



Juristische Mitteilungen 2001 / III

Inhalt

Veranstaltungen:	
27. Aufbauseminar Verwaltungsrecht	2
Natur- und Heimatschutzrecht:	
28. Unterschutzstellung aussergewöhnlicher Zeitzeugen	3
Planungsrecht:	
29. Kleinräumige Erweiterung der Bauzonen.....	8
Baurecht:	
30. Genehmigung von Ausnahmegenehmigungen	11
Öffentliches Beschaffungswesen:	
31. Folgen der Unvollständigkeit von Offertunterlagen	14
32. Bekanntgabe der Zuschlagskriterien	16
Wassernutzungsrecht:	
33. Wirkung unbefristeter Wasserrechtskonzessionen	18

Impressum

Herausgeber: Baudepartement des Kantons St.Gallen
Verantwortung: Rechtsabteilung
Kontaktperson: Alex Keller
Direktwahl: 071 229 43 58
Fax: 071 229 39 70
SMTP: alex.keller@bd.sg.ch

27

Veranstaltungen:

Aufbauseminar Verwaltungsrecht

Das Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St.Gallen bietet vom 13. bis 15. März 2002 ein Aufbauseminar zum Verwaltungsrecht an.

An diesem Seminar werden Themenkreise behandelt, die im gesamten Verwaltungsrecht von zentralem Interesse sind. Dazu gehören vorab:

- **Erfordernis der Gesetzmässigkeit der Verwaltung:** Wann genügt ein Rechtssatz den Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips? Wann bedarf es einer formellgesetzlichen Grundlage? Wie bestimmt muss / wie unbestimmt darf die rechtliche Grundlage sein? In welchen Bereichen gilt das Gesetzmässigkeitsprinzip nur mit Einschränkungen?
- **Rechtsgleichheit - Praxisänderung - Willkürverbot:** Über welchen Gestaltungsspielraum verfügt der Gesetzgeber beziehungsweise die Verwaltung? Warum wird der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung in bestimmten Bereichen sehr streng, in anderen ziemlich locker gehandhabt? Wann ist eine Praxisänderung erlaubt, wann geboten? Wann liegt Willkür vor?
- **Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit:** Welche öffentlichen Interessen sind für welche Verwaltungstätigkeit erforderlich? Gibt es grundsätzlich unzulässige öffentliche Interessen? Wie werden gegensätzliche öffentliche Interessen abgewogen, wie öffentliche und entgegenstehende private Interessen? Wann ist eine Verwaltungsmassnahme geeignet und erforderlich und wann wahrt sie ein vernünftiges Zweck- / Mittel-Verhältnis?
- **Auslegung von Rechtssätzen:** Wie sind Rechtssätze auszulegen? Nach welchen Methoden ist vorzugehen? Wie sind die Auslegungselemente zu gewichten und wie ist bei unterschiedlichen Ergebnissen vorzugehen? Welches ist die Bedeutung formaler Auslegungsregeln? Welche Folgen kann eine "falsche" Auslegung nach sich ziehen?

Die vorgesehenen Themen werden durchwegs anhand von Fällen besprochen, die unterschiedlichen Rechtsgebieten entnommen werden (wie zum Beispiel dem Sozialrecht, dem Bau- und Planungsrecht, dem Schulrecht, dem Abgabenrecht etc.). Die Teilnehmenden sind eingeladen, dem Institut möglichst frühzeitig Fälle beziehungsweise Fragestellungen zu unterbreiten, die sich für eine Behandlung am Seminar eignen.

Die Veranstaltung dient der Vertiefung der bisher vom Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zum Thema "Anwendung und Auslegung von Verwaltungsrecht" durchgeführten Intensivseminare ("Materielles Verwaltungsrecht", "Knifflige Fragen der Auslegung und Anwendung von Verwaltungsrecht"). Sie richtet sich daher in erster Linie an Teilnehmende der bisherigen Seminare, aber auch an nicht juristisch ausgebildete Angehörige von Verwaltungen aller Stufen, die Verwaltungsrecht anzuwenden haben.

Durchgeführt wird dieses Seminar im Schloss Münchenwiler bei Murten. Es werden höchstens 25 Teilnehmende zugelassen. Die Seminarkosten betragen insgesamt Fr. 1'900.--.

Interessierte können das detaillierte Kursprogramm beim Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St.Gallen per Telefon unter 071/224 24 24, per Fax unter 071/224 28 83 oder per E-Mail unter irp-ch@unisg.ch anfordern.

28

Natur- und Heimatschutzrecht:

Unterschutzstellung aussergewöhnlicher Zeitzeugen**Art. 98 Abs. 1 lit. c BauG: Bedeutendes Ortsbild**
Art. 98 Abs. 1 lit. f BauG: Künstlerisch wertvolle Baute**Als Schutzgegenstand sind nur Bauten zu erhalten, die über den Durchschnitt hinausragen.**

Die Zukunft eines in der Stadt St.Gallen gelegenen Hauses war lange umstritten. Die Grundeigentümerin wollte das Haus abreißen, um an dessen Stelle Parkplätze zu errichten. Dagegen wurde von zwei Vereinigungen Opposition erhoben, weil sie dieses Haus als Schutzgegenstand erhalten wollten.

Aus der Tagespresse konnten verschiedene Eindrücke zum Verfahrensablauf gewonnen werden. Hier werden die Erwägungen des Verwaltungsgerichtes angeführt, die zum Abschluss des Verfahrens geführt haben.

1. Eingrenzung des Streitgegenstands

Zu prüfen war, ob es sich beim Haus "Zum Freienstein" um einen Schutzgegenstand im Sinn von Art. 98 Abs. 1 lit. c oder f BauG handelt. Schutzgegenstände dürfen nach Art. 98 Abs. 2 BauG nur mit Bewilligung beseitigt oder beeinträchtigt werden. Voraussetzung für eine Bewilligung ist, dass sich ein gewichtiges, das Interesse an der Erhaltung überwiegendes Bedürfnis nachweisen lässt.

2. Kriterien für das Vorliegen einer künstlerisch oder geschichtlich wertvollen Baute

Art. 98 Abs. 1 lit. f BauG macht die Schutzwürdigkeit einer Baute davon abhängig, ob ihr ein künstlerischer oder geschichtlicher Wert zugesprochen werden kann. Er bietet somit zwei getrennt und alternativ bezeichnete Anknüpfungspunkte für die Schutzwürdigkeit. Eine Gesamtbetrachtung einer Baute unter künstlerischer *und* geschichtlicher Würdigung fordert das Gesetz nicht.

a) Beurteilungskriterien für die Schutzwürdigkeit

Die Beurteilung der Schutzwürdigkeit einer Baute beziehungsweise die Frage, was unter einer geschichtlich oder künstlerisch wertvollen Baute zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage. Die Beurteilung dieser Rechtsfrage hat sich auf objektive und grundsätzliche Kriterien zu stützen. Dabei sind die örtlichen Verhältnisse besonders in Betracht zu ziehen. In Frage kommen vorab die stilistische Eigenart einer Baute, deren Ausführung und Ausgestaltung und ihre Bedeutung für die örtlichen Verhältnisse.

b) Beurteilungsmassstab für die Schutzwürdigkeit

Massgebend für den Entscheid ist die Überzeugung, die von einer Allgemeinheit getragen werden kann. Der Entscheid über die Schutzwürdigkeit einer Baute ist in den Anschauungen zu suchen, die durch weite Kreise getragen werden und Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben können. Das subjektive Empfinden einzelner Personen kann dagegen keinen gültigen Entscheidmassstab setzen. Dabei sind sowohl das durchschnittliche Empfinden eines Menschen zu beachten als auch die Beurteilung der Fachleute zu gewichten. Der Entscheid hat die Meinung der Allgemeinheit und jene der Fachleute gebührend zu berücksichtigen und zwischen diesen Meinungen gegebenenfalls einen Ausgleich zu finden. Was als erhaltenswürdig zu gelten hat, entscheidet der Richter somit gestützt auf sein eigenes Urteil und unter Berücksichtigung der Meinungsäusserungen von Fachleuten.

c) Einschränkung auf wertvolle Bauten

Der Ausdruck "wertvoll" deutet darauf hin, dass die Schutzwürdigkeit nur solchen Bauten zukommen kann, die aus künstlerischer oder historischer Sicht ein wertvolles Zeugnis der Baukunst ablegen können. Bauten, die nicht über den Durchschnitt hinausragen, fallen dagegen für die Unterschutzstellung nach Art. 98 Abs. 1 lit. f BauG ausser Betracht. Auch mit dem Argument der Rarität kann der Wert einer Baute nicht ohne weiteres nachgewiesen werden.

d) Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörde

Der Begriff der Schutzwürdigkeit ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff. Bei der Anwendung und der Auslegung eines solchen Begriffs bleibt der Verwaltungsbehörde im Regelfall ein Beurteilungsspielraum, der sich allein deshalb schon rechtfertigt, weil die behördliche Würdigung auf Grund von örtlichen Gegebenheiten erfolgt, über welche die Ortsbehörden eine sachnahe Kenntnis verfügen. Einen solchen Beurteilungsspielraum anerkennt das Verwaltungsgericht in seiner Spruchpraxis zu Art. 98 BauG. In solchen Fällen übt auch das Verwaltungsgericht die durch die Rechtslage gebotene Zurückhaltung bei der eigenen Beurteilung.

3. Kriterien für das Vorliegen eines bedeutenden Ortsbildes

Art. 98 Abs. 1 lit. c BauG verlangt die Erhaltung bedeutender Ortsbilder. Ein Ortsbild erweist sich dann als bedeutend, wenn es sich um eine bauliche Gestaltung handelt, die der betreffenden Gegend ein besonderes Gepräge verleiht. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichtes muss es sich um eine Baute handeln, die das Ortsbild als besonders schön hervortreten lässt und im Ortsbild einen wahrnehmbaren Schwerpunkt setzt. Schützenswert sind jene Baugruppen, deren ungeschmälerter Weiterbestand im Zonenplan, im Baureglement oder in einer Schutzverordnung festgelegt werden soll. Nach der Rechtsprechung kann einer Baute ungeachtet ihres Eigenwerts zusammen mit anderen Bauten ein künstlerischer oder geschichtlicher Wert zukommen oder ein Ortsbild besonders kennzeichnen.

4. Würdigung der örtlichen Verhältnisse

Das Verwaltungsgericht hat sich einen Eindruck von den örtlichen Verhältnissen durch Augenscheine und durch Expertenmeinungen verschafft.

a) Innenausstattung

Das Gericht konnte sich vor Ort davon überzeugen, dass das Objekt hinsichtlich der Innenausstattung ein Beispiel gehobener Wohnkultur im angehenden 19. Jahrhundert darstellt.

Das Haus verfügt über einen den ganzen Gebäudegrundriss umfassenden Gewölbekeller.

Im Erdgeschoss ist der Innenausbau der drei miteinander verbundenen Wohnräume so vorhanden, wie er zu Beginn des 19. Jahrhunderts erstellt worden ist. Das Mittelzimmer verfügt über einen biedermeierlichen Ausbau: Parkett mit Rautenmuster, Stuckdecke mit Lilienmotiven, Wände mit Tapetenbespannung, weisser Kachelofen, Türen mit alten Beschlägen. Auch das eine Eckzimmer, das im Jahr 1877 entstanden ist, weist einen Parkettboden mit Sternenmuster auf sowie Türen und einen Eckschrank mit teilweise original aufgemalter Holzmaserierung. Die Decke ist allerdings neueren Datums.

Im ersten Stock ist die Raumeinteilung mit derjenigen im Erdgeschoss mehr oder weniger identisch, wobei die Ausstattung der Zimmer bescheidener ausgefallen ist. Sie sind mit Türen aus der Bauzeit des Hauses versehen, die Böden sind mit Spannteppichen belegt und die Wände verfügen mehrheitlich über Täfer, teilweise in originale Zustand.

Im zweiten Obergeschoss haben die grössten Veränderungen stattgefunden, waren doch ursprünglich die Bediensteten dort untergebracht.

Insgesamt hat sich erwiesen, dass der Innenausbau weitgehend intakt ist und den sozialen Status einer wohlhabenden Bürgerfamilie im 19. Jahrhundert widerspiegelt.

b) Aussenansicht

Von aussen betrachtet präsentiert sich das Haus "Zum Freienstein" als architektonisch ansprechendes Gebäude, streng gestaltet und ohne überflüssige Verzierungen. Abgesehen von der Westseite - diese ist verschindelt - sind alle Fassaden verputzt. Es liegt in einem zum Erscheinungsbild des Gebäudes passenden kleinen Garten, der indessen keine besonderen Merkmale aus der Zeit des Biedermeier mehr aufweist.

5. Beurteilung der Schutzwürdigkeit

Die Tatsache allein, dass ein Haus über ein mehr oder weniger unversehrtes Erscheinungsbild aus einer bestimmten Zeitepoche verfügt, macht es noch nicht zum unverzichtbaren Dokument der Zeitgeschichte, welches die Unterschutzstellung rechtfertigt.

a) Vergleich mit anderen Objekten aus derselben Stilepoche

Durch einen Quervergleich sind in jeder Stilepoche diejenigen Objekte zu eruieren, die dank ihrer Qualität als Einzelbauwerk Schutz verdienen. Je zahlreicher die Objekte einer Stilepoche sind, desto höhere Qualitätsansprüche müssen gestellt werden.

Aus Gründen der Verhältnismässigkeit muss unter mehreren geeigneten Schutzobjekten eine Auswahl getroffen werden. Es geht nicht an, eine beliebige Vielzahl potenzieller Objekte aus der nämlichen Epoche unter Schutz zu stellen. Die Behörde muss deshalb aus den in Frage kommenden Schutzobjekten diejenigen auswählen, welche in Betrachtung aller Umstände für die Unterschutzstellung geeignet sind. Dabei sind die Qualität der Bausubstanz, das Erscheinungsbild einer Gebäudegruppe und die Umgebung zu berücksichtigen.

Aus dem Umstand allein, dass Objekte derselben Zeitepoche im Verzeichnis der schützenswerten Natur- und Kulturobjekte der Stadt St.Gallen enthalten sind, kann deshalb nicht geschlossen werden, dem Haus "Zum Freienstein" müsse dieser Schutz ebenfalls zuerkannt werden. Dies wäre selbst dann nicht der Fall, wenn sich unter den Schutzobjekten nicht nur Gebäude befinden sollten, die unter dem Gesichtspunkt von Art. 98 Abs. 1 BauG wertvoller sind, sondern auch einzelne Liegenschaften, die sich auf den ersten Blick nicht wesentlich vom Haus "Zum Freienstein" unterscheiden. Sinn und Zweck des Schutzes geschichtlich oder künstlerisch wertvoller Bauten ist nicht die Erhaltung sämtlicher Objekte einer bestimmten Epoche, sondern eines repräsentativen Querschnitts wertvoller Objekte.

Wie das Verwaltungsgericht anlässlich eines Augenscheins und nach der Einholung von Expertenmeinungen feststellen konnte, ist die Zeit des Biedermeier im Verzeichnis der schützenswerten Natur- und Kulturobjekte mit einer Vielzahl von Objekten vertreten, die einen repräsentativen Querschnitt dieses Baustils dokumentieren und zum Teil auch im Inventar der neueren Schweizer Architektur, herausgegeben von der Gesellschaft für Schweizerische Kunstgeschichte, verzeichnet sind:

- Der "Melonenhof" ist eine wohlproportionierte Vorstadtliegenschaft, bei der die frühere Gartengestaltung mit Pavillon noch sichtbar ist. Das Treppenhaus ist im ursprünglichen Stil erhalten mit einem zeittypischen Geländer und einer eingebauten Wanduhr.
- Der "Kleinberg" ist ebenfalls eine Vorstadtvilla im klassizistischen Stil und Gartenpavillons, die in ihre Umgebung integriert ist und nach wie vor der Wohnnutzung dient.
- Auch das Haus "Zum Acker" ist im Jahr 1810 zu Repräsentationszwecken erbaut worden.
- Das Gebäude Rorschacher Strasse 25 mit Walmdach, rückwärtiger Erschliessung, seitlichem Eingang und Zahnschnittfries ist eine herrschaftliche Villa und weist im Innern viele Jugendstil-Elemente auf.
- Im repräsentativen Haus an der Museumstrasse 1 schliesslich befindet sich im Untergeschoss einer der schönsten Räume der Stadt St.Gallen mit reicher Stuckdecke sowie ein Herrschaftsraum mit Stuckdecke im ersten Obergeschoss.

b) Wertung des Hauses "Zum Freienstein"

Unter Berücksichtigung dieser Vielzahl vergleichbarer Objekte aus derselben Epoche weist das Haus "Zum Freienstein" im Unterschied zu den vorgenannten Objekten keine Merkmale auf, die es rechtfertigen würden, ihm eine herausragende Bedeutung beizumessen.

Die Innenausstattung des Gebäudes ist nicht von derart besonderer Qualität, dass sie dessen Unterschutzstellung zu begründen vermöchte, ebenso wenig wie die Tatsache, dass es von Personen bewohnt worden war, denen lokale Bedeutung zukam. Auch die äussere Gestaltung des Gebäudes weist keine besonderen, baukulturell bedeutenden Bauteile auf, für deren Erhaltung im öffentlichen Interesse gesorgt werden müsste.

Selbst wenn in Betracht gezogen wird, dass die Beschränkung auf das Wesentliche für den Lebensstil des Biedermeier typisch ist und dass das Haus durch eine Aussenrenovation, die allerdings nicht erzwungen werden kann, an Ausdruckskraft gewinnen würde, sind keine Merkmale ersichtlich, die das Objekt zum aussergewöhnlichen Zeitzeugen machen. Wie erwähnt, vermag ein formschönes und für den Baustil seiner Zeit bezeichnendes Bauwerk für sich allein die Schutzwürdigkeit nicht zu begründen, ebenso wenig wie die Tatsache, dass es sich in einem guten baulichen Zustand befindet.

Von entscheidender Bedeutung ist indessen, dass das Haus "Zum Freienstein" kein Einzelobjekt ist, sondern der noch erhaltene Teil einer im Übrigen zerstörten Anlage. Neben dem Haus "Zum Freienstein" befand sich in derselben Gartenanlage ein zweites Gebäude mit identischer Architektur und demselben Hausnamen. Die beiden Bauten bildeten eine zeittypische Gesamtanlage mit Garten und Nebengebäuden. Die Ensemble-Wirkung der beiden Liegenschaften in einer grosszügigen Garten- und Parkanlage, die in früheren Zeiten vorhanden war, besteht heute nicht mehr. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das Schwestergebäude des Hauses "Zum Freienstein" abgebrochen und die Garten- und Parkanlage weitgehend zurückgedrängt und verändert worden ist.

Das Gericht hat das Gebäude als eigentliches Relikt in einer völlig veränderten Umgebung, die seinem ursprünglichen Charakter in keiner Weise mehr gerecht wird, wahrgenommen. Es steht in unmittelbarer Nähe von neueren Gebäuden, die im Lauf der Zeit erstellt worden sind und den "Freienstein" überragen. Das Haus wird von seinem unmittelbaren Umfeld optisch stark bedrängt, was zur Folge hat, dass man es bewusst kaum zur Kenntnis nimmt. Für Passanten ist es zudem kaum einsehbar. Es hat sich erwiesen, dass das Haus "Zum Freienstein" mit seiner Umgebung keine Einheit bildet und gegenüber den umliegenden Neubauten nicht zu bestehen vermag.

c) Ablehnung der Schutzwürdigkeit

Es erweist sich somit, dass nicht alle Objekte einer Zeitepoche zu erhalten sind und auf Grund der fehlenden Einbettung in die Umgebung und des relativ bescheidenen Ausbaustandes die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, das Haus "Zum Freienstein" sei kein Schutzgegenstand im Sinn von Art. 98 Abs. 1 BauG und dass dem Abbruch nichts entgegensteht.

Weiterführende Hinweise:

- Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Frankfurt 1986, Nr. 66 B II a
- R.M. von Tschanner, in: Rechtsfragen der Denkmalpflege, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe, Band 3, 72
- E. Wiederkehr Schuler, Denkmal- und Ortsbildschutz, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Zürcher Verwaltungsgerichts, Zürich 1999, 34
- E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1977, 455
- BJM 1986, 48
- ZBI 72 [1971], S. 258
- GVP 1997 Nr. 16

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. S.H. und H.SG/Al vom 10. Mai/7. Juni 2001, Erw. 7

Gleich wie bereits die zuständige Gemeindebehörde und das Baudepartement verneinte das Verwaltungsgericht die Schutzwürdigkeit des Hauses "Zum Freienstein". Das Gebäude wurde in der Zwischenzeit abgebrochen.

29

Planungsrecht:

Kleinräumige Erweiterung der Bauzonen**Art. 15 RPG: Bauzonenerweiterung****Kleinräumige Erweiterungen der Bauzonen sind zulässig, wenn sie den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung entsprechen.**

Das Bundesgericht hatte darüber zu befinden, ob die Zuweisung einer kleinen Fläche aus der Landwirtschaftszone in die Wohn-Gewerbe-Zone zulässig ist.

1. Umgehung der Voraussetzungen der Standortgebundenheit

Der streitige Teilzonenplan wurde unbestrittenermassen ausschliesslich für die Errichtung von drei Garagen erlassen. Vom Beschwerdeführer wurde deshalb geltend gemacht, dass mit diesem Teilzonenplan die Voraussetzungen der Standortgebundenheit nach Art. 24 RPG umgangen würden.

Nach Art. 24 RPG können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG (Voraussetzung der Zonenkonformität) ausserhalb der Bauzonen Ausnahmegewilligungen zur Errichtung oder Zweckänderung von Bauten und Anlagen erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (lit. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b).

Sollen zonenfremde Bauten oder Anlagen ausserhalb der Bauzonen erstellt werden, so bedürfen sie grundsätzlich einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG. Handelt es sich indessen um planungspflichtige Vorhaben, setzt dies eine Änderung des Zonenplans voraus und es kann der Weg der Ausnahmegewilligung nicht beschritten werden. Ist das Bauvorhaben nicht planungspflichtig, so darf hierfür nach neuerer Rechtsprechung ebenfalls eine Erweiterung der Bauzone vorgenommen und von der Standortgebundenheit der geplanten Baute abgesehen werden, sofern die projektbedingte Zonenplanänderung den Zielen und Grundsätzen der Nutzungsplanung gemäss Raumplanungsgesetz entspricht. Andernfalls wären Erweiterungen der in einem Nutzungsplan festgelegten Bauzone generell und für konkrete Bauvorhaben nur unter den Voraussetzungen von Art. 24 RPG statthaft, was nicht der Sinn des Raumplanungsgesetzes sein kann.

Geht es um ein konkretes Bauvorhaben, ist zu prüfen, ob die Zonenerweiterung den Zielen und Grundsätzen der Nutzungsplanung gemäss Raumplanungsgesetz entspricht. Ist dies der Fall, so ist sie rechtmässig und stellt keine Umgehung von Art. 24 RPG dar, auch wenn eine Ausnahmegewilligung für das Bauvorhaben mangels Standortgebundenheit ausgeschlossen wäre.

Eine Umgehung von Art. 24 RPG ist nur dann anzunehmen, wenn mit der fraglichen Planungsmassnahme eine unzulässige Kleinbauzone geschaffen wird oder wenn sie sonst auf einer sachlich nicht vertretbaren Abwägung der berührten räumlichen Interessen beruht.

a) Überprüfung des Vorliegens einer Kleinbauzone

Der in Frage stehende Teilzonenplan weist eine Parzelle teilweise der Bauzone zu, um die Errichtung von drei Einzelgaragen am Ende einer bestehenden Zufahrt zu ermöglichen. Dieser Parzellenteil schliesst an die bereits bestehende und überwiegend überbaute Bauzone an und erweitert diese lediglich in geringfügigem Umfang. Es kann daher keine Rede davon sein, dass mit der fraglichen Planungsmassnahme eine unzulässige Kleinbauzone geschaffen wird.

Ob die restliche Bauzone als Kleinbauzone unzulässig ist, konnte das Bundesgericht nicht überprüfen, weil die Voraussetzungen der akzessorischen Überprüfung von rechtskräftigen Zonenplänen nicht gegeben waren.

b) Überprüfung der berührten räumlichen Interessen

Es ist auch nicht ersichtlich, dass der umstrittene Teilzonenplan auf einer sachlich nicht vertretbaren Abwägung der berührten räumlichen Interessen beruhen würde: Schon heute wird ein Teil der formell in der Landwirtschaftszone liegenden Parzelle als Wendepplatz und als Zufahrt genutzt und dient damit der Erschliessung der Wohn-Gewerbe-Zone. Erschliessungsanlagen für Wohnbauten gehören von Bundesrechts wegen zur Bauzone. Eine Strasse, die Bauland erschliesst, soll deshalb grundsätzlich durch das Siedlungsgebiet führen und nicht Land in der Landwirtschaftszone beanspruchen.

Insofern ist die Erweiterung der bestehenden Wohn-Gewerbe-Zone um den zu ihrer Erschliessung notwendigen Parzellenteil sinnvoll. Es liegt im Planungsermessen der Gemeinde, am Ende der Zufahrtsstrasse zusätzlich Raum für den Bau von drei Garagen vorzusehen. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, inwiefern diese Planung den Zielen und Grundsätzen der Nutzungsplanung gemäss Raumplanungsgesetz widerspricht.

2. Verletzung des Grundsatzes der Planbeständigkeit

Der Beschwerdeführer rügte unter anderem die Verletzung des Grundsatzes der Planbeständigkeit, weil der Zonenplan für das angrenzende Gebiet erst 1999 in Kraft gesetzt wurde und keine erhebliche Änderung der Verhältnisse im Sinn von Art. 21 Abs. 2 RPG vorliege.

Gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG sind die Nutzungspläne zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben. Durch diese Vorschrift wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass kleinere Anpassungen der Nutzungsordnung auch dann vorgenommen werden können, wenn sich die Verhältnisse nicht oder nicht erheblich geändert haben. So müssen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Planungsfehler jederzeit behoben werden können und sind auch andere geringfügige nachträgliche Erweiterungen des Baugebiets zulässig, sofern dadurch die bestehende Zonenplanung lediglich in untergeordneten Punkten ergänzt wird und eine gesamthafte Überprüfung der Planung nicht erforderlich ist.

Die vorliegende Neueinzonung stellt eine geringfügige Ergänzung der Ortsplanung dar, die keine umfassende Neuüberprüfung erfordert. Eine Verletzung von Art. 21 Abs. 2 RPG liegt unter diesen Umständen nicht vor.

Im Übrigen weist das Bundesgericht darauf hin, dass der streitige Teilzonenplan vor der Inkraftsetzung des Zonenplans für das angrenzende Gebiet beschlossen wurde und daher nicht auf die Beständigkeit dieses Plans vertraut werden konnte.

3. Verletzung der Koordinationspflicht

Der Beschwerdeführer rügte ferner eine Verletzung der Koordinationspflicht nach Art. 25a Abs. 4 RPG. Das eingezonte Gelände sei zu klein, um darin einen ausreichend dimensionierten Wendepplatz und zugleich Garagen erstellen zu können. Es sei unzulässig, diese Fragen dem Baubewilligungs- beziehungsweise Strassenplanverfahren vorzubehalten mit der Folge, dass weitere Plankorrekturen erforderlich werden, wenn sich herausstellt, dass die eingezonte Fläche zu klein ist.

Grundsätzlich besteht keine Verpflichtung der Planungsbehörden, schon auf der Stufe der Nutzungsplanung die Lage und genauen Ausmasse der zu erstellenden Bauten und Erschliessungsanlagen festzulegen; diese Detailregelung kann im Baubewilligungs- beziehungsweise im Strassenplanverfahren vorgenommen werden. Eine einheitliche umfassende Prüfung durch Erlass eines Sondernutzungsplans ist nur dort erforderlich, wo bei der Planung so stark ins Detail gegangen wird, dass die Baubewilligung weitgehend vorgezogen wird und vom bereits konkretisierten Projekt erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt ausgehen, die schon frühzeitig abgeschätzt werden können und müssen.

Diese Voraussetzungen lagen nicht vor, da weder vom Wendepplatz noch von den Garagen erhebliche Immissionen ausgehen. Hinzu kommt, dass noch gar kein konkretes Projekt für die Erstellung eines Wendepplatzes vorliegt. Zwar steht fest, dass die bestehende Strasse ungenügend ist und deshalb im Strassenplanverfahren verbessert werden soll. Hierfür dürfte die eingezonte Fläche ausreichen. Schliesslich dürfen die Garagen erst erstellt werden, wenn die strassenmässige Erschliessung gewährleistet ist.

Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, weshalb die Erstellung des Wendepplatzes und der Garagen eine Koordinierung schon auf Stufe des Nutzungsplans erfordern soll.

Weiterführende Hinweise:

- Pfad zum Urteil im Internet: www.bger.ch ⇒ Rechtsprechung ⇒ Urteile ab 2000 ⇒ 1A.305/2000
- BGE 124 II 391, Erw. 2c und 4b; 121 I 245, Erw. 6e; 120 Ib 207, Erw. 5 und 6; 119 Ib 480, Erw. 5c; 118 Ib 497, Erw. 4a; 106 Ia 383, Erw. 3c
- Urteil des Bundesgerichtes i.S. G. vom 8. April 1999, Erw. 6
- Juristische Mitteilungen 2000 Nr. 49

Urteil des Bundesgerichtes i.S. P.S. vom 9. Juli 2001, Erw. 4

Das Bundesgericht stützte die Entscheide des Verwaltungsgerichtes und der Regierung, welche den streitigen Teilzonenplan als rechtmässig eingestuft hatten.

30

Baurecht:

Genehmigung von Ausnahmewilligungen**Art. 77 Abs. 2 BauG: Ausnahmewilligung
Genehmigung****Ausnahmewilligungen, die eine Genehmigung des Planungsamtes erfordern, entfalten ohne diese keine Rechtswirkung.**

Eine Gemeindebehörde hatte für ein Bauvorhaben, das den Waldabstand massiv unterschreitet, eine Baubewilligung ohne Zustimmung des Planungsamtes erteilt. Erst nachdem von der Baubewilligung Gebrauch gemacht worden war, stellte sich die Frage, welche Wirkungen und Folgen sich aus dieser Bewilligung ergeben.

1. Voraussetzungen einer ordentlichen Baubewilligung

Nach Art. 87 Abs. 1 BauG ist die Baubewilligung zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen.

Die Baubewilligung stellt eine sogenannte Polizeierlaubnis dar, mit der festgestellt wird, dass dem zu Grunde liegenden Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Sie muss erteilt werden, wenn alle Voraussetzungen ihrer Gutheissung gegeben sind.

Auf Grund der Baugesuchsunterlagen kann ohne Zweifel festgestellt werden, dass das in Frage stehende Bauvorhaben den Waldabstand nach Art. 58 BauG nicht einhält. Daraus ergibt sich, dass für das Bauvorhaben - zumindest soweit es den Waldabstand unterschreitet - keine ordentliche Baubewilligung hätte erteilt werden dürfen.

2. Voraussetzungen einer Ausnahmewilligung

Nach Art. 77 Abs. 1 BauG kann die zuständige Gemeindebehörde von den Vorschriften dieses Gesetzes, des Baureglementes sowie von Zonen-, Überbauungs- und Gestaltungsplänen abweichende Bewilligungen erteilen, wenn einer der in dieser Norm aufgeführten Ausnahmegründe gegeben ist.

Nach ständiger Rechtsprechung hat ein Baudispens zum Zweck, Härten und Unbilligkeiten zu vermeiden, die sich wegen der Besonderheit des Sachverhaltes aus der strikten Anwendung der Bauordnung ergeben würden. Der Baudispens verlangt eine Ausnahmesituation, bei der die Handhabung der Bauvorschriften in Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalles den Bauherrn in besonderem Mass hart treffen würde. Die Härte muss in einem objektiven Nachteil bestehen, den der Baugesuchsteller im Verhältnis zu Mitbürgern in gleicher oder ähnlicher Situation durch die strikte Anwendung der Baunormen erleiden würde. Weil das Baurecht vor allem öffentlichen Interessen dient, aber auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit aller Bürger, müssen die Schranken der Ausnahmewilligung streng genommen werden.

Im konkreten Fall wurden keine Gründe vorgebracht, welche die Annahme einer Ausnahmesituation rechtfertigen würden. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich, da das Bauvorhaben auch ohne Unterschreitung des Waldabstandes auf der verbleibenden Fläche hätte erstellt werden können. Bei dieser Sachlage hätte die Baubewilligungsbehörde für das zur Beurteilung stehende Bauvorhaben - soweit dieses den Waldabstand unterschreitet - auch keine Ausnahmegewilligung erteilen dürfen.

3. Wirkungen einer nicht genehmigten Ausnahmegewilligung

Nach Art. 77 Abs. 2 BauG bedürfen Baubewilligungen, durch die eine Abweichung von den Vorschriften dieses Gesetzes bewilligt wird, der Genehmigung der zuständigen Stelle des Staates (früher Baudepartement, heute Planungsamt).

Die Genehmigung von Verfügungen ist ein Instrument der - vorsorglichen - Staatsaufsicht über die Gemeinden (Art. 232 lit. c GG). Mit dieser Bestimmung wird die Überwachung der Einhaltung des Baugesetzes durch den Kanton erleichtert. Genehmigungspflichtige Erlasse, Beschlüsse und Verfügungen werden nach Art. 233 Abs. 1 GG erst mit der Genehmigung rechtsgültig. Die Genehmigung als Gültigkeitserfordernis ist mithin für die Rechtskraft der Ausnahmegewilligung konstitutiv.

Dem Staat stehen nach Art. 3 Abs. 2 erster Satz BauG in allen Belangen der Raumplanung und des öffentlichen Baurechts die Rechts- und Ermessenskontrolle zu. Die zu genehmigenden Ausnahmegewilligungen sind dementsprechend auf ihre Recht- und Zweckmässigkeit zu überprüfen. Erweist sich eine Verfügung als nicht zweck- oder gar nicht rechtmässig, ist die Genehmigung zu verweigern.

Kommunale Baubewilligungen, die ohne die erforderliche Zustimmung oder Genehmigung durch die kantonale Behörde erteilt wurden, entfalten grundsätzlich keine Rechtswirkungen beziehungsweise sind unter bestimmten Voraussetzungen sogar nichtig. Dies gilt unabhängig davon, ob der Genehmigungsvorbehalt im Bundesrecht oder im kantonalen Recht begründet ist.

Der Waldabstand wird in Art. 58 BauG geregelt. Werden Ausnahmegewilligungen zur Unterschreitung des Waldabstandes erteilt, muss deshalb die Genehmigung des Planungsamtes eingeholt werden. Die Genehmigungsvoraussetzung gilt auch dann, wenn - irrtümlich oder missbräuchlich - die Waldabstandsunterschreitung in einer "ordentlichen" Baubewilligung zugelassen wird. Mit der Anknüpfung an den materiellen Tatbestand (die Abweichung von Vorschriften des Baugesetzes) wird eine wirksame Staatsaufsicht gewährleistet. Würde allein von der formellen Bezeichnung einer Bewilligung ausgegangen, läge es dagegen im Belieben der Gemeinden, die Staatsaufsicht zu untergraben.

Die zu beurteilende Baubewilligung stellt materiell eine Ausnahmegewilligung dar, mit der eine Unterschreitung des Waldabstandes zugelassen wird. Diese Ausnahmegewilligung wurde weder vom Baudepartement noch vom Planungsamt genehmigt. Auch steht fest, dass diese Genehmigung nicht erteilt werden kann, weil mangels Ausnahmesituation gar keine Ausnahmegewilligung hätte erteilt werden dürfen. Damit ist die streitige Baubewilligung, mindestens soweit sie eine Unterschreitung des Waldabstandes durch das Bauvorhaben zulässt, nicht in Rechtskraft erwachsen.

4. Auswirkungen auf das Wiederherstellungsverfahren

Nach Art. 130 Abs. 2 BauG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder die Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustandes verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften

oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird.

Erweist sich eine Baute oder Anlage als formell und materiell rechtswidrig, so ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen.

Weil das in Frage stehende Bauvorhaben den gesetzlichen Waldabstand unterschreitet und die hierfür erteilte Baubewilligung nicht in Rechtskraft erwachsen konnte, ist im Bereich der Waldabstandsunterschreitung die materielle und formelle Rechtswidrigkeit gegeben. Angesichts der durch die Baubewilligungsbehörde gesetzten vertrauensbildenden Tatbestände ist der Verzicht auf eine Wiederherstellungsverfügung nicht zu beanstanden. Mildere Massnahmen stehen nicht zur Verfügung.

Der Umstand, dass die Baubewilligung nicht in Rechtskraft erwachsen kann, hat allerdings - trotz Verzicht auf die Wiederherstellung - insofern Auswirkungen, als sich der Eigentümer der Baute nicht auf die Bestandes- und Erweiterungsgarantie (Art. 77bis BauG) berufen kann.

Weiterführende Hinweise:

- E. David, Ortsplanungsrecht II: Das Verfahren beim Erlass von Baureglement, Plänen und Schutzverordnungen, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe Bd. 20, St.Gallen 1983, N 145 zu Art. 31 BauG
- G. Germann, Natur- und Heimatschutz, Bausperre und Landumlegung, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe Bd. 20, St.Gallen 1983, N 1 f. zu Art. 130 BauG
- R. Kaufmann, Materielles Baupolizeirecht, in: Das neue st.gallische Baugesetz, Schweizerisches Institut für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, St.Gallen 1973, 161
- P. Steiner, Formelles Baupolizeirecht, in: Das neue st.gallische Baugesetz, Schweizerisches Institut für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, St.Gallen 1973, 161
- E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, N 5 zu § 152, N 6 zu § 155
- Juristische Mitteilungen 1998 / II / 5, 1999 Nr. 9, 2000 Nr. 7
- BGE 111 Ib 220
- VerwGE vom 11. Februar 1993 i.S. H.R.; VerwGE vom 27. Oktober 1987 i.S. H.H., 9 f.; VerwGE vom 14. November 1985 i.S. H.S., 5; VerwGE vom 28. Februar 1984 i.S. A.R.

Entscheid des Baudepartementes vom 23. Mai 2001

Das Baudepartement musste gleich wie die Vorinstanz feststellen, dass die in Frage stehende Baubewilligung, soweit sie eine Unterschreitung des Waldabstands zulies, keine Rechtswirkung entfalten konnte. Auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wurde jedoch verzichtet.

31

Öffentliches Beschaffungswesen:

Folgen der Unvollständigkeit von Offertunterlagen**Art. 12 VöB: Ausschluss**
Art. 28 VöB: Angebotseinreichung

Bei einem detaillierten Leistungsverzeichnis kann der Besteller grundsätzlich davon ausgehen, dass die Anbieter die Preise für sämtliche beschriebenen Positionen detailliert aufführen. Ob fehlende Angaben zum Offertpreis einzelner Positionen zum Ausschluss führen, ist anhand der konkreten Umstände sowie unter Abwägung der in Frage stehenden Interessen und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu prüfen.

Bei umfangreichen und komplexen öffentlichen Arbeiten sind gewisse Unregelmässigkeiten bei den Offerten kaum zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund entspricht es dem Verhältnismässigkeitsprinzip, Anbieter nicht auf Grund von untergeordneten, nebensächlichen Mängeln auszuschliessen. Die Beurteilung, ob ein wesentlicher oder unwesentlicher Mangel vorliegt, bereitet allerdings oft Schwierigkeiten.

1. Einreichung des Angebotes

Art. 28 VöB bestimmt, dass der Anbieter sein Angebot der in der Ausschreibung bezeichneten Stelle schriftlich, vollständig und fristgerecht einreicht. Nach Art. 12 Abs. 1 lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn dieser wesentliche Formvorschriften der Verordnung verletzt. Die Vorschrift, wonach ein Angebot vollständig und fristgerecht einzureichen ist, gehört zweifellos zu den wesentlichen Formvorschriften.

Ein Angebot ist vollständig, wenn alle vom Auftraggeber verlangten Unterlagen eingereicht werden und vollständig ausgefüllt sind.

2. Unvollständigkeit von Angeboten

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind insbesondere bei der Vergabe umfangreicher und komplexer öffentlicher Aufträge gewisse Unregelmässigkeiten kaum zu vermeiden. Wer regelmässig mit Arbeitsvergaben zu tun hat, weiss, dass die eingereichten Devis oder Offerten oft unvollständig sind oder Rechenfehler und andere Unzulänglichkeiten aufweisen. Es entspricht somit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, Anbieter nicht wegen jedem Mangel vom Verfahren auszuschliessen. Ein wirksamer Wettbewerb als wesentliche Zielsetzung einer jeden Ausschreibung gebietet es ebenso, bei der Kontrolle der Bewerbungsunterlagen nicht zu kleinlich vorzugehen. Umgekehrt darf aber nicht übersehen werden, dass mit einer grosszügigen Anpassung von falschen Preisangaben und dergleichen einer Manipulation des Vergabeverfahrens Vorschub geleistet werden kann.

Das Verwaltungsgericht hat bisher beim Ausschluss von Anbietern eine strenge Handhabung der Bestimmungen über die Vollständigkeit von Offerteingaben stets geschützt. So wurden beispielsweise Ausschlüsse von Anbietern bestätigt, welche die Rubrik "Erfüllungsgarantie" nicht ausgefüllt oder versehentlich Unterlagen über Geschossflächenbe-

rechnungen und die Aufstellung von Berechnungselementen eines Bauwerks nicht (innert Frist) eingereicht hatten.

Zusammengefasst kann der Auftraggeber den Ausschluss nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes somit dann verfügen, wenn die fehlenden Angaben und Unterlagen wesentlich sind (für die Beurteilung der Offerten [Zuschlag] oder des Anbieters [Eignung]). Kann mit anderen Worten auf Grund der fehlenden Angaben oder Unterlagen die Eignung (Art. 8 VöB) nicht zuverlässig geprüft beziehungsweise beurteilt werden oder ist eine den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (Art. 5 VöB) gerecht werdende Beurteilung der Offerten (Art. 34 VöB) nicht möglich, ist ein Ausschluss in Erwägung zu ziehen.

Weiterführende Hinweise:

- ZBI 2001, 219
- Juristische Mitteilungen 1999 Nr. 27

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. ARGE B./M. vom 21. August 2001, Erw. 2

Das Verwaltungsgericht wies eine Beschwerde einer Arbeitsgemeinschaft gegen eine Ausschlussverfügung ab, welche bei der Ausschreibung von Baumeisterarbeiten im Tiefbau neun Positionen im Leistungsverzeichnis offen liess und keine Angaben zu den Bezugsorten für die Blocksteine machte, obwohl dies in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich verlangt wurde.

Das Gericht erwog im Wesentlichen, dass die offen gelassenen Positionen gemessen an der gesamten Offertsumme nur einen geringen Anteil ausmachen würden. Es sei nachvollziehbar, dass die Arbeitsgemeinschaft geltend mache, für die offenen Positionen werde kein Entgelt verlangt beziehungsweise die Positionen seien im Gesamtpreis eingeschlossen. Die Vergabebehörde könnte denn auch bei einem allfälligen Vertragsschluss ausdrücklich eine Vereinbarung treffen, welche die Unklarheiten beseitigen und die Möglichkeit von Nachforderungen ausschliessen würde. Es erscheine unter diesen Umständen vorliegend fraglich, ob ein Ausschluss allein aufgrund der offen gelassenen Positionen zulässig wäre. Es komme jedoch hinzu, dass in der Offerte auch Angaben zu den Bezugsorten der Blocksteine fehlten. Diese Angaben seien aufgrund der erheblichen Bedeutung der Blocksteinmauern wesentlich, weshalb der Ausschluss insgesamt gerechtfertigt sei.

32**Öffentliches Beschaffungswesen:
Bekanntgabe der Zuschlagskriterien****Art. 34 VöB: Zuschlag**

Die Pflicht zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien bezieht sich auch auf allfällige Unterkriterien.

Bundesgericht und Verwaltungsgericht haben unlängst entschieden, dass die Zuschlagskriterien den Anbietern nicht nur im voraus bekannt zu geben sind, sondern dass vorgängig auch die Reihenfolge oder zumindest die relative Bedeutung (Gewicht) mitzuteilen sind. Nunmehr hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass auch allfällige Unterkriterien bekannt zu geben sind. Dies wird zum Anlass genommen, die Rechtslage zusammenfassend darzustellen.

1. Zuschlag und Zuschlagskriterien

Nach Art. 34 Abs. 1 VöB erfolgt der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Dieses wird anhand von Kriterien ermittelt, die beispielhaft und nicht abschliessend in Art. 34 Abs. 2 VöB aufgezählt sind. Es ist zulässig, erstens von diesem Katalog abzuweichen und zweitens Kriterien besonders zu gewichten, wobei dies in der Ausschreibung bekannt zu geben ist (Art. 34 Abs. 3 VöB).

Der Vergabebehörde kommt damit sowohl bei der Auswahl als auch bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Auswahl und Gewichtung müssen sich aber im Einzelfall sachlich rechtfertigen lassen und sich am konkreten Auftrag beziehungsweise dessen Anforderungen und Bedeutung orientieren. Eine sachwidrige Bewertung einzelner Kriterien stellt eine Ermessensüberschreitung dar, die zur Aufhebung des Zuschlags führen kann.

2. Bekanntgabe der Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien sind aus Gründen der Transparenz und der Rechtssicherheit in der Ausschreibung beziehungsweise der direkten Einladung (Art. 19 Abs. 1 lit. f VöB) oder in den Ausschreibungsunterlagen (Art. 20 lit. i VöB) entweder in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder wenigstens mit ihrer relativen Bedeutung (Gewicht) bekannt zu geben. Diese Pflicht bezieht sich nach der Rechtsprechung auch auf allfällige Unterkriterien. In Frage kommen somit folgende Formulierungen:

- **Reihenfolge**

Kriterien für den Zuschlag sind in folgender Reihenfolge:

1. Preis:
 - . Offertpreis
 - . Nebenkosten
2. Qualität:
 - . Leistungsverzeichnis
 - . Präsentation

3. Erfahrung

4. Termin

• **Angabe der relativen Bedeutung (Gewichtung)**

Die Zuschlagskriterien werden wie folgt gewichtet:

Preis:

Offertpreis	35 Prozent
Nebenkosten	5 Prozent

Qualität:

Leistungsverzeichnis	25 Prozent
Präsentation	10 Prozent

Erfahrung	15 Prozent
-----------	------------

Termin	10 Prozent
--------	------------

Weiterführende Hinweise:

- Gauch/Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Bern 1999, 23
- BR 4/1999, S. 144
- Juristische Mitteilungen 2000 Nrn. 9 und 13, 1999 Nr. 31
- BGE 125 II 86 ff. (Praxis 1999, S. 578 ff.)
- GVP 1999 Nr. 37

Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. S. AG vom 21. August 2001, Erw. 3

Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde einer Anbieterin gegen eine Zuschlagsverfügung gut, die geltend machte, die Nebenkosten seien im Vergleich zum Offertpreis zu stark gewichtet worden. Die Nebenkosten seien nur zu schätzen gewesen und die Differenz zwischen den Anbieterinnen sei klein. Die schlechtere Beurteilung der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Unterkriterium "Zweckmässigkeit Projektorganisation" sei unzulässig, weil sie mit den Erfahrungen der berücksichtigten Anbieterin im Kanton St.Gallen begründet worden sei. Ferner wurde bemängelt, den Ausschreibungsunterlagen habe nicht entnommen werden können, dass es beim Hauptkriterium "Infrastruktur/Kapazität" massgeblich darauf ankomme, auf wie viele Mitarbeiter zurückgegriffen werden könne.

Das Verwaltungsgericht erwog im Wesentlichen, dass die Nebenkosten im Vergleich mit dem Offertpreis in quantitativer Hinsicht nur von untergeordneter Bedeutung seien. Die gewählte Gewichtung stelle eine nicht gerechtfertigte Überbewertung des Nebenkriteriums und damit eine Ermessensüberschreitung dar, die zur Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung führe. Ferner habe die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen nicht darauf hingewiesen, dass es bei der Beurteilung der organisatorischen und beruflichen Qualifikation massgeblich darauf ankomme, dass die Anbieterin schon über Erfahrungen im Kanton St.Gallen verfüge. Insoweit sei es schon unter diesem Gesichtspunkt unzulässig, dieses Kriterium nachträglich für die Bewertung heranzuziehen. Im Übrigen werde aber auch nicht näher begründet, weshalb es von Vorteil sein sollte, dass die berücksichtigte Anbieterin mit den Eigenheiten des Kantons St.Gallen und der (st.gallischen) Gemeinden besser vertraut sei. Weil den Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf das Kriterium "Infrastruktur/Kapazität" nicht habe entnommen werden können, dass bei der Beurteilung die Anzahl Mitarbeiter von Bedeutung sei, könne der Beschwerdeführerin auch nicht vorgeworfen werden, sie hätte in der Offerte alle Mitarbeiter angeben müssen, die sie für den in Frage stehenden Auftrag einzusetzen gedenke.

33

Wasserrecht:

Wirkung unbefristeter Wasserrechtskonzessionen**Art. 43 WRG: Entzug des Nutzungsrechts****Art. 12 GNG: Wohlerworbenes Recht**

Altrechtliche, d.h. vor Erlass des ersten kantonalen Gesetzes über die Benützung von Gewässern (1893/94) erteilte Konzessionen, die keine oder zumindest keine hinreichenden Bestimmungen über eine zeitliche Begrenzung der Nutzungsdauer enthalten, begründen kein wohlerworbenes Recht auf unbeschränkte Konzessionsdauer.

Solche Konzessionen können durch die Konzessionsbehörde einseitig und entschädigungslos nachträglich befristet und nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist aufgelöst werden.

Seit 1860 nimmt der Kanton St.Gallen die Gewässerhoheit wahr und erteilt dementsprechend auch Konzessionen an Private oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften zur Sondernutzung von öffentlichen Gewässern. Im Vordergrund stehen dabei die energetische Nutzung von Fließgewässern und Wasserbezüge für gewerbliche und industrielle Zwecke.

1. Rechtsgrundlagen für die Konzessionserteilung

Erstmals konkret in einer Rechtsnorm festgehalten wurde die kantonale Gewässerhoheit in Art. 18 Abs. 1 der Verfassung des Kantons St.Gallen vom 16. November 1890.

Am 1. Januar 1894 trat das Gesetz über die Benützung von Gewässern (GBG) in Kraft. Es sah eine Konzessionsdauer von höchstens 50 Jahren vor, gewährleistete jedoch die bis anhin geübten Wasserbezugsrechte in ihrem bisherigen Bestand.

Das Gesetz vom 5. Dezember 1960 über die Gewässernutzung, welches das GBG ablöste, begrenzt die Konzessionsdauer auf höchstens 80 Jahre für Wasserkraftnutzungen und auf (in der Regel) höchstens 50 Jahre für andere Nutzungen. In Art. 12 sieht es vor, dass die Verleihung von Wassernutzungsrechten dem Konzessionär ein wohlerworbenes Recht auf die Nutzung des Gewässers verschafft. Das GNG findet unter dem Vorbehalt der wohlerworbenen Rechte auch auf bestehende Wassernutzungen Anwendung.

Das eidgenössische Wasserrechtsgesetz aus dem Jahr 1916 seinerseits schreibt die Aufnahme der Konzessionsdauer in die Konzession und eine gesetzliche Höchstdauer von 80 Jahren vor. Die Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes zudem ein wohlerworbenes Recht auf die Benützung des Gewässers. Da das WRG daher nur die bisher geltende Rechtslage zum Ausdruck bringt, ist es auch auf die vor dessen Inkrafttreten erteilten Konzessionen anwendbar.

In der Zeit zwischen 1860 und 1894 beruhte die regierungsrätliche Praxis der Konzessionserteilung für Sondernutzungen an öffentlichen Gewässern auf Gewohnheitsrecht. Einzig für die Sondernutzungen an Seeufern und Strandböden bestand im Gesetz vom 13. August 1846 betreffend das Eigentumsrecht des Staates an den Seeufern eine - wenn auch äusserst knappe - gesetzliche Regelung. Nur ganz selten legte der Regierungsrat in

diesen sogenannten altrechtlichen Konzessionen die Nutzungsdauer beziehungsweise ein Ablaufdatum fest.

Auch nach Inkrafttreten des GBG am 1. Januar 1894 kam es gelegentlich vor, dass die Konzessionsbehörde die Befristung der Wasserrechtskonzessionen - bewusst oder versehentlich - unterliess. Da die nach 1893 erteilten Konzessionen sich aber auf das GBG stützten oder jedenfalls stützen sollten, galt für diese von Gesetzes wegen eine Konzessionsdauer von 50 Jahren. Davon ausgenommen waren indes die Sondernutzungen an Seeufnern und Strandböden (Bootshäuser und -stege, Hafenanlagen), denn für diese galt bis Ende des Jahres 1960 weiterhin das zuvor erwähnte Gesetz betreffend das Eigentumsrecht des Staates an den Seeufnern.

Was aber gilt für die vor 1894 ohne Befristung verliehenen Wassernutzungsrechte und die zwischen 1846 und 1961 erteilten Sondernutzungsrechte an Seeufnern hinsichtlich der zeitlichen Dauer? Gelten diese - wie die ehehaften Wasserrechte, die in einer Zeit entstanden sind, als der Staat die Gewässerhoheit noch nicht für sich beanspruchte - zeitlich unbeschränkt? Hat der Staat mit diesen Konzessionen oder Bewilligungen den damaligen Inhabern und ihren Rechtsnachfolgern gar wohlverworbene Rechte auf zeitlich unbegrenzte Sondernutzung eingeräumt?

2. Die Gewässerhoheit des Staates und deren Unveräusserlichkeit

Nach Art. 18 Abs. 1 der Kantonsverfassung von 1890 und Art. 1 GNG steht dem Staat im Rahmen des Bundesrechts und unter dem Vorbehalt nachgewiesener Privatrechte die Hoheit über die öffentlichen Gewässer zu. Die öffentlichen Gewässer sind öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Dieser Zweckbestimmung können sie durch die Einräumung von Sondernutzungsrechten mittels Konzession zwar entfremdet werden, dies allerdings nur vorübergehend.

a) Zweck

Nach geltendem Recht und heutiger Rechtsanschauung kann das Gemeinwesen Sondernutzungsrechte nicht auf unbefristete Dauer erteilen. Das Gemeinwesen, das die entsprechenden Nutzungsrechte erteilt, muss von Zeit zu Zeit Gelegenheit erhalten, sich darüber zu vergewissern, ob die genehmigte Nutzung mit dem öffentlichen Interesse noch in Einklang steht.

Wäre das durch Konzession dem Privaten eingeräumte Nutzungsrecht ein ewiges, liefe dies darauf hinaus, dass das Gemeinwesen sich seiner Rechte und seiner Hoheit entäusserte, was nach dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt unzulässig ist. Es würde in höchstem Mass dem öffentlichen Interesse widersprechen, Sondernutzungskonzessionen auf unbeschränkte Dauer zu erteilen und damit ein öffentliches Gewässer auf alle Zeiten seinem Zweck zu entfremden. Das würde, insbesondere bezogen auf den Kanton St.Gallen, letztlich bedeuten, dass sich das Gemeinwesen der Gewässerhoheit, die es erst Mitte des 19. Jahrhunderts in Anspruch genommen hat, durch die Erteilung von entsprechend ausgestalteten Wasserrechtskonzessionen sukzessive wieder entäussert hätte.

b) Folgerungen in Lehre und Rechtsprechung

Auf Grund der Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewässerhoheit gehen Lehre und Rechtsprechung daher davon aus, dass auf unbefristete Zeit begründete (altrechtliche) Wassernutzungskonzessionen nachträglich befristet und vom Staat nach Ablauf einer

angemessenen Konzessionsdauer und unter Einräumung einer fünf- bis zehnjährigen Übergangsfrist einseitig und entschädigungslos aufgehoben werden können.

3. Kein wohlerworbenes Recht hinsichtlich der Konzessionsdauer

a) Begriff des "wohlerworbenen Rechts"

Durch die Erteilung einer Wasserrechtskonzession wird zwischen der Konzessionsbehörde und dem Konzessionär ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten begründet, das einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar ist. Für diese Konzessionen gelten nach der Literatur und der höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich jene Rechte als wohlerworben, die auf Grund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession zu betrachten sind. In die Substanz von auf diese Weise begründeten Rechten darf gestützt auf später erlassene Gesetze regelmässig nicht - jedenfalls nicht entschädigungslos - eingegriffen werden.

b) Beurteilung im konkreten Fall

Ob eine Rechtsposition als wohlerworbenes Recht zu qualifizieren ist, lässt sich indessen nicht allein auf Grund ihrer Entstehung und unabhängig von der aktuellen Rechtslage beurteilen. Die Anerkennung eines wohlerworbenen Rechts ist vielmehr das Ergebnis einer Interessenabwägung, die den auf Grund einer früheren Rechtsordnung eingeräumten Rechten grundsätzlich den Vorrang vor jenen öffentlichen Interessen einräumt, die mit einer Rechtsänderung durchgesetzt werden sollen. Das Rechtssicherheitsinteresse des Rechtsinhabers ist dabei nach den aktuellen Verhältnissen zu gewichten.

Die mitunter vertretene Meinung, wonach es auf die gegenwärtige Rechtsauffassung nicht ankommen könne und eine altrechtliche Wasserrechtskonzession dem Konzessionär gerade auch hinsichtlich der (unbeschränkten) Konzessionsdauer ein wohlerworbenes Recht verschafft habe, wird folglich weder vom Bundesgericht noch von der herrschenden Lehre geteilt.

4. Die Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze auf das Konzessionsverhältnis

Für die Anerkennung eines wohlerworbenen Rechts im Zusammenhang mit Konzessionen ist nicht zuletzt massgeblich, dass die Konzessionerteilung vertragsähnlicher Natur ist: Innerhalb einer Konzession sind grundsätzlich diejenigen Rechte als wohlerworben einzustufen, welche nicht durch einen Rechtssatz, sondern auf Grund freier Vereinbarung der Parteien entstanden sind. Insofern fliessen auch zivilrechtliche Überlegungen ein.

Zu berücksichtigen ist daher auch die Tatsache, dass es heute auch zivilrechtlich ausgeschlossen ist, obligatorische Verträge auf "ewige" Zeiten abzuschliessen und aufrecht zu erhalten. Unzulässig ist dies selbst dann, wenn sie noch unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts abgeschlossen worden sind. Dies ergibt sich aus Art. 2 SchIT ZGB, einem Grundsatz, der um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen Geltung hat. Art. 2 SchIT ZGB wird daher auch im öffentlichen Recht für massgeblich erachtet.

Diese einheitliche Wertung in der gesamten Rechtsordnung macht deutlich, dass es ein wohlerworbenes Recht auf dauerhafte Sondernutzung nicht geben kann. Dies wäre mit dem oben erwähnten Grundsatz der Unveräusserlichkeit öffentlicher Gewalt und insofern mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar.

5. Ergebnis

Der Staat kann die ihm zustehende Hoheit über die öffentlichen Gewässer im Rahmen einer Konzession nicht für alle Zeiten aufgeben. Nennt die Konzessionsurkunde keine zeitliche Beschränkung und musste sie zur Zeit ihrer Begründung von Gesetzes wegen eine solche auch nicht zwingend beinhalten, so ist die Dauer der Konzession nachträglich zu beschränken. Dies ergibt sich unter anderem aus dem Grundsatz, nach dem obligatorische Verträge nicht auf "ewige" Zeiten abgeschlossen und aufrecht erhalten werden können.

Eine derartige Konzession darf sodann entschädigungslos einseitig befristet und nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist (in der Regel fünf bis zehn Jahre) aufgelöst werden. Wohlerworbene Rechte des Konzessionärs, das Willkürverbot oder das Gebot der Wahrung von Treu und Glauben werden dadurch jedenfalls nicht verletzt.

Berücksichtigt werden muss dabei auch der Umstand, dass der Inhaberin oder dem Inhaber einer auf diese Weise nachträglich geänderten beziehungsweise ergänzten Konzession grundsätzlich die Möglichkeit offen steht, ein Gesuch um Erneuerung des Wassernutzungsrechts zu stellen: Darüber wird in einem förmlichen Verfahren und unter Berücksichtigung sämtlicher öffentlicher - namentlich des öffentlichen Interesses an befriedigender und umweltgerechter Wassernutzung - und privater Interessen befunden.

Weiterführende Hinweise:

- Pfad zum Urteil im Internet: www.bger.ch ⇒ Rechtsprechung ⇒ Urteile ab 2000 ⇒ 2P.103/2000
- V. Augustin, Das Ende der Wasserrechtskonzessionen, Diss. Freiburg 1983, 28 ff.
- K. Klett, Verfassungsrechtlicher Schutz "wohlerworbener Rechte" bei Rechtsänderungen, Bern 1984, 224 ff., 233 ff.
- O. Müller, Die st.gallische Gesetzgebung im ersten Dezennium der Herrschaft der Kantonsverfassung vom 16. November 1890, in: ZBI 1 [1900], S. 45 ff., 52 ff., 54 [Ziff. 18]
- T. Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Zürcher Habil. Bern 1994, Rz. 280, 295, 342
- R. Rhinow/B. Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, 360 (Nr. 119 IV.) und 367 (Nr. 122 B. IV.)
- BGE 127 II 69; 119 Ib 268, Erw. 5a; 107 Ib 144, Erw. 3a
- GVP 2000 Nr. 21, 1999 Nr. 24
- Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden (PVG) 1986 Nr. 37

Entscheid des Bundesgerichtes vom 30. Oktober 2000

Im zu beurteilenden Fall ging es vor allem um die Frage, ob der Kanton St.Gallen eine im Jahr 1866 ohne zeitliche Begrenzung erteilte Wasserrechtskonzession für die Nutzung der Wasserkraft zweier Fliessgewässer nachträglich einseitig und entschädigungslos befristen durfte.

Das Bundesgericht schützte das Vorgehen der Konzessionsbehörde und hielt in Anwendung des Grundsatzes der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt und des im Vertragsrecht geltenden Prinzips, dass keine Verträge auf "ewige" Zeiten abgeschlossen beziehungsweise aufrecht erhalten werden können, dafür, dass ein wohlerworbenes Recht auf unbeschränkte Konzessionsdauer nicht bestehe. Damit durfte die Konzessionsbehörde die zu beurteilende Wasserrechtskonzession nach über 130-jähriger Laufzeit unter Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist - im konkreten Fall fünfeinhalb Jahre - einseitig und ohne Entrichtung einer Entschädigung auflösen.