Verwaltungsverordnungen, welche für das Verwaltungsgericht keine bindende Wirkung hätten. Gleichwohl weiche das Verwaltungsgericht an sich nicht von solchen Verwaltungsverordnungen ab, sofern deren generell-abstrakter Gehalt eine dem individuell-konkreten Fall angepasste und gerecht werdende Auslegung der massgebenden Rechtssätze zulasse, welche diese überzeugend konkretisiere.



#### *b Anwendung im konkreten Fall*

Das Verwaltungsgericht erwog, es sei nicht umstritten, dass die Gemeinde in ihrer Nutzungsplanung den Gewässerraum für den W.- und S.-Bach entlang des Überbauungsplanareals (Grundstück Nr. 0001) nicht definitiv festgelegt habe. Ausserhalb des Freihaltbereichs lege der Überbauungsplan im übergangsrechtlichen Gewässerraum des eingedolten W.-Bachs, der nach den Berechnungen des AREG eine Streifenbreite von 8,6 m aufweise, die Zufahrt von der S.-Strasse zum Areal, den Standort der Kehrichtsammelstelle, die Lärmschutzwand sowie den Bereich für den öffentlichen Strassenraum fest. Nach den zitierten Kreisschreiben des Baudepartementes hätten diese Festlegungen grundsätzlich vorausgesetzt, dass die Beschwerdegegnerin gleichzeitig mit dem Erlass des Sondernutzungsplans den definitiven Gewässerraum des W.- und S.-Bachs nach Art. 41a GSchV entlang des Plangebietes ausgeschieden hätte.

#### **B Keine Präjudizierung der Revitalisierung durch Sondernutzungsplan**

Sodann prüfte das Verwaltungsgericht, ob die Festlegungen innerhalb des übergangsrechtlichen Gewässerraums im Überbauungsplan die künftige Revitalisierungsplanung negativ präjudizieren oder vereiteln könnten. Dazu führte es aus, die Gemeinde habe vorliegend den Überbauungsplan nicht gleichzeitig mit einem Wasserbauprojekt für die Offen- und Verlegung des W.- und S.-Bachs entlang des Überbauungsplangebiets öffentlich aufgelegt. Demzufolge könne vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass der Plan von allen für den Hochwasser- und Naturschutz zuständigen Fachstellen hinreichend mitgeprüft und befürwortet worden sei. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass dem Überbauungsplan öffentliche Interessen entgegenstünden, zumal die Breite des Gewässerraums erhöht werden müsse, insbesondere soweit dies zur Gewährleistung des Hochwasserschutzes oder des für eine Revitalisierung erforderlichen Raums nötig sei. Folglich hätten die Beschwerdeführer mit Recht bemängelt, dass die Gemeinde ihre Pflicht verletzt habe, die Revitalisierungsplanung im Rahmen ihrer Sondernutzungsplanung zu berücksichtigen (vgl. hierzu Art. 38a GSchG i.V.m. Art. 41d GSchV), zumal der Hochwasserschutz, der mit dem strittigen Überbauungsplan ebenfalls sichergestellt werden solle bzw. die Ergebnisse der Gefahrenkartierung eine Grundlage für die Festlegung des Gewässerraums bilde. Bei der dargelegten Aktenlage könne mangels Wasserbauprojekt nicht abschliessend beurteilt werden, ob genügend grosse, unüberbaute Flächen für die künftige Offenlegung des W.-Bachs und seiner Ufer und seines Gewässerraums frei blieben.



## Weitere Hinweise

Urteil des Bundesgerichtes 2C\_461/2011 vom 9. November 2011 Erw. 5.3 ff.  
in: ZBI 113/2012, S. 617 ff.

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_608/2014 vom 3. September 2015 Erw. 5.1

VerwGE B 2013/8 und B 2013/9 vom 12. Februar 2014 Erw. 4.3.1

VerwGE B 2013/116 vom 14. Mai 2014 Erw. 3.1.1

VerwGE B 2013/166 vom 4. Dezember 2014 Erw. 3.4

VerwGE B 2013/197 vom 25. August 2015 Erw. 3.2.3

VerwGE B 2015/308 vom 26. Oktober 2017

G. Biaggini, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, in: ZBI 98/1997, S. 1 ff.

C. Fritzsche, in: Hettich/Jansen/Norer [Hrsg.], Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich 2016, Vor Art. 36a-44 GSchG Rz. 20 ff., Art. 36a GSchG Rz. 75 und 108 sowie Art. 38a GSchG Rz. 16 ff.

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 155 und Anhang 3

E. Hepperle, in: Hettich/Jansen/Norer [Hrsg.], Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich 2016, Art. 2 WBG Rz. 16 f. und Art. 3 WBG Rz. 3

K. Hoffmann, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Öffentliches Bau-recht, Zürich 2016, Rz. 5.455

Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 41 Rz. 13

Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Umwelt BAFU vom 20. April 2011, Parlamentarische Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer [07.492] – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung, S. 4 oben, in: URP 2015, S. 301 ff.

Naturgefahren im Kanton St.Gallen, Leitfaden für Vorsorge und Schutz der Naturgefahrenkommission des Kantons St.Gallen vom Mai 2007, S. 24 f. und 26 f.

Wegleitung Hochwasserschutz an Fliessgewässern des Bundesamtes für Wasser und Geologie BWG [heute: Bundesamt für Umwelt BAFU], Bern 2001, S. 46

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2006/II/13 und 2012/II/1



## 2

### Keine Planungszone aufgrund überwiegend politischer Motive

#### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Verwaltungsgerichtes B 2018/40 vom 23. Mai 2018

*Alleine durch das Inkrafttreten des revidierten Raumplanungsgesetzes und des kantonalen Planungs- und Baugesetzes ergeben sich keine erheblich geänderten, neuen Verhältnisse, die den Erlass einer Planungszone rechtfertigen. Zudem widerspricht der Zweck der Planungszone – Bewahrung der niedrigen Baudichte – der planerischen Zielsetzung der angeführten Rechtsänderungen, weshalb diese nicht Anlass für eine mit einer Planungszone zu sichernde Überprüfung der geltenden Nutzungsordnung sein können.*

#### Einleitung

Die X. GmbH ist Eigentümerin eines Grundstücks, das mit einem Einfamilienhaus überbaut ist und eine Gesamtfläche von 1'572 m<sup>2</sup> aufweist. Das Grundstück befindet sich südwestlich des Dorfcentrums im Wohnquartier Z. und ist gemäss Zonenplan der Wohnzone für zweigeschossige Bauten (W2a) zugewiesen. Im Süden grenzt das Grundstück an die Wohnzone für eingeschossige Bauten (W1). Im Jahr 2008 führte die Politische Gemeinde eine Gesamtrevision der kommunalen Ortsplanung durch, welche zusammen mit dem gleichzeitig totalrevidierten Baureglement vom Baudepartement des Kantons St.Gallen am 25. Januar 2010 genehmigt wurde.

Am 16. Februar 2016 reichte die X. GmbH ein Baugesuch für die Erstellung eines Mehrfamilienhauses mit fünf Wohneinheiten und dem Abbruch des Einfamilienhauses ein, wogegen mehrere direkte Nachbarn Einsprache erhoben. Ein Nachbar äusserte sich anlässlich der Bürgerversammlung vom 22. März 2017 besorgt über das konkrete Bauvorhaben und erkundigte sich nach dessen Auswirkungen auf die Bebauung im fraglichen Gebiet sowie nach den Massnahmen, die der Gemeinderat zu ergreifen beabsichtigte. In der Folge erliess der Gemeinderat am 27. April 2017 eine Planungszone bis zum Abschluss der Revision der Ortsplanung, längstens aber für drei Jahre mit der Möglichkeit zur Fristverlängerung um zwei Jahre unter anderem mit der Wirkung, dass innerhalb der Planungszone Neubauten mit Geschosswohnungen für mehr als zwei Familien untersagt sind. Die Planaufgabe erfolgt vom 16. Mai 2017 bis 14. Juni 2017.



Die gegen den Erlass der Planungszone erhobene Einsprache der X. GmbH wies der Gemeinderat ab, wogegen die X. GmbH mit Rekurs ans Baudepartement gelangte. Dieses hiess den Rekurs gut und hob die Planungszone auf. Das von der Gemeinde angerufene Verwaltungsgericht bestätigte den Entscheid des Baudepartementes.

## Erwägungen

### 1 Gesetzliche Grundlagen

#### A Begriff der Planungszone

Müssen Nutzungspläne angepasst werden oder liegen noch keine vor, so kann die zuständige Behörde gemäss Art. 27 RPG für genau bezeichnete Gebiete Planungszone bestimmen. Innerhalb der Planungszone darf nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte (Abs. 1). Planungszone dürfen für längstens fünf Jahre bestimmt werden; das kantonale Recht kann eine Verlängerung vorsehen (Abs. 2). Seit 1. Oktober 2017 ist das kantonale Planungs- und Baugesetz (PBG) in Kraft. Gleichzeitig ist das Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (BauG) aufgehoben worden (Art. 172 PBG). Gemäss Art. 174 PBG wird auf Nutzungspläne, die bei Vollzugsbeginn dieses Erlasses nach Art. 29 BauG bereits öffentlich aufgelegt haben, das bisherige Recht angewendet. Da die Planaufgabe vom 16. Mai bis 14. Juni 2017 erfolgte, ist die Angelegenheit nach bisherigem Baugesetz zu beurteilen.

Auf kantonaler Ebene finden sich die Bestimmungen zur Planungszone in Art. 105 ff. BauG, welche im Übrigen weitgehend dem neuen Recht entsprechen (vgl. Art. 42 ff. PBG). Ist der Erlass oder die Änderung eines Baureglements, eines Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie- oder Abbauplanes oder einer Schutzverordnung oder ist eine Landumlegung angezeigt, kann die zuständige Gemeindebehörde das ganze Plangebiet oder Teile davon als Planungszone bestimmen (Art. 105 BauG). Eine Überprüfung oder allfällige Anpassung der Nutzungsplanung ist nach Art. 21 Abs. 2 RPG dann angezeigt, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben. Auch für den Erlass einer Planungszone wird folglich vorausgesetzt, dass erheblich geänderte Verhältnisse vorliegen. Erst im nachgelagerten Nutzungsplanverfahren zu klären ist indes die Frage, inwieweit die erheblich geänderten Verhältnisse eine Anpassung der geltenden Nutzungsordnung bedingen. Innerhalb der Planungszone, deren Wirkungen die zuständige Gemeindebehörde im Einzelnen festlegt, darf nichts unternommen werden, was die nachgela-



gerte Nutzungsplanung erschweren könnte (vgl. Art. 106 BauG). Planungszonen werden gemäss Art. 107 Abs. 1 BauG für längstens drei Jahre bestimmt. Die Frist kann laut Abs. 2 der zitierten Norm um höchstens zwei Jahre verlängert werden, wenn Rechtsmittelverfahren hängig sind oder andere triftige Gründe vorliegen. Gegen Planungszonen erhobene Rechtsmittel haben keine aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 108 Abs. 3 BauG).

## B Planungszonen als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung

Die Bestimmungen von Art. 105 ff. BauG bezwecken wie Art. 27 RPG die Sicherung der Entscheidungsfreiheit der Planungsbehörden. Künftigen Nutzungsplänen und -vorschriften wird durch den Erlass einer Planungszone eine sogenannte negative Vorwirkung zuerkannt, indem Baubewilligungen nur noch erteilt werden dürfen, wenn dadurch die vorgesehene Neuordnung nicht erschwert wird. Die Planungszone hat also zur Folge, dass im betroffenen Umfang die Anwendung des (noch) geltenden Rechts im Hinblick auf das Inkrafttreten des neuen Rechts ausgesetzt wird. Gleichzeitig bewirkt die Festsetzung von Planungszonen eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung. Sie ist somit mit Art. 26 BV nur dann vereinbar, wenn sie im Sinn von Art. 36 BV auf gesetzlicher Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und voll entschädigt wird, falls sie einer Enteignung gleichkommt. Der Inhalt der konkreten Planungszone ist auf den Sicherungszweck auszurichten und zu beschränken. Mit anderen Worten hat eine Planungszone nicht zur Folge, dass eine künftige Nutzungsordnung strikt (vor-)angewendet würde, wie wenn sie bereits in Kraft stünde. Zu verhindern ist bloss eine Vereitelung der beabsichtigten Planung.

## 2 Voraussetzungen zum Erlass einer Planungszone

### A Überwiegendes öffentliches Interesse an Änderung der geltenden Nutzungsordnung

An der Änderung der geltenden Nutzungsplanung muss ein öffentliches Interesse bestehen, welches die privaten Interessen an ihrer Beibehaltung überwiegt. Konkret muss das öffentliche Interesse an der Sicherung der anstehenden Planung höher zu gewichten sein als das private Interesse der Bauherrschaft an der Realisierung ihres Bauvorhabens nach (noch) geltendem Recht. Bezüglich des Nachweises nach dem öffentlichen Interesse an einer Planungszone bedarf es eines doppelten Interesses. Zum einen ist ein öffentliches Interesse an einer Änderung der geltenden Nutzungsplanung, im Sinne eines hinreichend konkretisierten Planungsbedürfnisses, verlangt. Zum andern muss ein öffentliches Interesse am Erlass der Planungszone zwecks Sicherung des Revisionsvorhabens bestehen. Vorausgesetzt wird



das Bestehen einer einigermaßen verfestigten und begründeten Planungsabsicht, und dass die Vorstellung über die künftige Planung zulässig ist. Rechtsprechungsgemäss dürfen die Anforderungen an den Erlass einer Planungszone nicht zu hoch angesetzt werden. Vielmehr muss es genügen, jede negative bauliche Präjudizierung im fraglichen Gebiet zu verhindern. Ein Entschluss des zuständigen Gemeinwesens, aus dem ein klar umrissener Wille auf Planänderung hervorgeht, genügt.

#### B Hinreichend konkretisiertes Planungsbedürfnis der Gemeinde

Der Erlass einer kommunalen Planungszone fällt im Kanton St.Gallen in den Autonomiebereich der Gemeinde (vgl. Art. 89 KV i.V.m. Art. 2 und 7 BauG). Ein Planungsbedürfnis im eingangs skizzierten Sinne kann etwa dann angenommen werden, wenn die gegenwärtige Regelung der räumlichen Ordnung dem (kantonal- und/oder bundesrechtlichen) Raumplanungsauftrag widerspricht. Es kann sich beispielsweise auf eine Redimensionierung der Bauzonen, auf die Änderung von Nutzungsart und Nutzungsmass innerhalb der Bauzone oder auf den Erlass von Schutzmassnahmen richten. Die Behörde muss indes hinreichend belegen können, dass die geltende Ordnung übergeordnetem Recht nicht (mehr) entspricht, und dass die Planungszone Gebiete betreffen, die für die Änderung der geltenden Ordnung in Betracht fallen. Der Erlass einer Planungszone setzt voraus, dass die Änderung eines Baureglements, der Nutzungsplanung oder einer Schutzverordnung oder eine Landumlegung angezeigt ist. Ein Planungsbedürfnis besteht immer dann, wenn die Verfassung, die Gesetzgebung oder übergeordnete Planungen eine Anpassung der geltenden Nutzungsplanung gebieten.

#### C Erhebliche Änderung der Verhältnisse

Da die Überprüfung und allfällige Anpassung von Nutzungsplänen nach Art. 21 Abs. 2 RPG und Art. 32 Abs. 1 BauG dann angezeigt ist, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben, wird auch für den Erlass einer Planungszone vorausgesetzt, dass sich neue Umstände ergeben haben. Die Bestimmung garantiert der Nutzungsplanung einerseits eine gewisse Beständigkeit (Grundsatz der Planbeständigkeit) und sichert die ihr vom Gesetzgeber zugedachte Funktion (u.a. Rechtssicherheit für den Grundeigentümer). Pläne sind andererseits revidierbar, da Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung gebracht werden müssen und zudem einem Grundeigentümer kein Anspruch auf dauernden Verbleib seines Landes in derselben Zone zukommt. Für eine Planänderung ist indes nötig, dass sich die Verhältnisse seit der Planfestsetzung geändert haben, diese Veränderung die für die Planung massgebenden Verhältnisse betrifft und erheblich ist, damit eine Plananpassung nötig erscheint. Hierfür bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung. Die Erheblichkeit ist bereits dann zu bejahen,



wenn eine Anpassung des Nutzungsplans im fraglichen Gebiet in Betracht gezogen werden kann und das Vertrauen in die Planbeständigkeit nicht so gewichtig ist, dass eine Plananpassung zum vornherein ausgeschlossen ist. Je neuer ein Zonenplan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden, und je einschneidender sich die beabsichtigte Änderung auswirkt, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die für die Planänderung sprechen. Nach Ablauf des Planungshorizonts, der für Bauzonen 15 Jahre beträgt (vgl. Art. 15 Bst. b RPG), sind Zonenpläne grundsätzlich einer Überprüfung zu unterziehen und nötigenfalls anzupassen. Im Rahmen dieser (aufgrund Zeitablaufs notwendig gewordenen) Gesamtrevision können auch veränderte politische Vorstellungen zum Ausdruck kommen. Je näher eine Planungsrevision der 15-Jahres-Frist kommt, desto geringer ist deshalb das Vertrauen eines Grundeigentümers auf die Beständigkeit des Plans zu gewichten, und umso eher können auch geänderte Anschauungen und Absichten eines Planungsorgans als zulässige Begründung für eine Revision berücksichtigt werden.

### **3 Beurteilung im konkreten Fall**

#### **A Keine erhebliche Änderung der Rechtsgrundlagen**

Das Verwaltungsgericht erwog, am 1. Mai 2014 seien das revidierte RPG und die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in der RPV in Kraft getreten. Gemäss Art. 38a Abs. 1 RPG hätten die Kantone innert fünf Jahren nach Inkrafttreten ihre Richtpläne an die Anforderungen der Art. 8 und Art. 8a Abs. 1 RPG anzupassen. Unumstritten sei, dass der kantonale Richtplanteil „Siedlung“ am 17. Januar 2017, mithin vor Erlass der streitigen Planungszone, von der Regierung des Kantons St.Gallen beschlossen und vom Bundesrat am 1. November 2017 genehmigt wurde. Die Siedlungsentwicklung nach innen habe mit dem revidierten Raumplanungsgesetz zwar eine grössere Bedeutung erhalten, sei jedoch (materiell-rechtlich betrachtet) nicht neu. Bereits in aArt. 3 Abs. 3 Ingress RPG (in der Fassung gültig bis 30. April 2014) werde festgehalten, dass die Siedlungen nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten und in ihrer Ausdehnung zu begrenzen seien. Ebenso habe bereits aufgrund des damaligen Rechts das planerische Gebot nach innerer Verdichtung der Bauzonen bestanden.

#### **B Erst kürzlich erfolgte Gesamtrevision der Ortsplanung**

Weiter stellte das Verwaltungsgericht fest, die Beschwerdeführerin habe im Jahr 2008 eine Gesamtrevision der kommunalen Ortsplanung durchgeführt, welche zusammen mit dem gleichzeitig totalrevidierten Baureglement von der Vorinstanz am 25. Januar 2010 genehmigt worden sei. Dabei seien nicht

nur einzelne Teilgebiete der Gemeinde planerisch überprüft, sondern es seien sämtliche damals vorhandenen ortsplanerischen Erlasse einer materiellen Prüfung unterzogen worden. Das streitbezogene Gebiet Z. sei damals ebenfalls Gegenstand der Ortsplanrevision im Jahr 2008 gewesen und sei – wie bis anhin – in der Wohnzone für zweigeschossige Bauten verblieben. Zudem habe die Planungsbehörde damals in Bezug auf die besagte Wohnzone die Regelbauvorschriften gegenüber dem Baureglement von 1995 unverändert belassen. Damit dürften im fraglichen Gebiet nach wie vor zweigeschossige Bauten mit 7,5 m Gebäude- und 10,5 m Firsthöhe bei einer Gebäudelänge von 30 m und einer Ausnutzungsziffer von 0,45 erstellt werden. Da eine innere Verdichtung des Baugebiets bereits vor dem Inkrafttreten der Teilrevision des RPG am 1. Mai 2014 ein planerisches Gebot jeder Ortsplanungsrevision gewesen sei – wenn auch nicht mit der gleich grossen Bedeutung wie heute –, lägen in diesen teilrevidierten Bestimmungen des Raumplanungsgesetzes für sich allein betrachtet keine erheblich geänderten rechtlichen Verhältnisse vor, welche vorliegend eine vorzeitige Überprüfung der Nutzungsplanung rechtfertigen würden. Die Beschwerdeführerin sei bereits bei der Ortsplanrevision im Jahr 2008 grundsätzlich gehalten gewesen, das Quartier Z. auf allfällige Verdichtungsmöglichkeiten (bzw. wohl auf eine seitens der Gemeinde allenfalls angestrebte Reduktion der baulichen Nutzungsmöglichkeiten im Gebiet, im Sinne der vom AREG angeführten „Dichte am richtigen Ort“ hin) vertiefter zu überprüfen und die Nutzungsordnung allenfalls entsprechend anzupassen.

#### C    Veränderte politische Vorstellungen rechtfertigen keine Anpassung der Nutzungsplanung

Das Verwaltungsgericht hielt weiter fest, mit dem Inkrafttreten der Teilrevision des RPG sei der bereits nach früherem RPG geforderten inneren Verdichtung des Baugebiets lediglich viel mehr Gewicht als bisher beigemessen worden, indem mit Art. 1 Abs. 2 Bst. abis und Bst. b sowie Art. 3 Abs. 3 Bst. abis RPG nun ausdrücklich verlangt werde, dass die Siedlungsentwicklung nach innen zu lenken sei, kompakte Siedlungen zu schaffen seien und Massnahmen zur besseren Nutzung der ungenügend genutzten Flächen in Bauzonen und zur Verdichtung der Siedlungsfläche getroffen werden müssten. Es sei damit widersprüchlich, sich auf rechtlich erheblich geänderte Verhältnisse zu berufen, um den Erlass der Planungszone zu rechtfertigen, wenn die – vorläufige – Planungsabsicht der Rechtsänderung gerade entgegengesetzt sei. Es könne keine Rede davon sein, die geltende Nutzungsordnung im Gebiet Z. widerspreche dem Raumplanungsauftrag des übergeordneten Rechts in dem Sinn, dass das Gebiet baulich zu „entdichten“ sei. Dementsprechend habe die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Einreichung ihres Baugesuchs die angeführte Planungsabsicht auch nicht voraussehen können. Im Übrigen sei entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht davon auszugehen, das Bauvorhaben, welches Anlass zum Erlass der Planungszone gegeben habe (fünf Wohneinheiten auf einem Grundstück



von 1'572 m<sup>2</sup> Gesamtfläche), die künftige Planung präjudiziere, so dass diese mit der umstrittenen Planungszone zu sichern sei. Bei der skizzierten Sach- und Rechtslage sei der Vorinstanz zuzustimmen, dass der Erlass der Planungszone nicht auf geänderten (materiell-)rechtlichen Vorgaben, sondern vielmehr auf einer geänderten politischen Einschätzung der Gemeindebehörden beruhe.

#### **4 Schlussfolgerung des Verwaltungsgerichtes**

Zusammenfassend kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass an der Änderung der geltenden Nutzungsplanung und an der Sicherstellung der Änderung durch die Errichtung der von der Beschwerdeführerin erlassenen kommunalen Planungszone kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe. Auch lägen keine erheblich geänderten, neuen Verhältnisse vor. Damit fehle es offenkundig an den erforderlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Planungszone. Dementsprechend wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab und bestätigte den Entscheid des Baudepartementes.

##### Weitere Hinweise

Urteil des Bundesgerichtes 1P.304/1994 vom 2. Februar 1995, in: ZBI 97/1996 S. 229 ff. Erw. 3

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_842/2013 vom 25. August 2014 Erw. 2

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_287/2016 vom 5. Januar 2017 Erw. 3.2

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_298/2010 vom 19. Oktober 2010 Erw. 2.3

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_518/2016 vom 26. September 2017 Erw. 5.5

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_91/2011 vom 26. Oktober 2011 Erw. 3.1 f.

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_534/2012 vom 16. Juli 2013 Erw. 2.3.1

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_91/2011 vom 26. Oktober 2011 Erw. 3.1

BGE 120 Ia 227 Erw. 2c

BGE 113 Ia 444 Erw. 5a

VerwGE B 2014/166 vom 17. Dezember 2015 Erw. 2

A. Griffel, Raumplanungs- und Baurecht, 3. Aufl., Zürich 2017, S. 106

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 267

A. Ruch, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016, N 31 zu Art. 27 RPG

### 3

## Baubewilligungspflichtige Umnutzung bei Vermietung eines Kurszentrums für private Anlässe

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Verwaltungsgerichtes B 2016/222 vom 23. Mai 2018

*Die Vermietung eines Kurszentrums für private Anlässe stellt aufgrund des vergrösserten und veränderten Benutzerkreises und der daraus resultierenden Immissionen eine baubewilligungspflichtige Zweckänderung dar. Nachdem das Betriebs- und Nutzungskonzept die Einhaltung von zumutbaren bzw. lediglich geringfügigen Immissionen durch die externen Vermietungen nicht zu gewährleisten vermag, sind weitergehende immissionsbeschränkende Massnahmen zu prüfen.*

### Einleitung

Der Kanton Zürich ist Eigentümer eines in der Kernzone liegenden Grundstücks in einer st.gallischen Gemeinde. Das Grundstück grenzt im Westen an die Seepromenade des Y.-Sees und ist mit einem Kurszentrum überbaut, in dem der Kanton Zürich eine Hauswirtschaftsschule betreibt. Südlich befindet sich das Grundstück von X., das mit einem Wohnhaus überbaut ist und der Wohnzone W2 zugewiesen ist.

Am 21. September 2012 beschwerte sich X. beim Gemeinderat, die externen (privaten) Anlässe führten durch den damit verbundenen Lärm zu einer massiven Belästigung. In ausgelassener Stimmung würden Feste gefeiert, wozu häufig Musik abgespielt oder von Livebands vorgetragen werde. Die Feiernden würden sich vornehmlich im Garten aufhalten, auch mal an der Grundstücksgrenze urinieren und lärmässig kaum Grenzen kennen; dies über Stunden und manchmal mehrere Tage hintereinander. Aus diesem Grund seien Massnahmen zur Lärmvermeidung erforderlich. Mit Beschluss vom 19. Februar 2013 stellte der Gemeinderat fest, dass weder ein Baubewilligungsverfahren noch ein anderes Verfahren durchzuführen sei und trat auf die Beschwerde nicht ein. Den hiergegen erhobenen Rekurs hiess das Baudepartement mit Entscheid vom 24. März 2015 im Sinn der Erwägungen gut, hob den Beschluss auf und wies die Sache zur Feststellung des rechts erheblichen Sachverhalts und zu neuem Entscheid an den Gemeinderat zurück.



Auf Aufforderung des Gemeinderats reichte der Kanton Zürich am 17. Juli 2015 ein Betriebs- und Nutzungskonzept für das Kurszentrum ein, wonach die Liegenschaft für Kurse genutzt und überdies jährlich für maximal fünf externe Anlässe der Gemeinde, für zehn externe festliche Anlässe (Hochzeits- und Geburtstagsfeiern usw.) sowie für drei externe Weiterbildungsseminare oder Workshops vermietet wird. Die Mieter werden schriftlich verpflichtet, während der Anlässe eine angemessene Lautstärke einzuhalten. Ab 22 Uhr ist der Aufenthalt nur noch im Innern des Gebäudes mit geschlossenen Fenstern gestattet. Bei Anlässen, die länger als bis 20 Uhr dauern, wird die Gemeinde informiert, welche die Gemeindepolizei bzw. die Verkehrsüberwachung für die Kontrolle der Einhaltung der Nachtruhe beauftragen kann. Die Kosten des Polizeieinsatzes gehen zu Lasten des Beschwerdegegners und werden den Mietern weiterbelastet. Über die Anlässe wird ein Tagesjournal geführt. Dieses kann bei Lärmklagen durch die Gemeinde eingesehen werden.

Mit Beschluss vom 14. September 2015 hielt der Gemeinderat fest, dass aufgrund des Betriebs- und Nutzungskonzepts des Kurszentrums weder das Baubewilligungsverfahren noch ein anderes kantonales Verfahren durchzuführen sei und trat auf die Beschwerde nicht ein. Den gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs wies das Baudepartement mit Entscheid vom 20. Oktober 2016 ab. Schliesslich gelangten die Beschwerdeführer ans Verwaltungsgericht, das die Beschwerde guthiess.

## Erwägungen

### 1 Gesetzliche Grundlagen

#### A Bewilligungspflicht von Zweckänderungen

Gemäss Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG (in der hier zur Anwendung kommenden, bis 30. September 2017 gültig gewesenen Fassung) sind Zweckänderungen innerhalb von Bauzonen bewilligungspflichtig, wenn sie Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benutzerkreises zur Folge haben. Wenn die Nutzung einer Liegenschaft mit so wichtigen räumlichen Folgen verbunden ist, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht, unterstehen auch reine Umnutzungen der Baubewilligungspflicht. Baubewilligungspflichtig sind damit sämtliche umweltschutzrechtlich relevanten Änderungen, die Auswirkungen auf das Immissionsmass erwarten lassen. Eine ohne bauliche Vorkehrungen auskommende Zweckänderung unterliegt der Bewilligungspflicht dann nicht, wenn erstens auch der neue Verwendungszweck der in der fraglichen



Zone zulässigen Nutzung entspricht und zweitens sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt und Planung als ausgesprochen geringfügig erweist. Sind die mit der neuen Nutzung verbundenen Auswirkungen intensiver als die bisherigen, so ist von einer bewilligungspflichtigen Nutzungsänderung auszugehen. Dies ist insbesondere bei einer deutlichen Zunahme der Immissionen der Fall.

## B Einzelfallweise Beurteilung der Lärmimmissionen bei Fehlen von Belastungswerten

Nach Art. 11 Abs. 1 BauG umfassen Wohnzonen Gebiete, die sich für Wohnzwecke und nichtstörende Gewerbebetriebe eignen. Sie sollen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten. 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). Fehlen Belastungswerte (wie insbesondere für menschlichen Verhaltenslärm), müssen die Lärmimmissionen von der Vollzugsbehörde im Einzelfall nach Art. 15 USG beurteilt werden, unter Berücksichtigung der Art. 19 und 23 USG (Art. 40 Abs. 3 LSV). Dabei sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung zu berücksichtigen. Sofern die Planungswerte einzuhalten sind, dürfen höchstens geringfügige Störungen zu erwarten sein.

## 2 Beurteilung durch das Baudepartement

### A Keine baubewilligungspflichtige Zweckänderung

#### a *Keine Vergrösserung Benutzerkreis*

Das Baudepartement hielt in seiner Entscheidung fest, indem das Kurszentrum ursprünglich (d.h. vor der Renovation im Jahr 2010) ausschliesslich zu Schulzwecken (dreiwöchige Kurse, interne Weiterbildungsanlässe und Tagungen des Beschwerdegegners) genutzt worden sei mit der Vermietung der Liegenschaft für private Anlässe (Hochzeitsfeiern, Jubiläen u.ä.) eine Zweckänderung herbeigeführt worden. Gestützt auf die von der Gemeinde erteilte Baubewilligung für die Gesamtrenovation der Schule sei es zulässig, im Rahmen der Kurse Veranstaltungen im Erdgeschoss und im Pavillon mit



einer unbestimmten Anzahl Gästen durchzuführen, nachdem die maximal zulässige Belegung nicht angegeben sei. Der bisherige Benutzerkreis umfasse 29 Personen, die während der Kurse im Zentrum übernachten würden sowie eine unbestimmte Anzahl an Besuchern, die im Rahmen der Kurse an Veranstaltungen im Haus teilnehmen könnten. Die Vermietung der Liegenschaft für private Anlässe sowie kulturelle Anlässe der Gemeinde gehe nicht über die Möglichkeiten hinaus, die im Rahmen von Veranstaltungen der Schule bereits bestehen würden. Der Benutzerkreis werde durch die zusätzliche Nutzung nicht vergrössert.

*b Einwirkungen der Zweckänderung auf die Umgebung*

Zur Frage, ob die Zweckänderung zu Einwirkungen auf die Umgebung führt, legte das Baudepartement dar, die von den Rekurrenten eingereichte Liste der Anlässe in den Jahren 2014 und 2015 zeige, dass die Anzahl der bisherigen Veranstaltungen den im Betriebskonzept festgelegten Maximalwerten entspreche. Einzelne Veranstaltungen seien zwar mit gewissen Lärmimmissionen verbunden. Jedoch sei die Anzahl Anlässe beschränkt. Aus der vom Rekursgegner eingereichten Tabelle „Übersicht externe Nutzung 2015“ ergebe sich, dass die Veranstaltungen mehrheitlich nicht länger als bis 18 Uhr bzw. 22 Uhr dauern würden. 2014 und 2015 hätten lediglich zwei Veranstaltungen länger als bis 22 Uhr gedauert. Zu berücksichtigen sei auch, dass bereits der Betrieb der Schule zu ähnlichen Immissionen führe. Dies hätten die Rekurrenten mit den eingereichten Tonaufnahmen mit abendlichen Lärmimmissionen durch Schüler selbst belegt. Zu berücksichtigen sei auch die Lärmbelastung durch den Verkehr. Das Grundstück des Rekurrenten läge zwar in der Wohnzone (Empfindlichkeitsstufe II), würden jedoch im Zentrum an die Kernzone und die Seepromenade angrenzen. Es handle sich somit nicht um eine ausgesprochen ruhige Wohnlage. Die externen Anlässe im Kurszentrum würden zu keiner deutlichen Zunahme der Immissionen führen. Insgesamt stelle die Vermietung des Zentrums für externe Anlässe keine baubewilligungspflichtige Zweckänderung dar.

**B Keine Notwendigkeit weitergehender immissionsbeschränkender Massnahmen**

Bei Vorliegen ausreichender Anhaltspunkte sei auch bei nicht bewilligungspflichtigen Zweckänderungen zu prüfen, ob diese übermässige Immissionen verursachen würden und allenfalls immissionsbeschränkende Massnahmen zu ergreifen seien. Sofern sich geringfügige Immissionen (wie sie konkret gegeben seien) mit kleinem Aufwand erheblich verringern lassen würden, sei es grundsätzlich verhältnismässig, entsprechende Massnahmen zu verlangen. Wenn sich eine Reduktion jedoch als unverhältnismässig oder unmöglich erweise, seien die Immissionen von den Betroffenen hinzunehmen. Der Rekursgegner habe bereits weitreichende Massnahmen zum Schutz der



Nachbarn vor Lärmimmissionen unternommen. Mit der Beschränkung der Anzahl Anlässe und der Verpflichtung, sich ab 22 Uhr im Innern des Gebäudes bei geschlossenen Fenstern aufzuhalten, seien übermässige Immissionen für die Rekurrenten weitgehend ausgeschlossen. Es seien keine weiteren Massnahmen ersichtlich, die mit kleinem Aufwand zu einer weiteren Immissionsverringerung beitragen würden. Ein Verbot der Vermietung für externe Anlässe wäre angesichts der geringfügigen Immissionen unverhältnismässig. Die beschränkte Nutzung der Liegenschaft für private Anlässe und öffentliche Veranstaltungen der Gemeinde sei in der Kernzone ohne weiteres zonenkonform. Es bestehe aufgrund der zentralen Lage der Liegenschaft angrenzend an See auch ein öffentliches und ein privates Interesse an deren Nutzung. Es sei daher nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde keine weitergehenden immissionsbeschränkenden Massnahmen getroffen habe.

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

#### **A Vorliegen eines vergrösserten Benutzerkreises**

Das Verwaltungsgericht erwog, die Feststellung des Baudepartementes, wonach mit der Vermietung für private Anlässe eine Zweckänderung stattgefunden habe, werde vorliegend nicht bestritten. Hinsichtlich der streitigen Frage, ob mit der erfolgten Zweckänderung auch eine Vergrösserung des Benutzerkreises verbunden ist, ergebe sich aus den Baugesuchunterlagen von 2010, dass das Kurszentrum Platz für 28 „Arbeitnehmer“ (damit dürften Schlafplätze für Schüler und Lehrpersonen gemeint sein) biete. Die Grundrisse für das erste und zweite Obergeschoss sowie das Dachgeschoss wiesen insgesamt (maximal) 29 Schlafplätze aus. Nach den Darlegungen der Vertreterin des Schulbetriebs vor Ort am vorinstanzlichen Augenschein sei für Veranstaltungen mit Mittag- oder Abendessen Platz für 30 bis 40 Personen vorhanden, wobei bei 40 Personen beengte Verhältnisse vorlägen. Im Rahmen der früheren ausschliesslichen Nutzung für Kurse gehörten zum Benutzerkreis einzig Lehrer, Schüler und – als Besucher – allenfalls Verwandte und Freunde der Schüler. Allseits unbestritten sei demgegenüber, dass bei einzelnen öffentlichen Veranstaltungen der Gemeinde mehrere hundert Personen teilgenommen und es vereinzelt private Feiern mit über 200 Personen gegeben hatte. Eine Vergrösserung und eine Veränderung des Benutzerkreises im Vergleich zu den früheren Verhältnissen mit ausschliesslicher Nutzung für Kurse könne von daher – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht in Abrede gestellt werden.



## B Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens erforderlich

Das Verwaltungsgericht hielt weiter fest, die Durchführung eines Bewilligungsverfahrens für die Nutzungsänderung erscheine konkret insofern angebracht, als die Auswirkungen auf die Nachbarschaft bzw. die Zunahme der Immissionen durch die Vermietung der Liegenschaft an Private und an die Gemeinde nicht ohne Weiteres als „ausgesprochen geringfügig“ bezeichnet werden können, zumal die Nutzungsänderung neu unbestritten auch Immissionen an den Wochenenden mit sich gebracht habe, während sich die Kurse sich auf die Wochentage beschränkten. Mit dem Betriebs- und Nutzungskonzept werde die Anzahl externer Anlässe pro Jahr zwar auf fünf Anlässe der Gemeinde, drei externe Weiterbildungsseminare, sieben externe (private) Anlässe ohne Übernachtungen und drei externe (private) Anlässe mit Übernachtung beschränkt. Für die Anlässe, welche mehrere Tage dauern, sei die Anzahl Übernachtungen nicht definiert. Die Dauer sei auch für die Anlässe und die Weiterbildungsseminare nicht festgelegt. Jedenfalls ergäben sich (mindestens) 21 Vermietungstage pro Jahr, welche vorab an Wochenenden und in der warmen Jahreszeit anfallen dürften.

## C Notwendigkeit von weitergehenden Massnahmen

Zur Feststellung des Baudepartementes, wonach keine weiteren Massnahmen ersichtlich seien, die mit kleinem Aufwand zu einer weiteren Immissionsverringerung beitragen würden, hielt das Verwaltungsgericht fest, dass sich eine Immissionsverringerung bzw. -begrenzung bereits aus der Reduktion der Vermietungstage und der Festlegung der (maximalen) Gästezahl sowie der Dauer der musikalischen Darbietungen ergäbe. Dem Betriebs- und Nutzungskonzept sowie den Mietbedingungen liesse sich keine detaillierte Regelung hinsichtlich der Teilnehmeranzahl, der Nutzung des Gartens und der Livemusik-Auftritte im Freien (Dauer, Lautstärke) entnehmen. Diesbezüglich werde den Mietern mit dem Hinweis, dass eine „angemessene Lautstärke“ und ab 22 Uhr Nachtruhe einzuhalten bzw. der Aufenthalt nur noch im Innern des Gebäudes gestattet sei und kostenpflichtige Kontrollgänge durch die Gemeindepolizei durchgeführt würden, im Wesentlichen freie Hand gelassen. Dabei zeige bereits der Umstand, dass eine solche Regelung überhaupt nötig geworden sei, dass die zuvor angefallenen Immissionen nicht „ausgesprochen geringfügig“ gewesen sein konnten. Die Durchführung von Kontrollgängen liege offenbar im „Kann“-Ermessen der Gemeinde. Ob sich ohne entsprechende Verpflichtung zu Kontrollgängen die Nachtruhe im erwähnten Sinn durchsetzen lasse, erscheine jedoch fraglich. Jedenfalls liessen sich die Schilderungen des Beschwerdeführers über Ruhestörungen nicht in Einklang bringen mit dem Vorbringen des Beschwerdegegners, wonach die von den Beschwerdeführern aufgebotene Polizei jeweils keine Ruhestörung habe feststellen können; hier stünden sich auf-



grund der vorhandenen Akten nicht abschliessend überprüfbare gegensätzliche Aussagen gegenüber. Zweifelhaft erscheine sodann, ob der blosser Hinweis, dass eine angemessene Lautstärke einzuhalten sei, einer konkreten Lärmbegrenzungsregelung für die Zeit vor 22 Uhr zu genügen vermöge. Zutreffend dürfte in diesem Zusammenhang das Vorbringen des Beschwerdeführers sein, dass sich eine zu einem Fest aufgebote Livemusik nicht einfach leiser drehen oder abkürzen lasse. Eine angemessene zeitliche Begrenzung der Livemusik-Darbietungen wäre in dieser Situation jedenfalls prüfenswert. Insgesamt vermöge das Betriebs- und Nutzungskonzept die Einhaltung von zumutbaren bzw. lediglich geringfügigen Immissionen durch die externen Vermietungen nicht zu gewährleisten. Die erfolgte Zweckänderung unterstehe aufgrund des vergrösserten und veränderten Benutzerkreises sowie aufgrund der daraus resultierenden Immissionen der Bewilligungspflicht. Der angefochtene Entscheid lasse sich bei den geschilderten Gegebenheiten nicht aufrechterhalten.

#### D Schlussfolgerung des Verwaltungsgerichtes

Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut, hob den Rekursentscheid auf und wies die Angelegenheit zur Durchführung des Baubewilligungsverfahrens mit Prüfung von immissionsbegrenzenden Massnahmen an die Gemeinde zurück.

#### Weitere Hinweise

BGE 119 Ib 226 Erw. 3a mit Hinweisen

BGE 113 Ib 219 Erw. 4d

BGE 139 II 134 Erw. 5.2

BGer 1C\_753/2013 Erw. 6 mit Hinweisen

VerwGE B 2011/175 vom 3. Juli 2012 Erw. 2.5

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 858 mit Hinweis auf GVP 2000 Nr. 76

# 4

## Ausnützungsberechnung eines innerhalb mehrerer Zonen liegenden Grundstücks

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Verwaltungsgerichtes B 2016/170 vom 22. März 2018

*Liegt ein Grundstück in mehreren Zonen, wird für die Berechnung der Ausnützung nur diejenige Zonenfläche berücksichtigt, auf der das Bauvorhaben zu stehen kommt. Eine Mischrechnung ist nicht zulässig.*

### Einleitung

Die X. AG ist Eigentümerin eines Grundstücks, das im südlichen Teil der Wohnzone W2 und im nördlichen Teil in der Wohnzone W1 zugewiesen ist.

In der Folge ersuchte die X. AG um Erteilung der Bewilligung für den Bau eines Dreifamilienhauses mit drei Doppelgaragen auf dem Grundstück. In- nert der Auflagefrist erhoben mehrere Nachbarn Einsprache gegen das Bau- vorhaben mit der Begründung, die zulässige Ausnützung werde erheblich überschritten. Da das Bauvorhaben lediglich im Grundstücksteil, welcher der Wohnzone W2 zugewiesen sei, realisiert werden solle, dürfe auch nur diese Parzellenfläche angerechnet werden. Die Baukommission wies die Einspra- chen ab und erteilte der X. AG die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen.

Den dagegen von den Nachbarn erhobenen Rekurs hiess das Baudeparteme- nt gut. Das daraufhin von der X. AG angerufene Verwaltungsgericht wies deren Beschwerde ab und bestätigte den Entscheid des Baudepartementes.



## Erwägungen

### 1 Gesetzliche Grundlagen

Gemäss dem mit dem neuen Planungs- und Baugesetz (abgekürzt PBG) aufgehobenen, aber im Rekurs- und Beschwerdeverfahren noch anwendbaren Art. 61 Abs. 1 BauG ist die Ausnützungsziffer die Verhältniszahl der Summe aller anrechenbaren Geschossflächen zur anrechenbaren Parzellenfläche (Art. 61 Abs. 1 BauG). Art. 61 Abs. 3 BauG bestimmt, dass als anrechenbare Parzellenfläche die von der Baueingabe erfasste Parzellenfläche innerhalb vermarkter Grenzen gilt, soweit sie nicht bereits früher zur Ausnützung eingerechnet worden ist.

Laut Art. 63 BauG ist die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken zur Berechnung der Ausnützungsziffer ausnahmsweise zulässig, wenn die betroffenen Grundeigentümer sich schriftlich zu einem Verzicht auf die spätere Überbauung verpflichten.

### 2 Beurteilung durch das Baudepartement

#### A Grundsatz des Verbots einer interzonalen Ausnützungsanrechnung

Das Baudepartement verwies in seiner Entscheidung zunächst auf das Bundesgericht, das die Zulässigkeit der Nutzungsübertragung von einer bestimmten Zone auf eine andere Zone mit abweichenden Nutzungsvorschriften in ständiger Rechtsprechung verneine. Wie dieses ausführe, hätte eine interzonale Ausnützungsanrechnung zur Folge, dass für das Gebiet längs der Zonengrenze verschiedene Nutzungsziffern gelten würden und damit Bauten mit unterschiedlicher Ausnutzung des Bodens entstünden, was nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen würde. Entsprechend würde die Zulässigkeit von Mischrechnungen bedeuten, dass die vom Zonenplan festgelegte Zonengrenze missachtet und durch gewöhnliche Verwaltungsverfügung die vom kommunalen Gesetzgeber beschlossene Unterteilung des Baugebiets verändert würde. Auch würden Mischrechnungen normalerweise keinen harmonischen Übergang von einer Zone zu einer anderen gewährleisten. Das Verbot einer solchen Mischrechnung gelte unabhängig davon, ob die unterschiedlichen Zonen auf zwei verschiedenen Grundstücken liegen würden oder die Zonengrenze – wie vorliegend – durch ein Grundstück verlaufe. Andernfalls wäre es zum Beispiel möglich, die gesamte Nutzung auf der Teilfläche mit der vorgesehenen niedrigeren Nutzung (vorliegend in der Wohnzone W1) zu realisieren, was der Absicht der Planungsbehörde komplett entge-



genstehen würde. Entsprechend sei bei zonenmässig zweigeteilten Grundstücken mangels besonderer Bestimmung das Mass der Nutzung für beide Parzellenteile gesondert zu ermitteln. Eine Ausnahme vom Übertragungsverbot sei nach der Rechtsprechung nur aufgrund einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift zulässig. Nach st.gallischem Recht sei die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken zur Berechnung der Ausnützungsziffer zulässig, wenn die betroffenen Grundeigentümer sich schriftlich zu einem Verzicht auf die spätere Überbauung verpflichten würden (Art. 63 BauG). Jedoch sei auch hier zu beachten, dass die Nutzungsübertragung von einer Zone in eine solche mit anderen Nutzungsvorschriften nicht zulässig sei. Gleiches müsse – aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – auch für entsprechende Grundstücksteile gelten, wenn ein einziges Grundstück in mehreren Zonen liege.

#### B Gesonderte Ausnützungsberechnung je Grundstücksteil

Das Baudepartment kam zum Schluss, dass nicht die gesamte Grundstücksfläche unbesehen ihrer Zonenzugehörigkeit angerechnet werden könne. Vielmehr sei vorliegend das Mass der Nutzung für jeden Grundstücksteil gesondert zu berechnen. Daran ändere auch nichts, dass hier eine Fläche mit einer tieferen Ausnützung einer Fläche mit höherer Ausnützung zugeordnet werde, weil so oder anders für das Gebiet längs der Zonengrenze verschiedene Nutzungsziffern gelten würden. Vorliegend solle das Bauvorhaben im Grundstücksteil, welcher der Wohnzone W2 zugeschrieben sei, realisiert werden. Dies habe zur Folge, dass für die vorliegend vorzunehmende Berechnung nur die sich in der Wohnzone W2 befindliche Grundfläche des Baugrundstücks berücksichtigt werden könne. Entsprechend betrage die maximal zulässige Geschossfläche 609,50 m<sup>2</sup>. Das Bauvorhaben sehe jedoch eine anrechenbare Geschossfläche von 749,25 m<sup>2</sup> vor. Dies würde – auf dem Grundstücksteil, der der Wohnzone W2 zugeschrieben sei – einer Ausnützung von 0,61 entsprechen. Es liege somit eine erhebliche Übernutzung vor. Selbst wenn dieser Grundstücksteil in der Wohnzone W3 liegen würde, würde das Bauvorhaben die dort zulässige Ausnützung von 0,6 noch überschreiten.

### 3 Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht

#### A Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin wendete vor Verwaltungsgericht ein, das Baugrundstück weise eine Parzellenfläche von 1'700 m<sup>2</sup> auf. Von dieser Fläche sei noch keine Fläche anderweitig zur Ausnützung eingerechnet worden. Somit gelte die gesamte Parzellenfläche als anrechenbar. Vorliegend finde keine



Nutzungsübertragung statt. Die den im Rekursentscheid zitierten Gerichtsentscheiden zugrundeliegenden Baugesetze anderer Kantone bezögen die anrechenbare Landfläche jeweils auf die in der entsprechenden Bauzone liegende Grundstücksfläche. Der Kanton St.Gallen definiere hingegen die anrechenbare Parzellenfläche ausschliesslich und klar mit der innerhalb der vermarkten Grenze liegenden Fläche. Eine Abgrenzung innerhalb der jeweiligen Bauzone werde nicht gefordert (Art. 61 Abs. 3 BauG). Diese gesetzliche Grundlage sei klar und eindeutig. Es handle sich dabei um eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift, welche die interzonale Ausnützungsanrechnung zulasse. Für die Bestimmung der anrechenbaren Parzellenfläche sei einzig die Fläche innerhalb vermarkter Grenzen massgebend. Keine Rolle spiele es deshalb, in welcher Zone sich die Parzellenfläche befinde. Die Baute dürfe beliebig auf der jeweiligen Parzelle platziert werden, sofern die baurechtlichen Vorschriften für die Parzelle eingehalten seien. Vorliegend würden keine baurechtlichen Vorschriften verletzt. Das st.gallische Recht lasse eine Nutzungsübertragung zu (Art. 63 BauG).

## B Beurteilung durch das Verwaltungsgericht

Zum Einwand der Beschwerdeführerin, wonach im Kanton St.Gallen eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift bestehe, welche die interzonale Ausnützungsanrechnung zulasse, erwog das Verwaltungsgericht, dass Art. 61 Abs. 3 BauG keine Regelung zur Ausnützungsberechnung bei Bestehen von mehreren Zonen innerhalb derselben Parzelle enthalte und eine solche insbesondere auch nicht explizit (im Sinn einer Ausnahme) zulasse. Eine Ausnahmeregelung im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lasse sich aus dieser Bestimmung nicht ableiten. Art. 63 BauG erlaube sodann – anders als die dem von der Vorinstanz zitierten Urteil des Bundesgerichtes 1C\_30/2016 vom 21. Juni 2016 zugrundeliegende kantonale Norm – eine Nutzungsübertragung von einer Zone in eine solche mit anderen Nutzungsvorschriften nicht.

Das Verwaltungsgericht fuhr fort, dass die Vorinstanz ihren Entscheid einlässlich und überzeugend begründet habe. Er stehe im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung. Entgegen der Auffassung der Beschwerdebeteiligten sei nicht ersichtlich, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid eine krasse Schlechterstellung der Grundeigentümer von Parzellen bewirke, welche von mehreren Zonen überlagert seien. Dies umso weniger, als vorliegend die in der Zone W1 liegende Fläche von 481 m<sup>2</sup> ihren Marktwert als Bauland beibehalte und eine Veräusserung möglich bleibe. Eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in dem Sinn, dass Grundeigentümer von Parzellen, welche von zwei Zonen überlagert würden, anders behandelt würden als Grundeigentümer von Parzellen, welche in einer einzigen Zone



lägen, sei nicht belegt. Eine Rechtsverletzung könne daher nicht als dargetan gelten. Dementsprechend bestätigte Verwaltungsgesicht den angefochtenen Entscheid des Baudepartementes und wies die Beschwerde ab.

#### Weitere Hinweise

Urteil des Bundesgerichtes 1P.256/2006 vom 18. Juli 2016

Urteil des Bundesgerichtes 1C\_30/2016 vom 21. Juni 2016 Erw. 3.2

BGE 109 IA 188 Erw. 3

VerwGE B 2014/176 vom 17. Dezember 2015 Erw. 3.1.2 und Erw. 3.3.1

Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 725

B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 674

F. Huber, Die Ausnützungsziffer, Dissertation Zürich 1986, S. 84

ZBL 108/2007, S. 451



# 5

## Freihandvergabe über dem zulässigen Schwellenwert

### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Verwaltungsgerichtes B 2016/146 vom 22. Februar 2018

*Eine freihändige Vergabe über dem massgeblichen Schwellenwert ist nur im Fall einer In-House-Vergabe oder bei Vorliegen eines gesetzlichen Ausnahmegrundes zulässig. Konkret liegt weder ein In-House-Geschäft noch Ergänzungsauftrag vor noch kann sich die Vergabestelle darauf berufen, dass aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums nur der berücksichtigte Anbieter in Frage kommt.*

### Einleitung

Eine politische Gemeinde erteilte einer GmbH den Zuschlag für die Unternehmens- und Managementberatung unter dem Projekttitel „Nachhaltige Governance“ im freihändigen Verfahren gemäss GATT/WTO-Abkommen zum Preis von Fr. 400'000.–. Die Wettbewerbskommission WEKO erhob gegen den publizierten Zuschlag Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, es sei unter Kostenfolge festzustellen, dass die Vergabe des Auftrags im freihändigen Verfahren den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränke. Das Gericht bestätigte in der Folge, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe nicht erfüllt gewesen seien.

### Erwägungen

#### 1 Beschwerdebefugnis der WEKO

Die WEKO kann gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM gerichtlich feststellen lassen, dass ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Gegen Verfügungen, die insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens den freien Zugang zum Markt beschränken, muss das



kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorsehen (Art. 9 Abs. 1 BGBM). Die WEKO, die mit ihrem Rechtsmittel nicht einem bestimmten Anbieter zum Zuschlag verhelfen will, ist dementsprechend befugt, beschwerdeweise geltend zu machen, die ausnahmsweise freihändige Vergabe durch die Vergabestelle habe den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Das Gericht erlässt darauf eine entsprechende kostenpflichtige Feststellungsverfügung.

## **2 In-State-Vergabe als nicht dem Beschaffungsrecht unterstehende Auftragserteilung**

### **A Begriff der In-State-Vergabe**

Als nicht dem Beschaffungsrecht unterstehende In-State-Vergabe gilt die Auftragserteilung eines öffentlichen Auftraggebers an ein rein öffentliches Subjekt ohne jede Privatbeteiligung, das ausschliesslich Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber entfaltet, wobei diese Tätigkeiten im öffentlichen Interesse stattfinden und nicht auf kommerzieller Basis abgewickelt werden. Entscheidend ist, dass sie ausserhalb des Marktes ohne Wettbewerbsberührung erfolgen, also wettbewerbsneutral sind. Erfolgt die Auftragserteilung an einen öffentlichen Leistungserbringer, der (auch) kommerziell, das heisst mit Gewinnabsicht tätig wird, liegt keine In-State-Beschaffung vor.

### **B Zuschlagsempfängerin kein Subjekt des öffentlichen Rechts ohne jede Privatbeteiligung**

Bei der Zuschlagsempfängerin handelt es sich um eine privatrechtliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital von Fr. 20'000.–. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist eine private Person. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie die Entwicklung und Anwendung von Konzepten, Methoden und Instrumenten für nachhaltige Governance und nachhaltiges Management von Institutionen und Organisationen in Gesellschaft und Wirtschaft. Ihr Angebot umschreibt sie als auf den spezifischen Entwicklungsbedarf der Organisation des Auftraggebers fokussierte und auf die aktuellen Prioritäten seines Geschäftes abgestimmte Begleitung mit dem Ziel, die kollektive Sinn- und Wertschöpfung zu maximieren und die Fähigkeit zu kontinuierlicher Entwicklung und einem Wandel aus eigener Kraft zu schaffen. Das Verwaltungsgericht kam deshalb zum Schluss, dass die Zuschlagsempfängerin kein Subjekt des öffentlichen Rechts ohne jede Privatbeteiligung sei, das ausschliesslich auf nicht kommerzieller Basis Tätigkeiten für öffentliche Arbeitgeber entfalte. Die Vorinstanz habe den Auftrag somit nicht mit der Begründung freihändig vergeben können, es handle sich um eine In-State-Vergabe.



### **3 Ausnahmsweise Zulässigkeit der freihändigen Vergabe**

#### **A Grundsatz**

Ein Auftrag darf insbesondere dann unabhängig von seinem Wert im freihändigen Verfahren vergeben werden, wenn im Zusammenhang mit einem vergebenen Auftrag Ergänzungsaufträge notwendig sind (Art. 16 Ingress und Bst. d VöB; Art. XV Ziff. 1 Ingress und Bst. d GPA), wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt bzw. es keine angemessene Alternative oder es keine Ersatzware gibt (Art. 16 Abs. 1 Ingress und Bst. b VöB; Art. XV Ziff. 1 Ingress und Bst. b GPA).

Das freihändige Verfahren kommt grundsätzlich nur zur Anwendung, wenn der Auftragswert unterhalb des Schwellenwerts für das Einladungsverfahren liegt. Für eine Ausnahme muss ein in Art. 16 VöB aufgezählter Ausnahmegrund vorliegen. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen sind die Ausnahmetatbestände restriktiv auszulegen.

#### **B Konkret keine Ausnahmegründe für eine freihändige Vergabe vorhanden**

Vorliegend kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die von Vergabestelle geltend gemachte Situation der ausschliesslich möglichen Vergabe des Auftrags an die Zuschlagsempfängerin mit einem Ausgabenvolumen von 400'000 Franken auf ihr eigenes Verhalten zurückzuführen sei, weshalb sie die ausnahmsweise freihändige Vergabe nicht auf Art. 16 Abs. 1 VöB abstützen könne. Sodann könnten selbst im aktuellen Stadium des Projekts andere Anbieter den Auftrag noch erfüllen. Dass sich aufgrund des Projektfortschrittes mittlerweile eine Situation ergeben habe, in der die Vergabestelle eine Weiterführung mit der bisherigen Anbieterin beziehungsweise mit dessen „Spin-off“-Unternehmen bevorzuge, habe sie selbst zu vertreten. Indem sie sechs Anbieter zur Einreichung eines Angebots für die erste beschränkte Phase eingeladen habe, sei sie beim Start des Projektes noch selber davon ausgegangen, dass das umfassende Projektziel nicht bloss auf einem Weg erreicht werden könne. Eine freihändige Vergabe erscheine deshalb nicht als alternativlos. Im jetzigen Stand des Projektes könne die Vergabestelle mithin nicht mit Erfolg geltend machen, dass einzig mit dem vereinbarten Verfahren das Projektziel erreicht werden könne.



## C Ergänzungsauftrag als besonderer Ausnahmegrund

### a *Allgemein*

Von einem Ergänzungsauftrag kann nur die Rede sein, wenn er im Vergleich zum Hauptauftrag, auf den er sich bezieht, von untergeordneter Bedeutung ist. Eine Behörde könnte sonst durch die Vergabe eines kleinen Auftrags für eine Studie oder ein Vorprojekt, die allenfalls noch freihändig erfolgen darf, jederzeit erreichen, dass sie anschliessend auch einen grösseren Auftrag, welcher der Weiterführung der begonnenen Projektierung dient, ohne die Einhaltung des erforderlichen Vergabeverfahrens vergeben darf. Das kann nicht der Sinn der Ausnahmebestimmung von Art. 16 Ingress und Bst. d VöB sein. Nach Meinung des Verwaltungsgerichtes sind in solchen Fällen die regulären Verfahren einzuhalten, auch wenn eine Projektstudie oder ein Vorprojekt ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstelle und daher nicht ohne Zustimmung des Urhebers als Grundlage für die weitere Projektierung verwendet werden dürfe. Die Vergabebehörde könne sich zur Rechtfertigung einer Freihandvergabe an ein bestimmtes Unternehmen nicht auf Leistungsschutzrechte an einem Vorprojekt berufen, welches das berechnigte Unternehmen innehatte, wenn sie es versäumt habe, sich diese Rechte bei der Erstbeauftragung dieses Unternehmens in einer Art zu sichern, welche ihr die öffentliche Ausschreibung der weiteren Leistungen erlaube. Die Vergabestelle sei bei all ihrem Handeln im Interesse der hinter dem Ausschreibungsgrundsatz liegenden Vergaberechtsziele, aber auch im eigenen betriebswirtschaftlichen Interesse, gehalten, künftige Ausschliesslichkeitssituationen, welche Freihandvergaben nötig werden lassen würden, so weit als möglich zu verhindern, insbesondere durch den Erwerb von Gebrauchsrechten an im Rahmen von öffentlichen Aufträgen hergestellten Arbeitsergebnissen.

### b *Zerstückelungsverbot*

Die Vergabestelle hatte bislang einem Institut der Universität St.Gallen, das seinerseits zur Durchführung des Projekts die Geschäftsführer der hier umstrittenen Zuschlagsempfängerin einsetzte, zwei Aufträge erteilt. Das Verwaltungsgericht stellte dazu fest, dass bereits bei der Erteilung des ersten Auftrags davon ausgegangen haben werden müssen, dass zur Fortsetzung des initiierten Projekts Folgeaufträge notwendig und diese aufgrund der bereits geleisteten Arbeiten sinnvollerweise ebenfalls dem Institut beziehungsweise den – privatrechtlich organisierten – Unternehmen der das Projekt für das Institut betreuenden Personen erteilt würden. Unabhängig davon, ob das von der Zuschlagsempfängerin präsentierte Verfahren urheberrechtlichen Schutz genieße und einziger möglicher Weg sei, hänge die Weiterführung des Projektes davon ab, dass die mit der Weiterführung des Projekts betraute Anbieterin auf den in den früheren Projektphasen erarbeiteten Er-



gebnissen aufbauen könne. Spätestens im Zeitpunkt der Vergabe des ersten Folgeauftrags habe die Vergabestelle folglich davon ausgehen müssen, dass die Vergabe weitere Folgeaufträge innerhalb des Gesamtprojekts an ein Unternehmen, das nicht von Projektbeginn an beteiligt war, mit zusätzlichen Aufwendungen verbunden sein würde. Daran ändere nichts, dass das initiierte Projekt in Phasen unterteilt worden sei. Es sei dennoch erkennbar gewesen, dass sinnvollerweise jene Anbieterin und Personen, welche das Projekt in der ersten Phase betreut hätten, auch in den folgenden Phasen beteiligt sein sollten.

#### **4 Schlussfolgerung des Verwaltungsgerichtes**

Das Verwaltungsgericht erachtete die Beschwerde als begründet und stellte fest, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe des Auftrags nicht erfüllt waren.

##### Weitere Hinweise

Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich VB.2013.00393 vom 16. Januar 2014 Erw. 5.3.2

M. Beyeler, In-house-Vergabe: Wer mit wem, wann und warum, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 17 ff., N 148

Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 256 mit Hinweisen

## 6

### Beschlusseröffnung durch ein im Ausstand stehendes Behördemitglied

#### Quelle und Zusammenfassung

Entscheid des Baudepartementes Nr. 18/2016 vom 11. April 2016

*Die Unterzeichnung eines Beschlusses durch eine im Ausstand stehende Person stellt einen Eröffnungsfehler dar. Aus dem Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen, folgt, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht. Demnach ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und benachteiligt worden ist.*

#### Einleitung

Die Baubehörde – konkret die Baukommission – hiess ein Baugesuch gut und wies die dagegen erhobene öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Einsprache der Nachbarn ab. Den dagegen erhobenen Rekurs wies der Gemeinderat ebenfalls ab. Beide Beschlüsse unterschrieb der Gemeindepräsident.

Im Laufe des nachträglichen Rekursverfahrens vor dem Baudepartement reichte der Bauherr ein Korrekturgesuch ein, wogegen die Nachbarn erneut öffentliche-rechtliche und privatrechtliche Einsprache erhoben. Die Gemeinde erteilte die Baubewilligung für das korrigierte Bauprojekt und wies die Einsprachen ab. Den dagegen erhobenen Rekurs wies der Gemeinderat wiederum ab. Der Gemeindepräsident unterschrieb auch dieses Mal beide Beschlüsse.

Dagegen wurde ebenfalls Rekurs beim Baudepartement erhoben. Dieses vereinigte die beiden Verfahren, hiess den ersten Rekurs teilweise, d.h. im Kostenpunkt, gut und wies ihn im Übrigen wie den zweiten ab. Bezüglich der gerügten Vorbefassung des Gemeindepräsidenten führte es aus, dass vorliegend das Unterschreiben des Rekursentscheids allein noch keinen Anschein der Befangenheit zu begründen vermöge. Sowohl das angerufene Verwaltungsgericht als auch das Bundesgericht bestätigten den Entscheid des Baudepartementes.



## Erwägungen

### 1 Gesetzliche Grundlagen

#### A Auf Bundesebene

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. Dieser Anspruch ist verletzt, wenn bei einer Gerichtsperson 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 vorliegend, 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. 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. Für nichtgerichtliche Behörden – wie hier für Mitglieder des Gemeinderates – 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 Auf kantonaler Ebene

Das kantonale Recht enthält zudem in Art. 7 VRP entsprechende Bestimmungen über den Ausstand. Gemäss Art. 7 Abs. 2 VRP sind Behördenmitglieder, die in einer Streitsache bereits bei einer Vorinstanz mitgewirkt haben, nicht stimmberechtigt.

## 2 Beurteilung durch das Baudepartement

### A Unbestrittene Ausstandspflicht aufgrund Doppelfunktion

Das Baudepartement erwog einleitend, der Gemeindepräsident hatte als Präsident der Baukommission erstinstanzlich über die Bewilligungsfähigkeit des umstrittenen Baugesuchs zu befinden. Damit sei unweigerlich der Eindruck entstanden, dass er sich als Mitglied der Baukommission bereits eine feste Meinung gebildet habe und sich im folgenden Rechtsmittelverfahren, in welchem er Mitglied der Rekursinstanz sei und damit eine Doppelfunktion bekleide, nicht mehr umstimmen und von seinem zuvor gefällten Entscheid abbringen lasse. Eine Amtsperson, die in einem früheren Verfahrensschnitt in amtlicher Funktion dieselbe Frage in derselben Angelegenheit tatsächlich zu beurteilen hatte, sei stets in unzulässiger Weise vorbefasst. Der Gemeindepräsident hatte deshalb im Rekursverfahren in den Ausstand zu treten. Dass der Gemeindepräsident vorbefasst gewesen sei und somit in den Ausstand treten habe müssen, werde von der Vorinstanz auch nicht bestritten. Streitig sei vorliegend jedoch, ob der Gemeindepräsident tatsächlich in den Ausstand getreten sei.

### B Einhaltung der Ausstandsregeln

Das Baudepartement hielt fest, es sei zutreffend, dass der Gemeindepräsident den Rekursentscheid der Vorinstanz unterzeichnet habe. Jedoch sei er gemäss vorliegendem Protokollauszug der Gemeinderatssitzung bei diesem Traktandum in den Ausstand getreten. Ein anderer Gemeinderat habe durch das Geschäft geführt und auch das entsprechende Protokoll des Gemeinderatsbeschlusses unterzeichnet. Gemäss Protokoll sei dem Gemeinderat der ausgefertigte Rekursentscheid vorgelegen und sei dieser als integrierender Bestandteil des Protokolls bezeichnet worden. Darüber hinaus sei das Dispositiv des Rekursentscheids im Protokollauszug wörtlich wiedergegeben.

Der Protokollauszug der Gemeinderatssitzung gebe keinerlei Anhaltspunkte, dass die Vorinstanz die Ausstandsregeln nicht eingehalten hätte. Der vorbefasste Gemeindepräsident sei in den Ausstand getreten, das Traktandum sei



von einem anderen Gemeinderat geführt worden. Es sei somit nicht zutreffend, dass der Rekurs von derselben Person beurteilt und von ihr mitentschieden worden sei, die bereits den angefochtenen Einspracheentscheid gefällt hatte.

C    Anschein der Befangenheit aufgrund Unterzeichnung der Rekursentscheide?

a    *Unwesentlicher Eröffnungsmangel im Korrekturverfahren*

Zur Frage, ob durch die Unterzeichnung des Rekursentscheids durch den Gemeindepräsidenten der Anschein der Voreingenommenheit begründet worden sei, hielt das Baudepartement fest, dass es sich hierbei offensichtlich um ein redaktionelles Versehen handle. Dies werde von der Vorinstanz im Rahmen der Vernehmlassung auch ausdrücklich bestätigt. Zwar liege mit der falschen Unterschrift durchaus ein Eröffnungsmangel vor. Jedoch wiege dieser Mangel nicht schwer, da zumindest das Protokoll der Gemeinderatsitzung von einem, sich nicht im Ausstand befindenden Mitglied des Gemeinderates unterzeichnet sei. Auch sei zu beachten, dass durch die Unterzeichnung des Entscheids durch den Gemeindepräsidenten weder den Rekurrenten noch den Rekursgegnern ein Nachteil erwachsen sei. Das Unterschreiben des Rekursentscheids vermöge für sich allein genommen nicht den Anschein der Befangenheit zu begründen.

b    *Verletzung der Ausstandspflicht im ursprünglichen Bewilligungsverfahren*

Zur Unterzeichnung des Rekursentscheides zum ursprünglichen Baugesuch durch den Gemeindepräsidenten erwoگ das Baudepartement hingegen, dass in diesem Verfahren – aufgrund des Fehlens eines Beschlussprotokolls – nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Gemeindepräsident mitgewirkt habe, obwohl er bereits bei der Erteilung der Baubewilligung und beim Einspracheentscheid als Präsident bzw. Mitglied der Baukommission über das Bauvorhaben befunden habe. Diesbezüglich bestehe somit durchaus ein Anschein der Voreingenommenheit und es sei somit von einer Verletzung der Ausstandsregeln auszugehen.

D    „Heilung“ der Ausstandsverletzung bzw. nochmalige Beurteilung ohne Ausstandsverletzung

Der Rekursentscheid im ursprünglichen Bewilligungsverfahren sei somit in Verletzung der Ausstandsregeln ergangen, wogegen die diese beim Rekursentscheid im Korrekturverfahren durchaus beachtet worden seien. Vorliegend sei massgebend, dass die Rekurrenten im Korrekturverfahren in der



Einsprache an die Baukommission sowie auch in der Rekurschrift an die Vorinstanz nochmals sämtliche Einwendungen vorgebracht hatten und diese von der Vorinstanz im Rekursentscheid umfassend behandelt worden seien. Normalerweise könnten mit einem Rechtsmittel gegen ein Korrekturgesuch lediglich die vorgenommenen Anpassungen gerügt werden. Die urteilende Behörde setze sich alsdann auch nur mit den vorgenommenen Änderungen auseinander. Vorliegend habe sich jedoch sowohl die Baukommission als auch die Vorinstanz nochmals einlässlich mit sämtlichen Rügen (Ausnützungsziffer, Strassenabstand, Verunstaltungsverbot usw.) auseinandergesetzt, obwohl mittels Korrekturgesuch nur kleinere Anpassungen (insbesondere in Bezug auf die Ausnützungsziffer) am Bauvorhaben vorgenommen worden seien. Die Vorinstanz habe dies – wie das Beschlussprotokoll belegt – in richtiger Zusammensetzung getan. Der Gemeindepräsident sei hierbei im Ausstand geweilt. Entsprechend könne die Verletzung der Ausstandsregeln im Verfahren des ursprünglichen Baugesuchs als im Verfahren betreffend Korrekturgesuch bereits durch die Vorinstanz geheilt angesehen werden. Eine Aufhebung des ursprünglichen Rekursentscheids und Rückweisung zur erneuten Entscheidung in richtiger Zusammensetzung erübrige sich somit. Abgesehen davon würde eine Rückweisung an die Vorinstanz ohnehin keine andere Beurteilung zur Folge haben und ein formalistischer Leerlauf darstellen: Die Vorinstanz würde in gleicher Zusammensetzung wie anlässlich des Rekursentscheids über das Korrekturgesuch nochmals das gesamte Bauvorhaben auf die Übereinstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften prüfen. Dies habe sie jedoch bereits mit dem Rekursentscheid im Korrekturverfahren umfassend getan und sich mit sämtlichen Rügen der Rekurrenten auseinandergesetzt.

### **3 Hinweis des Bundesgerichtes**

Der Entscheid des Baudepartementes wurde sowohl vom angerufenen Verwaltungsgericht als auch vom Bundesgericht bestätigt. Das Bundesgericht hielt ergänzend zu fest, dass nach der Rechtsprechung Ausstandsbegehren nach Treu und Glauben unverzüglich nach Bekanntwerden der Ausstandsgründe zu stellen seien, ansonsten ihre Anrufung als verwirkt gelte. Da der Gemeindepräsident bereits den ersten Rekursentscheid des Gemeinderats unterzeichnete, mussten die Beschwerdeführer annehmen, er habe bei diesem Entscheid mitgewirkt. Sie hätten daher bei der Einreichung ihres Rekurses gegen die zweite, ebenfalls durch den Gemeindepräsidenten unterzeichnete Baubewilligung nach Treu und Glauben gegen ihn beim Gemeinderat ein Ausstandsbegehren stellen müssen. Da sie dies unterliessen, hätten die Beschwerdeführer den erst in ihrem Rekurs an das Baudepartement erhobenen Einwand der Vorbefassung des Gemeindepräsidenten verspätet erhoben und damit ohnehin verwirkt.



### Weitere Hinweise

BGer 1\_C37/2018 vom 6. Juli 2018

BGer 1P.330/2000 vom 12. Dezember 2000 Erw. 3

BGer 9C\_791/2010 vom 10. November 2010 Erw. 2.2

BGE 140 I 271 Erw. 8.4.3

BGE 139 III 120 Erw. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen

BGE 131 I 113 Erw. 3.4

BGE 122 V 189 Erw. 2

VerwGE B 2016/93 vom 14. Dezember 2017

B. Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich 2002, S. 165

Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 641

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2015/II/9