



## Juristische Mitteilungen 2011 / IV

### Inhalt

#### Information

- |   |  |   |
|---|--|---|
| 1 | Anhebung der Entscheidgebühren   | 2 |
| 2 | Neuerungen und Hinweise zur Suchfunktion innerhalb der Juristischen Mitteilungen | 6 |

#### Literaturhinweise

- |   |                       |    |
|---|-----------------------|----|
| 3 | Neuerscheinungen 2011 | 12 |
|---|-----------------------|----|

#### Neues Recht

- |   |  |    |
|---|--|----|
| 4 | Revision des Immobiliarsachenrechts - Nachbarrecht | 19 |
| 5 | Neuerungen beim Bauhandwerkerpfandrecht            | 23 |

#### Öffentliches Beschaffungswesen

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 6 | Stabilität der Ausschreibung            | 29 |
| 7 | Fehlende Bekanntgabe der Unterkriterien | 32 |

#### Verwaltungsverfahrensrecht

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 8 | Zulässiges Abstellen auf interne Fachberichte | 35 |
|---|---|----|

### Impressum

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

Beatrice Friedrich / Bettina Deillon-Schegg  
058 229 43 58 / 058 229 30 71  
[beatrice.friedrich@sg.ch](mailto:beatrice.friedrich@sg.ch) / [bettina.deillon@sg.ch](mailto:bettina.deillon@sg.ch)

Zitiervorschlag:

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen Jahr/Band/Nr



# 1

## Anhebung der Entscheidgebühren

### Zusammenfassung

*Das Baudepartement hat die generelle Entscheidgebühr für einen Departementsentscheid von bisher CHF 3'000.00 auf CHF 3'500.00 angehoben.*

### Erläuterungen

#### 1 Rechtliche Einordnung der Entscheidgebühren

Entscheidgebühren sind Verwaltungsgebühren. Verwaltungsgebühren sind das Entgelt für eine bestimmte staatliche Tätigkeit, d.h. für eine dem Abgabepflichtigen zurechenbare Amtshandlung.

#### 2 Erfordernis der genügenden Rechtsgrundlage

##### A Grundsatz

Wenn der Staat für seine Tätigkeit Gebühren erhebt, erfordert dies grundsätzlich eine genügende gesetzliche Grundlage. Die wesentlichen Elemente der geforderten Gebühr – der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Gebühr sowie deren Bemessungsgrundlage – müssen in einem Rechtssatz, d.h. einer generell-abstrakten Norm, die genügend bestimmt ist, vorgesehen sein.

##### B Ergänzende Prinzipien

Ist die Höhe der Gebühr im Rechtssatz nicht bzw. nicht ausreichend geregelt, gelten für deren Bemessung ergänzend das Kostendeckungs- sowie das Äquivalenzprinzip.

Das Kostendeckungsprinzip besagt, dass der Gesamtertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht übersteigen darf.



Nach dem Äquivalenzprinzip muss die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Wert stehen zum Wert, den die staatliche Leistung für den betroffenen Abgabepflichtigen hat.

### **3 Rechtsgrundlagen für die Erhebung von Entscheidgebühren im Rekursverfahren**

Die allgemeine Regelung betreffend Kosten des Verwaltungsverfahrens findet sich in Art. 94 bis Art. 100 VRP. Art. 100 Abs. 1 VRP erklärt die Regierung für zuständig, nebst den im Verwaltungsrechtspflegegesetz enthaltenen ergänzende Vorschriften über die Kosten zu erlassen. Zu regeln sind insbesondere die Gebührenansätze.

Die Regierung hat von der ihr übertragenen Kompetenz durch Erlass der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (Verwaltungsgebührenverordnung; abgekürzt VGV) vom 27. April 1971 sowie des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (abgekürzt GebT) vom 2. Mai 2002 Gebrauch gemacht.

Die Verwaltungsgebührenverordnung regelt die Kosten und Entschädigungen im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden des Kantons, der Gemeinden und der öffentlich-rechtlichen Korporationen und Anstalten, soweit nicht besondere eidgenössische oder kantonale Vorschriften bestehen. Für die anzuwendenden Gebührenansätze verweist Art. 3 VGV auf den Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung.

Das Rekursverfahren vor Baudepartement ist ein durch eine kantonale Verwaltungsbehörde wahrgenommenes Verfahren der internen Verwaltungsrechtspflege, es unterliegt daher hinsichtlich der zu erhebenden Entscheidgebühren den Bestimmungen der Verwaltungsgebührenverordnung sowie dem Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung.

#### **A Gebührenrahmen**

Der Gebührentarif setzt in Nr. 10.01 für Verfügungen und Entscheide (Einsprachen, Rekurse, Beschwerden usw.) keinen fixen Betrag, sondern einen Gebührenrahmen fest. Dieser reicht von CHF 50.00 bis CHF 5'000.00.

#### **B Gesetzliche Bemessungskriterien**

Wo das Gesetz für eine Gebühr einen Mindest- und einen Höchstansatz bestimmt, ist die für einen konkreten Entscheid innerhalb des gesteckten Rah-



mens zu erhebende Gebühr gemäss Art. 11 GebT nach dem Wert und der Bedeutung der Amtshandlung, dem Zeit- und Arbeitsaufwand und der erforderlichen Sachkenntnis zu bemessen.

Die gemäss den genannten Kriterien ermittelten (Grund-) Gebühren können gemäss Art. 12 Abs. 1 VGV auf das Doppelte des einfachen oder des Höchstansatzes festgesetzt werden, falls es sich um besonders schwierige und umfangreiche Amtsgeschäfte oder um ausserhalb der üblichen Arbeitszeit oder des üblichen Ortes vorzunehmende Amtshandlungen handelt oder die Ausfertigung in einer fremden Sprache erfolgt oder eine schriftliche Übersetzung fremdsprachiger Texte vorgenommen werden muss.

#### *a Wert und Bedeutung der Amtshandlung*

Das Kriterium des Werts der Amtshandlung ist als Hinweis auf das Äquivalenzprinzip zu verstehen. Die Gebühr darf daher zum objektiven Wert der Leistung nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen. Da in der Regel ein eigentlicher Marktwert fehlt, ist auch diesbezüglich vornehmlich auf den Zeit- und Arbeitsaufwand abzustellen.

Das Kriterium der Bedeutung der Amtshandlung bezieht sich auf deren Veranlasser: Im Vordergrund stehen die wirtschaftliche Interessenlage sowie die persönliche Betroffenheit.

#### *b Zeit- und Arbeitsaufwand*

Wesentlich sind der objektiv erforderliche Zeit- und Arbeitsaufwand, den Vorbereitung und Durchführung der in Frage stehenden Amtshandlung verursachen.

#### *c Erforderliche Sachkenntnis*

Das Kriterium der Sachkenntnis bezieht sich entweder auf die Komplexität der vorzunehmenden Amtshandlung selbst oder den dieser zu Grunde liegenden Sachverhalt.

### **C Begründung für die Anhebung der Entscheidgebühren**

Im Rekursverfahren stehen für den Rekurrenten regelmässig bedeutende, teilweise auch wirtschaftliche, Interessen auf dem Spiel.

Der zeitliche Aufwand für die Durchführung eines Rekursverfahrens, das mindestens einen Schriftenwechsel, die Durchführung eines Augenscheins, allenfalls die Erhebung weiterer Beweise sowie die Ausfertigung eines



schriftlich begründeten Entscheids umfasst, ist beträchtlich. Das Durchlaufen der erforderlichen Verfahrensstadien bedingt zudem zeitintensives Aktenstudium sowie aufwendige Rechtsprüfungen.

Die Durchführung des Rekursverfahrens stellt hohe Anforderungen an die erforderliche Sachkenntnis, da der zu ermittelnde Sachverhalt in der Regel komplex ist und sich häufig nicht einfach zu beantwortende Rechtsfragen stellen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt es als notorisch, dass die von den Gerichten über die Gebührenerhebung erzielten Einnahmen die Ausgaben bei weitem nicht zu decken vermöchten. Gleiches gilt auch für die vom Baudepartement wahrgenommene interne Verwaltungsrechtspflege.

Die als Entgelt für Durchführung und Entscheidung eines Rekursverfahrens verlangten Entscheidgebühren liegen auch nach der moderaten Anhebung um CHF 500.00 klar unterhalb der effektiv verursachten Kosten.

#### **4 Vollzug**

Die generell angehobenen Entscheidgebühren werden für alle ab Februar anhängig gemachten Rekursverfahren zur Anwendung gebracht.

##### **Hinweise**

BGE 132 II 55; 131 II 739 f.; 126 I 188; 109 II 480; 106 Ia 252 f.

R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St.Gallen 2004, S. 19 ff., 54 ff., 58 ff.

Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 2625 ff.

## 2

### Neuerungen und Hinweise zur Suchfunktion innerhalb der Juristischen Mitteilungen

#### Einleitung

Im Herbst 2010 führte das Baudepartement bei den Abonentinnen und Abonnenten der Juristischen Mitteilungen eine Qualitätsumfrage betreffend Inhalt und Layout durch. Die Auswertung der eingereichten Umfragebogen wurde in den Juristischen Mitteilungen [2011/I/1](#) publiziert. Verbesserungspotential wurde einerseits bei der elektronischen Erschliessung insgesamt und andererseits beim Inhaltsverzeichnis geortet.

#### Erläuterungen

##### 1 Bereits erfolgte Anpassungen

Kleinere Anpassungen wurden bereits im Dezember des vergangenen Jahres vorgenommen, mit dem Ziel, die Webseite insgesamt übersichtlicher und damit benutzerfreundlicher zu gestalten. Nebst einer geänderten Anordnung ist das JuMi-Bestellformular neu online ausfüllbar und kann ausgedruckt und unterschrieben eingeschickt werden.

##### 2 Suchfunktionen

###### A Geplante Ablösung der bestehenden Suchmaschine

Die bestehende Suchmaschine (Retrievalware), die das gesamte Content Management System (CMS) abdeckt und deren Suchfenster in der linken, oberen Ecke der Webseite <http://www.jumi.sg.ch> zu finden ist, funktioniert – wie Sie bestimmt schon bemerkt haben - nicht für die Suche in den Juristischen Mitteilungen. Weil Retrievalware auch aus anderen technischen Gründen durch ein Nachfolgeprodukt abgelöst werden muss, hat der Kanton eine Studie gestartet, die Klarheit hinsichtlich der Such-Strategie liefern soll. Die Ablösung der Suchmaschine wird voraussichtlich im Jahr 2013 erfolgen. Zu gegebener Zeit wird darüber wieder informiert werden.



## a Übergangsweise zur Verfügung stehende Suchmöglichkeiten

Bis diese Ablösung stattgefunden hat, steht eine einfache Suchfunktion zur Verfügung. Wird auf der Seite <http://www.jumi.sg.ch> die Gesamtsammlung der Juristischen Mitteilungen (aktuell: Juristische Mitteilungen 1998 – 2010) heruntergeladen, erscheint unterhalb des Titels "Publikationen Bauen, Raum & Umwelt" eine Suchmaske mit der Standardeinstellung "juristische Mitteilungen".


Suche

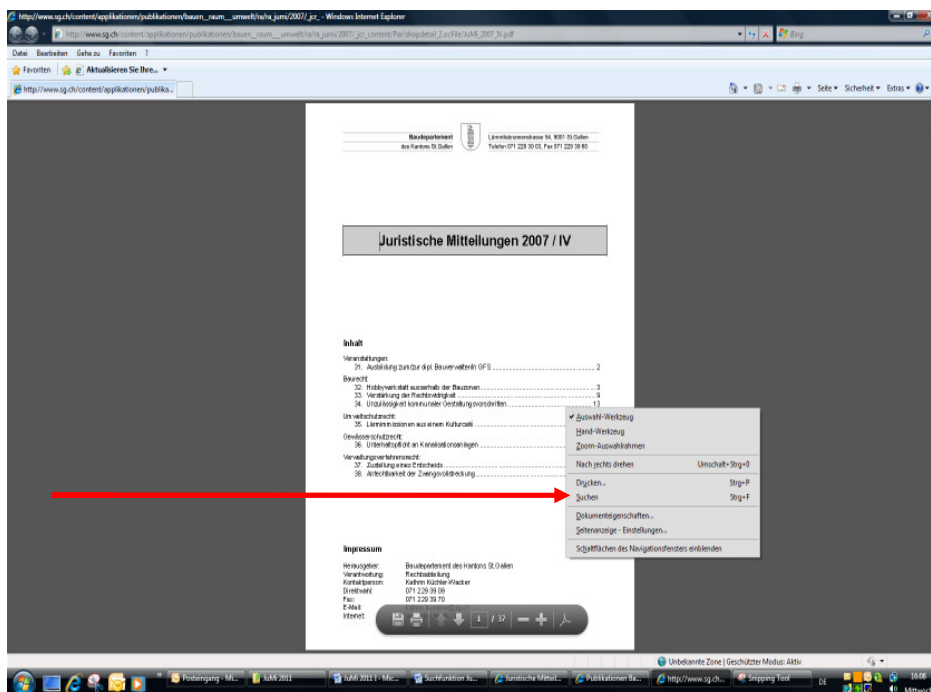
Publikationen Bauen, Raum & Umwelt

Suche juristische Mitteilungen

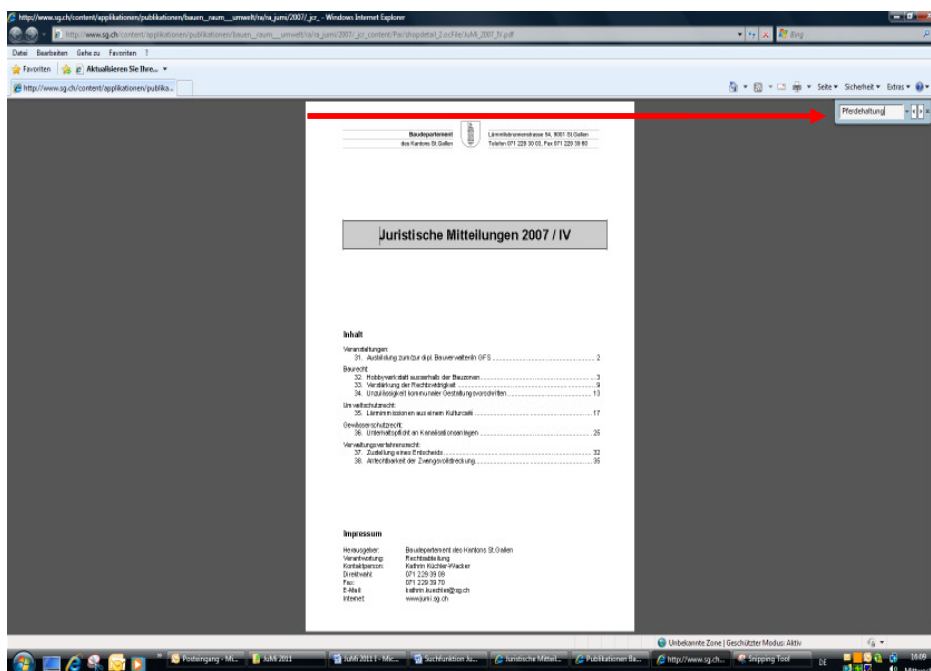
Die Seiten wurden nach juristische Mitteilungen durchsucht. Resultate 1 - 10 von 52

Typ	Titel	Jahr	Umfang	Preis	Aktion	Bild
Brochure	Juristische Mitteilungen 2010 / IV	2010	41 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2010 / II	2010	31 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2010 / I	2010	21 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2010 / I	2010	34 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2009 / IV	2009	30 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2009 / II	2009	33 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2009 / I	2009	27 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2009 / I	2009	39 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2008 / IV	2008	52 Seiten	-		
Brochure	Juristische Mitteilungen 2008 / II	2008	31 Seiten	-		

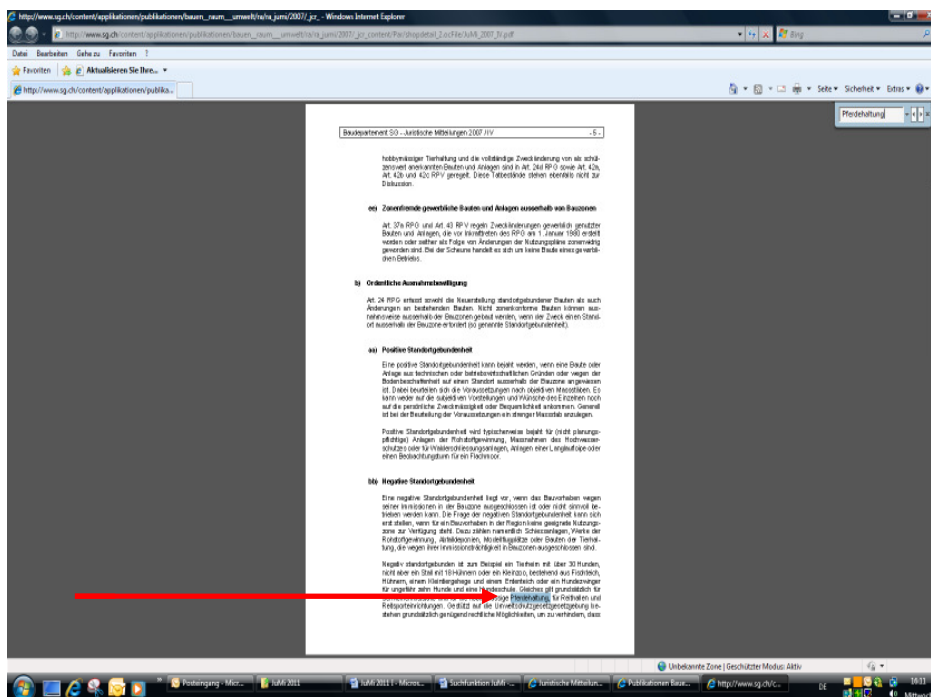
In diese Suchmaske wird der Suchbegriff eingegeben und mit <Enter> oder  bestätigt. In der Folge werden alle Dokumente, die den Suchbegriff enthalten, angezeigt. Mit einem Klick auf das PDF-Symbol werden die Dokumente geöffnet. Damit die Suchbegriffe markiert erscheinen, ist vorab ein kleiner Kniff anzuwenden, indem mit Strg + F (bzw. Ctrl + F) oder mit einem Klick der rechten Maustaste auf das Dokument (→ Suche) die PDF-Suche aktiviert wird.



In die rechts oben erscheinende Suchmaske kann nun erneut der Suchbegriff eingegeben werden und mit <Enter> oder der rechten Pfeiltaste bestätigt werden. Nun erscheinen im PDF-Dokument alle Treffer markiert.



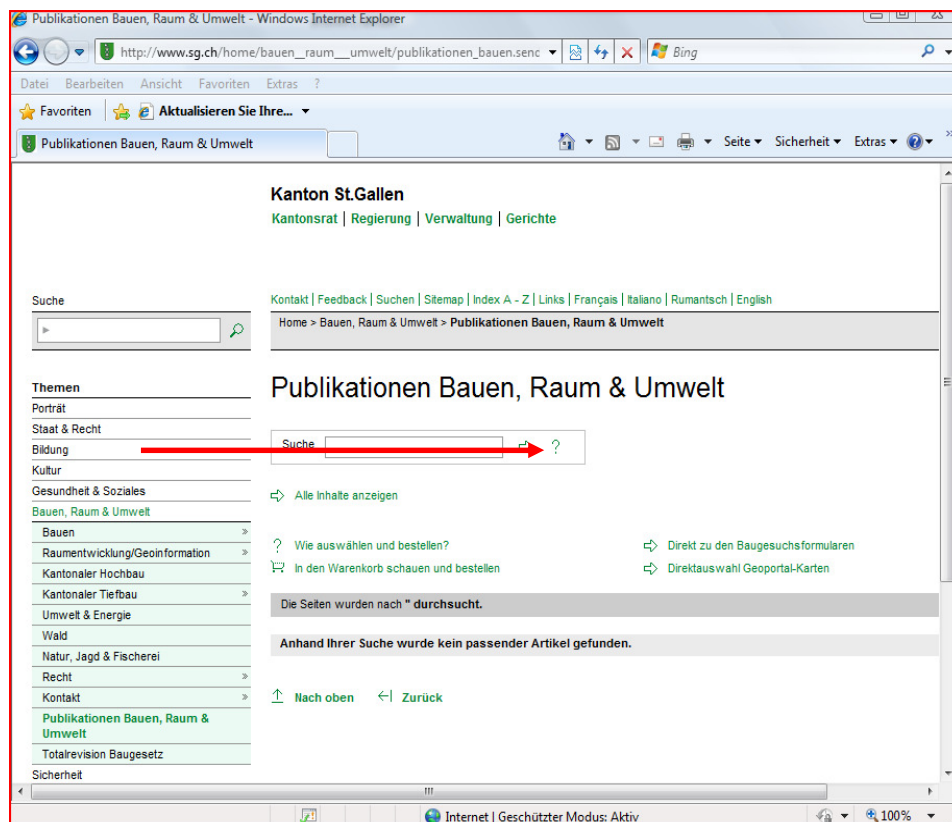




Mit <Enter> oder der rechten Pfeiltaste kann zum nächsten markierten Begriff gewechselt werden.

Die Suche funktioniert zuverlässig mit einem Suchbegriff. Die Suchfunktion müsste zwar gemäss Hilfestellung  mehrere Suchmöglichkeiten zur Verfügung stellen, wie:

- Suche nach Wortgruppen
- Suche nach Wortteilen
- OR- und AND-Suche



Die verschiedenen Suchmöglichkeiten führen aber leider zu keinen Ergebnissen. Das Problem wurde der zuständigen Stelle weitergeleitet. Unser Ziel ist es, den unbefriedigenden Zustand – sofern technisch und finanziell machbar und in Anbetracht der bevorstehenden Änderung überhaupt wirtschaftlich sinnvoll – so bald wie möglich beheben zu lassen.

### 3 Neu: Fortlaufende Verlinkung des Inhaltsverzeichnisses

Aufgenommen wurde der berechtigte Wunsch nach einer Verlinkung des Inhaltsverzeichnisses. In einem ersten Schritt wird der Link zur entsprechenden Ausgabe der Juristischen Mitteilungen führen. In einem zweiten Schritt ist bis Ende Dezember 2012 geplant, die Links über alle Jahrgänge direkt zu den entsprechenden Artikeln einer Ausgabe zu verknüpfen.

#### A Fortlaufendes Inhaltsverzeichnis ab 2008

Ende Januar 2012 wird das bereits vorhandene Inhaltsverzeichnis mit den Jahrgängen 2008 – 2010 verlinkt erscheinen. Dieses wird künftig zudem als fortlaufendes Inhaltsverzeichnis, in das sämtliche noch folgenden Ausgaben



integriert werden, geführt. Das Inhaltsverzeichnis über den neuen Jahrgang 2011 wird Ende Februar 2012 auf <http://www.jumi.sg.ch> abrufbar sein und zu diesem Zeitpunkt bereits über eine Verlinkung zu den einzelnen Artikeln einer Ausgabe verfügen.

#### B Inhaltsverzeichnis 1998 – 2007

Daneben wird das Inhaltsverzeichnis über die Jahre 1998 – 2007 nach wie vor separat geführt, weil es sich von den nachfolgenden Jahrgängen insofern unterscheidet, als es nebst Inhaltsverzeichnis auch nach Stichworten gegliedert ist. Auch soll bis Ende Dezember 2012 eine Verlinkung direkt zu den entsprechenden Artikeln einer Ausgabe erfolgen.

#### **4 Hinweis in eigener Sache**

Wir sind bestrebt, unser Angebot laufend zu verbessern, um Ihren Bedürfnissen bestmöglich zu entsprechen. Daher nehmen wir weiterhin gerne Ihre Anregungen und Kritiken entgegen. Bitte benützen Sie dazu die auf der Webseite aufgeführte Kontaktadresse oder rufen Sie uns an. Besten Dank.



# 3

## Neuerscheinungen 2011

### Einleitung

Wiederum soll eine kurze Vorstellung von letztjährig erschienenen Werken und Neuauflagen in den Rechtsbereichen Raumplanung, Umwelt, Natur- und Heimatschutz sowie im Bau- und Verwaltungsrecht erfolgen. Diese liegt in dieser Ausgabe schwergewichtig im umweltrechtlichen Bereich und ist keineswegs abschliessend.

An dieser Stelle sei nochmals auf die im Rahmen von njus.ch jährlich erscheinende, von A. Griffel bearbeitete Publikation "Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht" erinnert, welche die Entwicklungen in der Rechtsetzung, der Rechtsprechung (vorab des Bundesgerichtes) und der Literatur aufzeigt.

[www.njus.ch](http://www.njus.ch)

<http://e-shop.staempfliverlag.ch/>

### Bau- und Planungsrecht

Ch. Fritzsche/P. Bösch/T. Wipf:

#### **Zürcher Planungs- und Baurecht, 2 Bände**

*5. Auflage, Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale, Zürich 2011*

ISBN 978-3-905839-17-3

Die Neuauflage erscheint anstelle des Loseblattsystems in zwei Bänden, wobei der erste Band dem Planungs- und Verfahrensrecht und der zweite Band dem Baupolizeirecht und Umweltrecht gewidmet ist. Der gesamte Text wurde überprüft, ergänzt und aktualisiert, in dem die Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis Ende November 2010 berücksichtigt worden ist.

Themen im ersten Band sind die Grundlagen des Planungs- und Baurechts, die Raumplanung, Richtplanung und Nutzungsplanung, die Erschliessung, Landsicherung und Landumlegung, aber auch Themen wie Natur- und Heimatschutz, Planung und Entschädigung. Kapitel 6 bis 8 sind verfahrensrechtlichen Fragen gewidmet und Kapitel 9 und 10 dem Rechtsschutz bzw. dem Thema widerrechtliche Bauten und deren Sanktionen. Der zweite Band behandelt eingangs öffentlichrechtliche Bauvorschriften sowie das Bauen



ausserhalb der Bauzonen. Kapitel 2 widmet er den privatrechtlichen Bauvorschriften und schliesst in einem Glossar Architektur in Kapitel 23.

Das Buch richtet sich vor allem an Praktiker, d.h. an Baubehörden und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Bauverwaltungen, Architektinnen und Architekten sowie weitere Bauinteressierte. Das Werk ist in den grossen Verlagen wie etwa Schulthess Juristische Medien AG oder Buchstämpfli erhältlich.

Bundesamt für Raumentwicklung (Hrsg):

### **Wegleitung "Pferd und Raumplanung"**

*aktualisierte Version, BBL, Bern 2011*

Diese Wegleitung befasst sich mit den in der Praxis immer wieder gestellten Fragen, wo welche Bauten und Anlagen für die Pferdehaltung erstellt werden dürfen. Die Beantwortung dieser Fragen, welche Möglichkeiten das geltende Raumplanungsrecht bietet, bereitet nicht nur den rechtsanwendenden Behörden immer wieder Schwierigkeiten, sondern auch jenen, die entsprechende Bauten realisieren wollen. Die Wegleitung will einen Beitrag zur Beseitigung dieser Unsicherheiten leisten und den rechtsanwendenden Behörden darüber hinaus den Weg hin zu einer möglichst einheitlichen Praxis weisen. Es sollen sachgerechte, mit dem geltenden Recht im Einklang stehende Lösungen aufgezeigt werden. Die erstmals im Jahr 2003 erschienene Wegleitung wurde nun unter Mitwirkung von Vertretern aus Pferdekreisen, Kantonen und Bundesstellen aktualisiert.

Die 32 Seiten umfassende Wegleitung ist in folgende Themengebiete untergliedert: Pferdehaltung auf Landwirtschaftsbetrieben, gewerbliche Pferdebetriebe, Pferdesport und hobbymässige Pferdehaltung. Nebst der Klärung von Einzelfragen werden in den Anhängen Begriffe erläutert und auf gesetzliche Grundlagen hingewiesen. Als weiterführende Hinweise zum Schluss der Publikation werden unter anderem Auszüge aus Urteilen des Bundesgerichtes aufgeführt.

Diese Wegleitung kann entweder beim Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL), Bundespublikationen, 3003 Bern, bezogen oder im PDF-Format unter:

<http://www.are.admin.ch/dokumentation/publikationen/00011/index.html?lang=de> heruntergeladen werden.



## Umweltrecht

A. Griffel/H. Rausch:

### **Kommentar zum Umweltschutzgesetz**

Ergänzungsband zur 2. Auflage

*Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2011*

ISBN 978-3-7255-6294-7

<http://www.schulthess.com>

Aus personeller und finanzieller Ressourcenknappheit wurde aus der Not eine Tugend gemacht und der fünfbändige Grosskommentar zum USG nicht durch eine Neuauflage überarbeitet, sondern über einen Ergänzungsband. Er gewährleistet die weitere Benutzbarkeit der 2. Auflage und hat den Vorteil, dass die Entwicklungen im letzten Jahrzehnt rascher sichtbar werden.

Der 952 Seiten umfassende Ergänzungsband orientiert sich im Aufbau am Bundesgesetz über den Umweltschutz und kommentiert artikelweise. Dabei handelt es sich um Ergänzungen, Hinweise auf neuere Entwicklungen und Literatur. Dieser Ergänzungsband ist daher wirklich auch "nur" als solcher zu verstehen.

D. O. Adler:

### **Das Verhältnis zwischen Verursacherprinzip und Haftpflicht im Umweltrecht**

Schriftenreihe zum Umweltrecht, Band 24

*Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2011*

ISBN 978-3-7255-6275-6

<http://www.schulthess.com>

Umweltbeeinträchtigungen verursachen Kosten bei betroffenen Gemeinwesen oder Privaten. Das Verursacherprinzip ist das am schwierigsten zu fassende umweltrechtliche Grundprinzip mit der Folge, dass seit Jahrzehnten dogmatische Ungereimtheiten bestehen. Haftpflichtrecht und Verursacherprinzip führen zu einem Kostenausgleich und weisen in vieler Hinsicht Berührungspunkte auf. Innerhalb dieser Gemeinsamkeiten kann das Haftpflichtrecht als Leitlinie für die umweltrechtliche Kostenüberwälzung herangezogen werden, was in vielen Belangen Klarheit in die Dogmatik bringen kann.



Die Zürcher Dissertation befasst sich nach einer Grundlagenübersicht mit der Realleistung, d.h. mit der Pflicht zur Ergreifung von Massnahmen bei drohenden oder zu vermeidenden Umweltbeeinträchtigungen. Im 3. Kapitel werden die Grundlagen der Kostenüberwälzung und im darauf folgenden Kapitel die überwälzbaren Kosten bzw. der ersatzfähige Schaden erörtert. Zentrale Punkte der Dissertation befassen sich mit der Person des Kostentragungspflichtigen, der Kausalität (Wirkung einer Ursache auf den "Erfolg" bzw. auf die Umweltbeeinträchtigung) und wie vorzugehen ist, wenn mehrere Verursacher bzw. Schädiger in Frage kommen. Etwas weniger ausführlich befasst sich die Dissertation den Themen Widerrechtlichkeit, Verschulden und Verjährung. Den Abschluss bildet eine praktische Zusammenfassung der Kapitel.

U. Marti:

### **Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht**

Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung

*Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2011*

ISBN 978-3-7255-6359-3

<http://www.schulthess.com>

Das Vorsorgeprinzip hat sich als Grundsatz in den 1970er Jahren aus dem deutschen Umweltrecht heraus entwickelt. Unterdessen ist es in vielen nationalen gesetzlichen Grundlagen, wie auch in der Schweiz, verankert. Die Tatsache, dass präventive Massnahmen auch in Situationen ergriffen werden sollen, in denen die Ungewissheit über das Vorliegen von Risiken und Gefahren sowie deren Ausmass für die Umwelt herrscht, lässt für die rechtsetzenden und rechtsanwendenden Behörden einen grossen Spielraum offen. Die Genfer Dissertation befasst sich mit der Entwicklung und Ausgestaltung des Vorsorgeprinzips im internationalen, europäischen sowie schweizerischen Umweltrecht.



## Natur- und Heimatschutz

N. Dajcar:

### **Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes**

Schriftenreihe zum Umweltrecht, Band 23

*Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2011*

ISBN 978-3-7255-6247-3

<http://www.schulthess.com>

Die Zürcher Dissertation gibt nach einer Einführung einen Überblick über die elf Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes wie z.B. das BLN oder ISOS. Anschliessend folgt eine Darstellung der Bundeskompetenzen im Sachbereich des Natur- und Heimatschutzes mit den Verfassungsgrundlagen. Das 3. Kapitel wird der Inventarisierung gewidmet, wobei auch Aspekte wie Mitwirkungsrechte aufgezeigt werden. Im Weiteren behandelt sie die Schutzwirkung und Rechtsnatur der Inventare. Den Abschluss der Dissertation bilden eine Zusammenfassung, welche die wichtigsten Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Inventare herausstreicht sowie ein Ausblick.

Bundesamt für Kultur (Hrsg.):

### **ISOS, Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz**

**Kanton St.Gallen / Rheintal Sarganserland (Band 2.1: A-M und Band 2.2: N-Z)**

**Kanton St.Gallen / Toggenburg See Gaster (Band 3.1: A-M und Band 3.1: N-Z)**

*BBL, Bern 2011*

<http://www.bak.admin.ch/isos/03200/03216/03869/index.html?lang=de>

Die Publikation des ISOS hat im Jahr 1983 mit dem Band "République et canton de Genève" begonnen. Seither wurden weitere Bücher publiziert. Im Winter 2010/2011 sind die beiden St.Galler Regionen Rheintal Sarganserland sowie Toggenburg See Gaster (je zwei Bände) erschienen. Dieses Inventar erfasst besonders wertvolle Siedlungen der Schweiz, untersucht sie nach klaren Kriterien und wertet sie. Dies ermöglicht Einblicke in das Siedlungsgefüge und die Siedlungsentwicklung und gibt Hinweise zu möglichen Weiterentwicklungen. Damit dient das ISOS als Grundlage für die Beurteilung von Massnahmen im Ortsbild auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene.





Der ISOS-Band A-M beinhaltet zuerst die Kernsätze zu Inhalt und Umfang, Methode und Bewertung und zeigt anschliessend den Ablauf der Inventarisierung in Zusammenarbeit mit dem Kanton. Ein statistischer Vergleich, die besuchten und eingestufteten Orte sowie die Orte von nationaler Bedeutung mit kartographischer Übersicht komplettieren die Einführung. Der Hauptteil umfasst die alphabetisch geordneten Ortsaufnahmen. Der ISOS-Band N-Z führt zuerst die Ortsaufnahmen auf und schliesst mit dem Anhang, in dem u.a. Erläuterungen und Anwendungsbeispiele des ISOS zu finden ist, ab.

Die ISOS-Publikationen richten sich einerseits an Fachleute von Denkmalpflege, Architektur und Planung und andererseits bieten sie allgemein ein umfangreiches Anschauungsmaterial über Ortschaften und Sehenswürdigkeiten in der Region. Sie sind unter dem angegebenen Link direkt beim Bundesamt für Bauten und Logistik, Bundespublikationen, zu bestellen oder können in jeder Buchhandlung erworben werden. Der Bund gewährt sämtlichen interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden sowie Forschungs- und Lehranstalten 20 Prozent Rabatt auf dem Verkaufspreis.

## Verwaltungsrecht

M. Müller:

### **Bernische Verwaltungsrechtspflege**

*2. vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2011*

ISBN 978-3-7272-8770-1

<http://e-shop.staempfliverlag.ch/> oder auf <http://www.staempfliverlag.ch>  
Buchstämpfli

Die Neuauflage behält die Struktur der Erstauflage im Jahr 2008. Das 1. Kapitel dient der Einleitung und der Erläuterung von Begriffen. In den nachfolgenden Grundlagen werden der Behördenbegriff, die Zuständigkeit, der Ausstand und die Verfahrensbeteiligten erörtert. Das 3. Kapitel durchleuchtet Verfahrensgrundsätze wie rechtliches Gehör, Sachverhaltsfeststellung usw. Im Kapitel Verwaltungsverfahren wird vorab der Verfügungsbegriff behandelt, die Einsprache und die Wiederaufnahme des Verfahrens. Das 5. Kapitel widmet sich dem Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand sowie dem Rügeprinzip. Die Kapitel 6 bis 9 betrachten die einzelnen Rechtsmittelverfahren und Rechtsbehelfe. In den letzten beiden Kapiteln werden die Prozesskosten und die Vollstreckungsmassnahmen sowie deren Voraussetzungen und Rechtsschutz behandelt.

Das Werk will nach Angaben des Autors in erster Linie Studierende, vorab Kandidatinnen und Kandidaten der Anwalts- und Notariatsprüfungen, an die



Grundzüge und Institutionen der bernischen Verwaltungsrechtspflege heranzuführen und ihnen das nötige Rüstzeug für den Praxiseinstieg vermitteln. Gleichzeitig ist das Buch ein Nachschlagewerk für die Verwaltung, Gerichte und Advokatur, indem es die zahlreichen Figuren und Abläufe des kantonalen öffentlichen Prozessrechts umfassend und systematisch darstellt. Die totalrevidierte Bundesrechtspflege verlangt nach einer weiteren Ausdehnung des Gerichtszugangs auf Kantonsebene. Aus diesem Grund wurden das bernische Verwaltungsrechtspflegegesetz und zahlreiche weitere Erlasse einer umfassenden Revision unterzogen. Das Buch stellt diese auf 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Neuerungen dar und eignet sich somit auch zur Orientierung für Praktiker des öffentlichen Prozessrechts.



# 4

## Revision des Immobiliarsachenrechts - Nachbarrecht

### Zusammenfassung

*Im Zuge der Revision des Immobiliarsachenrechts sind per 1. Januar 2012 auch einige Änderungen im Nachbarrecht in Kraft getreten. Unter anderem wird die bisherige bundesgerichtliche Praxis, nach der auch negative Immissionen eine übermässige Einwirkung darstellen können, im neuen Art. 684 Abs. 2 ZGB auf Gesetzesstufe verankert.*

### Einleitung

Am 11. Dezember 2009 haben die eidgenössischen Räte eine Teilrevision des Immobiliarsachenrechts beschlossen. Am 1. Januar 2012 sind die Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) gleichzeitig mit der vollständig revidierten Verordnung betreffend das Grundbuch (GBV) in Kraft getreten.

Im Rahmen der Revision des Immobiliarsachenrechts hat auch das Nachbarrecht eine gewichtige Änderung erfahren. Bei den übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn (Art. 684 ZGB) werden die positiven Immissionen im Wortlaut der Bestimmung zeitgemässer definiert. Im neuen Abs. 2 der Bestimmung werden erstmals auch die negativen Immissionen in den Gesetzestext aufgenommen. Dies ist eine Folge der Praxis des Bundesgerichts, welche auch die negativen Immissionen zu den übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum zählt.

### Erläuterungen

#### 1 Neue Gesetzesbestimmungen ab 1. Januar 2012

##### **Art. 679 ZGB**

<sup>1</sup> Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.

<sup>2</sup> Entzieht eine Baute oder eine Einrichtung einem Nachbargrundstück bestimmte Eigenschaften, so bestehen die vorstehend genannten Ansprüche nur, wenn bei der Er-



stellung der Baute oder Einrichtung die damals geltenden Vorschriften nicht eingehalten wurden.

#### **Art. 679a ZGB**

Fügt ein Grundeigentümer bei rechtmässiger Bewirtschaftung seines Grundstücks, namentlich beim Bauen, einem Nachbarn vorübergehend übermässige und unvermeidliche Nachteile zu und verursacht er dadurch einen Schaden, so kann der Nachbar vom Grundeigentümer lediglich Schadenersatz verlangen.

#### **Art. 684 ZGB**

<sup>1</sup> Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten.

<sup>2</sup> Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigungen, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht.

## **2 Zu den Neuerungen im Einzelnen**

### **A Ausweitung des zivilrechtlichen Immissionsschutzes**

#### *a Allgemeines*

Nach Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen.

#### *b Positive Immissionen*

Als Immissionen gelten Einwirkungen, die mehr oder weniger notwendigerweise mit der Benützung eines Grundstücks verbunden sind und sich nicht innerhalb der Eigentumsgrenzen halten lassen. Das Verursachen von mittelbaren bzw. indirekten Immissionen ist zulässig und muss vom Nachbar geduldet werden. Die Duldungspflicht des Nachbarn endet jedoch, wenn die Immissionen ein gewisses Mass übersteigen und als übermässig zu qualifizieren sind.

Zu den übermässigen Einwirkungen im Nachbarrecht gemäss Art. 684 ZGB gehören positive (körperliche) Immissionen, die wie bisher in Abs. 2 aufgezählt werden. Die bisherige exemplarische Aufzählung umfasst neu insbesondere auch Strahlungen. In Anlehnung an das Umweltschutzrecht wurde die Bestimmung zudem zeitgemässer formuliert.



### *c Negative Immissionen*

Neu werden die übermässigen Einwirkungen durch die sogenannten negativen Immissionen ergänzt. Negative Immissionen liegen vor, wenn alleine durch die Existenz einer Baute oder einer Pflanzung einem benachbarten Grundstück Licht oder Aussicht entzogen wird, ein benachbartes Grundstück durch Schattenwurf beeinträchtigt wird oder Passanten von einem Ladengeschäft ferngehalten werden.

Nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung erzeugte die blosser Existenz einer Baute oder Anlage sowie von Pflanzen keine Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB. Immissionen konnten sich nur aus dem Bau oder aus der Art der Benutzung oder des Betriebs der Anlage ergeben.

Das Bundesgericht hat jedoch im Jahr 2000 den Lichtentzug und den Schattenwurf von Bäumen als erhebliche Beeinträchtigung der Lebensqualität auf einem Nachbargrundstück und somit als übermässige Immission beurteilt. Damit sind übermässige Einwirkungen von Pflanzen auch dann unzulässig, wenn die kantonalen Abstandsvorschriften eingehalten sind. Es rechtfertigt sich, dem bundesrechtlichen Immissionsschutz die Bedeutung einer Mindestgarantie zuzuerkennen, wenn der kantonalrechtliche Immissionsschutz lückenhaft sei oder trotz Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften versage. Deshalb sei jedoch nur in den seltensten Fällen von übermässigen negativen Immissionen auszugehen, wenn die kantonalrechtlichen Pflanzenabstände eingehalten sind. Mit dem neuen Gesetzestext wurde die dahingehende bisherige Rechtsprechung positiviert.

Gehen negativen Immissionen von Bauten aus, ist eine Anrufung von Art. 684 ZGB jedoch nicht möglich, wenn die Baute den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften entspricht. Denn im Unterschied zum kantonalen Pflanzenrecht stellt das kantonale Baurecht ein umfassendes Regelwerk dar, das dem Immissionsschutz der Nachbarn im Baubewilligungsverfahren Rechnung trägt.

Nachdem das Bundesgericht diese Praxis bestätigte, erfolgt nun eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext.

In Art. 684 Abs. 2 ZGB werden negative Immissionen in der Form des Entzugs von Besonnung oder Tageslicht genannt. Obwohl das Bundesgericht in einem Entscheid das Zurückschneiden einer Hecke auf ein Mass, das die spektakuläre Seesicht für den Nachbarn wieder freilegt, schützte, ist der Entzug der Aussicht im Gesetzestext nicht speziell erwähnt. Das bedeutet, dass die Beeinträchtigung der Aussicht durch Anpflanzungen nur in Ausnahmefällen übermässig im Sinn von Art. 684 ZGB sein kann. Zu denken ist etwa an die besonders schwerwiegende Beeinträchtigung einer besonders schönen Aussicht oder wenn ein Nachbargrundstück aufgrund einer beson-



deren Nutzung auf die Aussicht angewiesen ist, wie dies zum Beispiel bei einem Hotelbetrieb der Fall sein kann.

## B Rechtsbehelfe

Verursacht ein Grundeigentümer bei seiner Eigentumsausübung übermässige Immissionen, kann der betroffene Nachbar die Abwehransprüche gemäss Art. 679 ZGB anrufen und auf Beseitigung der Schädigung, auf Unterlassung oder auf Schadenersatz klagen.

Grundsätzlich finden bei allen Arten von übermässigen Einwirkungen im Sinne von Art. 684 Abs. 2 ZGB, also auch bei negativen Immissionen, sämtliche Rechtsbehelfe von Art. 679 ZGB Anwendung. Gehen die Immissionen jedoch von Bauten oder Einrichtungen (darunter fallen z.B. auch Verkehrswege und -flächen) aus, ist gemäss Art. 679 Abs. 2 ZGB eine Klage nur möglich, wenn im Zeitpunkt ihrer Erstellung die – insbesondere öffentlich-rechtlichen – Regelungen nicht eingehalten wurden.

Mit dem neuen Art. 679a ZGB wird eine Gesetzeslücke gefüllt. Demnach kann der Nachbar Schadenersatz verlangen, wenn ihm ein Grundeigentümer bei der rechtmässigen Bewirtschaftung seines Grundstücks, namentlich beim Bauen, übermässige und unvermeidliche Nachteile zufügt. In diesem Fall stehen die übrigen Rechtsbehelfe von Art. 679 ZGB (Klage auf Beseitigung oder Unterlassung der Schädigung) nicht zur Verfügung.

### Weitere Hinweise

Botschaft des Bundesrates vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007 5283 ff.

BGE 126 III 452 ff.

Urteil 5A\_415/2008 des Bundesgerichtes vom 12. März 2009.

Christina Schmid-Tschirren, Die negativen Immissionen im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1997.

Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2007/III/24.



# 5

## Neuerungen beim Bauhandwerkerpfandrecht

### Zusammenfassung

*Mit den neu auf 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht werden die pfandrechtsgeschützten Leistungen erheblich erweitert. Eingeführt wird neu auch eine Haftung des Gemeinwesens für unbezahlt gebliebene Forderungen von Subunternehmern, die zu Gunsten eines Grundstücks im Verwaltungsvermögen pfandrechtsgeschützte Leistungen erbracht haben.*

### Einleitung

Am 11. Dezember 2009 haben die eidgenössischen Räte eine Teilrevision des Zivilgesetzbuches im Bereich Immobiliarsachenrecht (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) beschlossen. Die geänderten Bestimmungen des Zivilgesetzbuches sind am 1. Januar 2012 in Kraft getreten.

Bei dieser Revision des Immobiliarsachenrechts haben auch die Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht teilweise gewichtige Änderungen erfahren, die nachfolgend dargestellt werden sollen.

### Erläuterungen

#### 1 Neue Gesetzesbestimmungen ab 1. Januar 2012

##### **Art. 837 ZGB**

<sup>1</sup> Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes besteht:

3. für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben.

<sup>2</sup> Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht der An-



spruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat.

<sup>3</sup> Auf gesetzliche Grundpfandrechte nach diesem Artikel kann der Berechtigte nicht zum Voraus verzichten.

#### **Art. 839 ZGB**

<sup>1</sup> Das Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer kann von dem Zeitpunkte an, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, in das Grundbuch eingetragen werden.

<sup>2</sup> Die Eintragung hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen.

<sup>3</sup> Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet.

<sup>4</sup> Handelt es sich beim Grundstück unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen und ergibt sich die Schuldpflicht des Eigentümers nicht aus vertraglichen Verpflichtungen, so haftet er den Handwerkern oder Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft, sofern die Forderung ihm gegenüber spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit schriftlich unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend gemacht worden war.

<sup>5</sup> Ist strittig, ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt, so kann der Handwerker oder Unternehmer bis spätestens vier Monate nach der Vollendung seiner Arbeit eine vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen.

<sup>6</sup> Steht aufgrund eines Urteils fest, dass das Grundstück zum Verwaltungsvermögen gehört, so ist die vorläufige Eintragung des Pfandrechts zu löschen. An seine Stelle tritt die gesetzliche Bürgschaft, sofern die Voraussetzungen nach Absatz 4 erfüllt sind. Die Frist gilt mit der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts als gewahrt.

## **2 Zu den Neuerungen im Einzelnen**

### **A Ausweitung der pfandrechtsgeschützten Leistungen**

Unverändert Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts haben jene Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, für ihre daraus entstehenden Forderungen.

Neu pfandrechtsgeschützt sind darüberhinaus auch Forderungen, die sich daraus ergeben, dass ein Handwerker oder Unternehmer Material und Arbeit oder Arbeit allein zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau oder zur Baugrubensicherung oder dergleichen geliefert hat. Dies aus der Überlegung, dass mit diesen Arbeiten letztendlich die Grundlage zur Schaffung neuer, zu Gunsten des Grundeigentümers wertvermehrender Bausubstanz geschaffen wird.

In den Genuss des Bauhandwerkerpfandrechts kommt folglich jeder Handwerker oder Unternehmer, der Material und Arbeit oder Arbeit allein liefert, sofern diese nur mit einem konkreten Bauvorhaben im Zusammenhang stehen. Nicht mehr erforderlich ist hingegen, dass die Arbeit mit dem Grund-





stück körperlich verbunden wird oder gelieferte Materialien für einen bestimmten Bau speziell vorgefertigt wurden.

#### B Person des Forderungsschuldners

Die Forderung des Handwerkers oder Unternehmers ist nicht nur dann pfandrechtsgeschützt, wenn sie sich aus einem Vertragsverhältnis mit dem Grundeigentümer ergibt, sondern auch dann, wenn es sich beim (wohl regelmässig werkvertraglichen) Forderungsschuldner um einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter oder Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person handelt.

Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkpfandrechts haben damit auch die Subunternehmer für ihre Forderungen gegen den (Total-, General-) Unternehmer. Dies gilt grundsätzlich auch für Unternehmer, die Leistungen für einen Mieter, Pächter oder einen am Grundstück sonst dinglich Berechnigten (zB einen Nutzniesser oder Wohnrechtsberechtigten) erbringen, Voraussetzung ist hier allerdings zusätzlich, dass der Grundeigentümer der Ausführung der entsprechenden Arbeiten auf seinem Grundstück zugestimmt hat (Art. 837 Abs. 2 ZGB).

#### C Verlängerung der Eintragsfrist auf vier Monate

Das Bauhandwerkpfandrechts kann, wie bisher auch, ab dem Zeitpunkt im Grundbuch eingetragen werden, da sich die Handwerker oder Unternehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, also frühestens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Die bisherige Frist, wonach die Eintragung im Grundbuch bis spätestens drei Monate nach der Vollendung der betreffenden Arbeit erfolgen musste, wird mit dem neuen Recht auf vier Monate verlängert (Art. 839 Abs. 2 ZGB).

#### D Gesetzliche Bürgenhaftung des Gemeinwesens

Eine grundlegende Änderung gegenüber dem bisherigen Recht enthalten die neu ins Gesetz aufgenommenen Bestimmungen von Art. 839 Abs. 4 bis 6 ZGB, die eine gesetzliche Bürgenhaftung des Gemeinwesens für die unbezahlt gebliebenen Forderungen von Subunternehmern einführt.

Die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen sich die vorgesehene staatliche Haftung aktualisiert, müssen kumulativ erfüllt sein. Sie werden nachfolgend kurz erläutert.



*a Pfandrechtsgeschützte Leistung*

Erste Voraussetzung ist auch hier, dass Handwerker oder Unternehmer im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB pfandrechtsgeschützte Leistungen erbracht haben, also Material und Arbeit oder Arbeit allein zu Bauten oder anderen Werken auf dem Grundstück, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau oder zur Baugrubensicherung oder dergleichen.

*b Grundstück im Verwaltungsvermögen*

Das Grundstück, das von den erbrachten Leistungen profitiert hat, muss Verwaltungsvermögen desjenigen Gemeinwesens bilden, gegenüber dem die Haftung geltend gemacht wird. Gemeinwesen sind in erster Linie der Bund, die Kantone sowie die Gemeinden, es können aber auch andere Organisationsformen darunter fallen, sofern ihnen die Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragen worden ist und sie über Grundeigentum verfügen (z.B. selbständige öffentliche Anstalten).

Zum Verwaltungsvermögen gehören jene Grundstücke, die dem Gemeinwesen unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dienen, zum Beispiel im Eigentum des Gemeinwesens stehende Grundstücke mit Schul- und Verwaltungsgebäuden, Spitälern usw.

*c Kein Vertrag mit dem Gemeinwesen*

Voraussetzung ist weiter, dass sich die Schuldpflicht des staatlichen Grundeigentümers nicht aus vertraglicher Verpflichtung ergibt. Sämtliche Handwerker und Unternehmer, die in einem Vertragsverhältnis mit dem Gemeinwesen stehen, haben somit von vornherein keine Ansprüche aus Art. 839 Abs. 4 ZGB.

Umgekehrt heisst dies aber, dass das Gemeinwesen immer dann als gesetzlicher Bürge haftet, wenn der Unternehmer über keinen Vertrag mit diesem verfügt. Ansprüche gegenüber dem Gemeinwesen können daher nicht nur Subunternehmer (und Sub-Subunternehmer) geltend machen, sondern auch die von einem Mieter oder Pächter eines Grundstücks im Verwaltungsvermögen beauftragte Total- oder Generalunternehmer sowie deren Subunternehmer. Für das eventuell in Anspruch genommene Gemeinwesen erweist sich daher die Kette möglicher, aus Art. 839 Abs. 4 ZGB Anspruchsberechtigter als kaum überschaubar.

*d Schuldpflicht vom Gemeinwesen anerkannt oder gerichtlich festgestellt*

Um die Haftung zu begründen ist erforderlich, dass das Gemeinwesen selbst die (Werklohn-) Forderung des mit ihm vertraglich nicht verbundenen



Handwerker oder Unternehmers anerkennt; die Anerkennung durch den eigentlichen (Werklohn-) Schuldner (zum Beispiel Total- oder Generalunternehmer) allein genügt nicht.

Weigert sich das Gemeinwesen eine solche Anerkennungserklärung abzugeben, kann es vom Unternehmer verklagt werden; eine solche Klage richtet sich auf Feststellung von Bestand und Höhe der (Werklohn-) Forderung.

#### *e Frist- und formgerechte Geltendmachung*

Der Unternehmer muss seine Forderung gegenüber dem Gemeinwesen geltend machen.

Diese Geltendmachung muss schriftlich – aus Beweisgründen vorzugsweise eingeschrieben – und zudem unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgenhaftung erfolgen.

Sie muss dem betroffenen Gemeinwesen spätestens innert vier Monaten nach Vollendung der unbezahlt gebliebenen Arbeiten zugewandt sein (Zugangsprinzip).

#### *f Folge: Haftung des Gemeinwesens als einfacher Bürge*

Sind sämtliche der erläuterten Voraussetzung erfüllt, haftet das in Anspruch genommene Gemeinwesen von Gesetzes wegen "nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft". Sofern der (regelmässig werkvertraglichen) Hauptschuldner des unbezahlt gebliebene (Sub-) Unternehmers in Konkurs geraten ist oder Nachlassstundung erhalten hat oder bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins betrieben worden ist, muss das Gemeinwesen für die noch offene Forderung des (Sub-) Unternehmers aufkommen (Art. 495 OR).

#### *g Kurze Würdigung*

Die Hürden für die Geltendmachung des Haftungsanspruch nach Art. 839 Abs. 4 ZGB gegenüber dem Gemeinwesen sind hoch: Der Unternehmer hat nicht nur zu gewährleisten, dass die vom Gesetz dafür verlangten Voraussetzungen sämtliche erfüllt sind, er muss zudem noch ein gegenüber seinem insolventen Vertragspartner angestrebtes Zwangsvollstreckungsverfahren durchlaufen. Überwindet er diese Hürden allerdings erfolgreich, ist er im Fall der Insolvenz seines Vertragspartners wesentlich besser gestellt, als nach bisherigem Recht, springt doch für seine unbezahlt gebliebenen Forderungen neu das Gemeinwesen ein.



Für das Gemeinwesen bedeutet dies demgegenüber ein erhöhtes Risiko, im Fall der Insolvenz eines mit ihm vertraglich verbundenen Unternehmers für dessen unbezahlt gebliebenen Forderungen in letztendlich kaum überschaubarem Umfang aufkommen zu müssen. Es erscheint daher empfehlenswert, dass die Gemeinwesen bei ihren staatlichen Bauvorhaben jeweils sorgfältig prüfen, ob beziehungsweise wie sich dieses Risiko durch entsprechende vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten minimieren lässt.

#### Weitere Hinweise

Botschaft des Bundesrates vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007 5283 ff.

AS 2011, 4637 ff.

Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz.2332 ff.

Peter Reetz, Bauhandwerkerpfandrecht, Verwaltungsvermögen und neues Recht, BR 2010, S. 120 ff.

# 6

## Stabilität der Ausschreibung

### Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2011/135 vom 18. Oktober 2011

*Im Vergaberecht gilt der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung. Nachträgliche Leistungsänderungen erweisen sich deshalb grundsätzlich als unzulässig.*

### Einleitung

Die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona führte zwecks Einholung von Angeboten für eine Dachsanierung der Mehrzweckhalle und des Schulhauses Wagen ein Einladungsverfahren durch. Innert der angesetzten Frist reichten zwei Anbieter eine Offerte ein. Da beide Anbieter nur die Bedachungsarbeiten ohne Gerüst offerierten, wurden sie von der Auftraggeberin aufgefordert, die eingereichte Offerte insoweit zu ergänzen. In der Folge erteilte die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona den Zuschlag an die B. AG.

Dagegen erhob die A. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Ausschreibung nochmals durchzuführen. Sie machte geltend, in der Ausschreibung sei nicht vermerkt worden, dass eine Gesamtvergabe für Dach und Gerüst erfolge. Die Offerte für die Gerüstarbeiten sei mündlich und erst nach Ablauf der Angebotsfrist einverlangt worden.

### Erwägungen

#### 1 Nachträglich verlangte Leistungsänderung

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass in der Ausschreibung unter der Position "Bauseitigen Arbeiten und Installationen" und in der dazugehörigen Unterposition ausdrücklich von Fassadengerüst inklusive Aufzugslift die Rede sei. Unter bauseitigen Leistungen würden gemeinhin Leistungen verstanden, die von der Bauherrschaft erbracht oder zur Verfügung gestellt



werden. Die Anbieter waren aufgrund der Ausschreibungsunterlagen daher nicht gehalten, die Kosten für das Gerüst in die Offerte aufzunehmen. Die erst nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgte Aufforderung der Vorinstanz, die Offerte um die Gerüstarbeiten zu ergänzen, stelle damit eine Abweichung vom (ursprünglichen) Leistungsverzeichnis und damit eine Leistungsänderung dar.

## 2 Stabilität der Ausschreibung

### A Grundsatz

Im Vergaberecht gilt – spiegelbildlich zum Grundsatz der Konformität und der Stabilität der Angebote – der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung. Danach hat die öffentliche Auftraggeberin die gewünschte Leistung in der Ausschreibung definitiv und verbindlich zu umschreiben und darf davon grundsätzlich nicht mehr abweichen. Gleiches gelte für die Zuschlags- und Eignungskriterien.

### B Ausnahmen

Nach der (herrschenden) Lehre gelte der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung jedoch nicht uneingeschränkt. Die Lehre unterscheidet zwischen wesentlichen und unwesentlichen Leistungsänderungen:

#### *a Wesentliche, sachlich begründete Leistungsänderung*

Ist die Leistungsänderung wesentlich und sachlich begründet, muss die Auftraggeberin das Vergabeverfahren abbrechen und die Leistung gegebenenfalls neu ausschreiben. Dieser Fall setzt das Einverständnis aller Anbietenden voraus.

#### *b Unwesentliche, sachlich begründete Leistungsänderung*

Erweist sich eine sachlich erforderliche Leistungsänderung demgegenüber als unwesentlich, ist sie bei Wahrung von Gleichbehandlung und Transparenz zulässig. Die unwesentliche Leistungsänderung kann sowohl vor als auch nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgen.



### 3 Entscheid des Verwaltungsgerichtes

Das Verwaltungsgericht hielt im vorliegenden Fall fest, dass den Anbietern erst nach Ablauf der Angebotsfrist mitgeteilt wurde, dass noch die Kosten für ein Gerüst in die Offerten für die Bedachungsarbeiten zu integrieren seien. Wie aus dem Offertöffnungsprotokoll geschlossen werden könne, wirke sich diese Leistungserweiterung spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen aus. So sei die Gerüstofferte der Beweschwerdeführerin beinahe sechs Mal höher ausgefallen als diejenige der Beschwerdegegnerin. Dies lege eine wesentliche Leistungsänderung nahe. Hinzu komme, dass diejenigen Eingeladenen, die innerhalb der Angebotsfrist auf die Einreichung einer Offerte verzichteten, sich womöglich anders entschieden hätten, wenn sie vom Leistungsinhalt erfahren hätten.

Zusammenfassend kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass ein solches Vorgehen nicht zulässig sei, da es mit den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz nicht vereinbar sei. Daran ändere auch nichts, dass die Beschwerdeführerin gleichwohl ein Angebot für das Gerüst abgegeben habe.

Dementsprechend wurde die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Gelegenheit zur nochmaligen Durchführung des Vergabeverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### Weitere Hinweise

BGE 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000, Erw. 4c.

Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Nr. 298 ff.

Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Nr. 507 ff.

# 7

## Fehlende Bekanntgabe der Unterkriterien

### Quelle und Zusammenfassung

Urteile des Verwaltungsgerichtes B 2011/155, 156 vom 7. Dezember 2011

*Der im Vergaberecht geltende Grundsatz der Transparenz verlangt, dass alle für die Zuschlagserteilung massgebenden Kriterien und allfällige Unterkriterien unter Einschluss ihrer Gewichtung in der Ausschreibung bekannt gegeben werden. Dieser Grundsatz wird verletzt, wenn die Vergabebehörde den Anbietern die einem Zuschlagskriterium zugrunde liegenden Unterkriterien erst mit dem Vergabeentscheid bekannt gibt.*

### Einleitung

Die St. Galler Stadtwerke planen ein Geothermieheizkraftwerk. Zu diesem Zweck schrieben sie im August 2010 einen Auftrag für zwei geothermische Tiefbohrungen im selektiven Verfahren aus.

Aus den neun Teilnahmegesuche wurden fünf Anbieter präqualifiziert, die insgesamt sieben Angebote einreichten. Zusammen mit ihrem Angebot hatten die Anbieter eine insgesamt 12 Seiten umfassende Geräteliste einzureichen, die Angaben zur Bohranlage und –ausrüstung enthielt.

Die Vergabebehörde prüfte aus dieser Geräteliste gewisse Komponenten auf ihre Verfügbarkeit und verglich ausgewählte Anlagekomponenten (Hakenregellast, verfügbare Eingangsleistung Hebewerk, Leistung Kraftdrehkopf, verfügbare Eingangsleistung Spülpumpen, Gesamtvolumen Spülungssystem, Anzahl Schüttelsiebe, Durchsetzkapazität Desander, Durchsetzkapazität Desilter, Verschraubmoment Torque Wrench) der verschiedenen Anbieter miteinander. Den Zuschlag erhielt die X. GmbH.

Gegen die Zuschlagsverfügung erhoben die unterlegenen Y. GmbH und Z. GmbH Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Beide machten geltend, es seien vorgängig keine detaillierten Angaben gemacht worden, welche Anlagekomponenten in die qualitative und technische Bewertung der Geräteliste miteinbezogen würden. Eine Offenlegung der letztlich bewerteten Komponenten vor der Zuschlagserteilung sei unterblieben, weshalb der Zuschlag aufgehoben werden müsse.



## Erwägungen

### 1 Auswahl und Umschreibung der Zuschlagskriterien

#### A Pflichtgemässes Ermessen bei der Auswahl

Der Vergabebehörde kommt in der Auswahl der Zuschlagskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das öffentliche Beschaffungsrecht bezweckt nicht, die rechtsgeschäftlichen Handlungsfreiheiten ausser Kraft zu setzen, sondern es soll auch den öffentlichen Auftraggebern möglich sein, neben dem Inhalt und dem Umfang der nachgefragten Leistung auch die jeweiligen Qualitätsanforderungen frei zu bestimmen.

Die Vergabebehörde hat ihr Ermessen jedoch pflichtgemäss zu betätigen. Dabei hat sie darauf zu achten, dass die gewählten Kriterien nicht sachfremd sind und sich nicht diskriminierend auswirken. Gleiches gilt für das Bewertungs- und Benotungssystem.

#### B Konkretisierungspflicht bei der Umschreibung

Die Zuschlagskriterien sind bestimmt zu umschreiben. Aus der Umschreibung muss sich für die Anbieter hinreichend deutlich ergeben, welche Angebotsteile welchem Beurteilungsmassstab unterzogen werden.

Das Verwaltungsgericht hielt im vorliegenden Fall das Zuschlagskriterium "qualitative und technische Bewertung der Geräteliste" als zu wenig bestimmt. Aus den unter anderem die zwölfseitige Geräteliste umfassenden Vergabeunterlagen, die den fünf präqualifizierten Teilnehmer ausgehändigt worden seien, sei nur ersichtlich gewesen, dass für die technische und qualitative Bewertung der Geräteliste 30 Punkte vergeben werden. Daraus hätten die Anbieter aber nicht schliessen können, welche Komponenten die Vorinstanz zu bewerten gedenke und wie diese gewichtet werden. Das gewählte Zuschlagskriterium hätte daher mittels Unterkriterien näher umschrieben werden müssen.

### 2 Verletzung der Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe von Zuschlags- und Unterkriterien

Die Zuschlagskriterien müssen zusammen mit allfälligen Unterkriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bereits im Rahmen der Ausschreibung bekannt gegeben werden (Art. 34 Abs. 3 VöB).



Vorliegend hatte die Vergabebehörde aber im Beschwerdeverfahren selbst zugestanden, dass sich die für eine Bewertung relevanten Punkte erst bei der Auswertung der Offerten gezeigt hätten; erst nach Vorliegen der Geräte- listen aller Anbieter habe abgeschätzt werden können, welche Anlagekom- ponenten überhaupt vergleichend bewertbar seien. Damit fehlte es nicht nur an einer genügend bestimmten Umschreibung der zur Anwendung gebrach- ten Unterkriterien, sondern auch an deren vorgängiger Bekanntgabe.

Die nachträgliche Konkretisierung der geforderten Anlagekomponenten birgt nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes die Gefahr von Missbrauch und Mauseheilen. Für die letztlich nicht berücksichtigten Anbieter sei es zudem ungleich schwerer, den Nachweis zu erbringen, dass diskriminierende Kom- ponenten in die Bewertung eingeflossen sind, als wenn diese von Beginn weg offen gelegt worden wären. Die erst nachträgliche Bekanntgabe der einzelnen Beurteilungskriterien im Zuschlagsentscheid genügt deshalb den Anforderungen nicht, die an die Transparenz von Vergabeunterlagen gestellt werden. Daran ändert gemäss Verwaltungsgericht auch nichts, dass die entsprechenden Kriterien lediglich das Hauptkriterium konkretisieren und auch nicht schon im Voraus ein Schema mit fester Gewichtung bestand.

### **3 Folge: Aufhebung des Zuschlags**

Beim Gebot der Transparenz handelt es sich um eine Regel formeller Natur, deren Verletzung grundsätzlich die Aufhebung des Zuschlags zur Folge hat. Gegen dieses hatte die Vergabebehörde verstossen, indem sie den Anbie- tern die Beurteilungskriterien, die für die qualitative und quantitative Bewer- tung herangezogen worden waren, erst mit dem Vergabeentscheid bekannt gegeben hatte. Die Zuschlagsverfügung wurde daher aufgehoben und zur Neubeurteilung an die Vergabebehörde zurückgewiesen.

#### **Weitere Hinweise**

BGE 2P.111/2003, E. 2.1.1, BGE 2P.299/2000, E. 4.

Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Nr. 544.

Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Nr. 243.

## 8

### Zulässiges Abstellen auf interne Fachberichte

#### Quelle und Zusammenfassung

Urteil des Bundesgerichts 1C\_225/2011 vom 8. September 2011, Erw. 2.4

*Das Bundesgericht bestätigt die ständige Praxis des Baudepartements, im Rekursverfahren grundsätzlich auf den Sachverstand der eigenen Ämter und Mitarbeiter abzustellen.*

#### Einleitung

A. ist Eigentümer eines unüberbauten, in der Wohnzone W2 gelegenen Grundstücks in der Gemeinde X. Es liegt gemäss kantonalem Richtplan und der massgebenden Schutzverordnung in einem Landschaftsschutzgebiet.

Die für ein erstes Baugesuch betreffend Erstellung eines Einfamilienhauses erteilte Bewilligung war in letzter Instanz vom Verwaltungsgericht aufgehoben worden, da dieses davon ausging, dass die gemäss Schutzverordnung verlangte gute Einfügung in das Landschaftsbild aufgrund der vorinstanzlich eingeholten Beurteilung des Hochbauamts nicht ausgewiesen sei.

A. reichte daraufhin ein neues Baugesuch für ein kleineres zweigeschossiges Einfamilienhaus ein. Wiederum erhoben mehrere Anwohner Einsprache und nach deren Abweisung und Erteilung der Baubewilligung Rekurs an das Baudepartement. Dieses holte einen Amtsbericht des Hochbauamts ein. Dieser hielt fest, dass das geplante Wohnhaus die ortsbaulichen und architektonischen Anforderungen erfülle und sich gut in das Landschaftsbild einfüge, worauf das Baudepartement den Rekurs abwies.

Gegen den in der Folge ergangenen Abweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts erhoben die Einsprecher Beschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Aufhebung sämtlicher vorinstanzlicher Entscheide. Bezüglich des beim Hochbauamt eingeholten Amtsberichts rügten sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Der Sachbearbeiter des Hochbauamtes habe bereits das (nach Auffassung der Einsprecher) identische erste Baugesuch als bewilligungsfähig und landschaftsverträglich erachtet, weshalb er nicht mehr unbefangen gewesen sei. Da von Beginn weg klar gewesen sei, dass sich das Hochbauamt auch für das überarbeitete Projekt aussprechen würde, hätte zwingend eine unabhängige Expertise eingeholt werden müssen.



## Erwägungen

### 1 Verfahrensgarantien

#### A Anspruch auf rechtliches Gehör

Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV und Art. 4 Bst. a. und c KV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Ebenso hat sie Anspruch auf rechtliches Gehör.

Die prozessuale Garantie des rechtlichen Gehörs gehört zu den wichtigsten Verfahrensrechten. Das Bundesgericht umschreibt den Anspruch auf rechtliches Gehör als Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtstellung eingreifenden Entscheides zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können.

#### B Anspruch auf ein unabhängiges Gericht

Daneben besteht auch das Recht auf ein unabhängiges und unbefangenes Gericht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Garantie des verfassungsmässigen Richters kann eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegen, wenn dieser bereits in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst war und dabei eine ähnliche oder qualitativ gleiche Frage zu beurteilen hatte.

Allerdings kann die Rechtsprechung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Gerichtsbehörden nicht ohne Weiteres auf erstinstanzliche Verwaltungsverfahren übertragen werden. Vielmehr müssen die Anforderungen an die Unparteilichkeit von Verwaltungs- und Exekutivbehörden in jedem Einzelfall, unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation, ermittelt werden. Ist die amtliche Mehrfachbefassung systembedingt und damit unvermeidlich, so liegt grundsätzlich keine unzulässige Vorbefassung nach Art. 29 Abs. 1 BV vor.



## **2 Praxis des Baudepartementes**

Es entspricht ständiger Praxis des Baudepartementes, bei der Rekursbearbeitung auf die Sachkunde seiner eigenen Ämter und Fachstellen abzustellen.

Dementsprechend sei auch im zu beurteilenden Fall das Hochbauamt – wie schon im vorangegangenen Verfahren – von der Rechtsabteilung zur Erstellung eines Amtsberichts eingeladen worden. Diese Einladung sei von seiten der Einsprecher nicht bestritten worden. Erst nach Zustellung des Amtsberichts und der gleichzeitigen Ankündigung des Entscheides hätten sie die Möglichkeit zur Stellungnahme und zur Einreichung eines Gegengutachtens verlangt. Die Möglichkeit zur Stellungnahme sei ihnen eingeräumt worden, weshalb keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege.

## **3 Beurteilung durch das Bundesgericht**

Das Bundesgericht führte hierzu aus, es entspreche nicht nur der Praxis des Baudepartementes, sondern es sei auch in anderen Kantonen üblich, im Rekursverfahren grundsätzlich auf den Sachverstand der eigenen Ämter und Mitarbeiter abzustellen, anstatt externe Gutachten einzuholen, die nicht nur zusätzliche Kosten verursachen, sondern in der Regel auch die Verfahrensdauer verlängerten. Der Umstand, dass der Sachbearbeiter des Hochbauamts bereits in einem früheren Baugesuchsverfahren des Beschwerdegegners einen Amtsbericht verfasst habe, begründe für sich allein noch keine unzulässige Vorbefassung. Dies gelte erst recht, wenn im zweiten Verfahren nicht mehr dasselbe, sondern ein neues, redimensioniertes Bauvorhaben zu beurteilen sei.

Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erachtete das Bundesgericht, trotz Ablehnung des Antrags auf Einholung eines externen Gutachtens, als nicht begründet, da das Baudepartement gleichzeitig die Möglichkeit eingeräumt habe, zum Amtsbericht des Hochbauamts Stellung zu nehmen.

Zusammenfassend kam das Bundesgericht zum Schluss, es sei nicht zu beanstanden, dass das Baudepartement für die Frage der Einfügung in das Landschaftsbild auch im zweiten Verfahren einen Amtsbericht beim Hochbauamt eingeholt und für seine Beurteilung darauf abgestellt habe. Dementsprechend habe nicht nur das Verwaltungsgericht darauf abstellen dürfen, sondern es bestünde auch vor Bundesgericht kein Anlass, eine unabhängige Expertise einzuholen.



#### Weitere Hinweise

BGE 131 I 113 E. 3.4 - 3.6 mit Hinweisen.

BGE 125 I 119 E. 3 f.

B. Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich 2002, S. 150 f.