



<b>Fall-Nr.:</b>	22-642
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
<b>Instanz:</b>	Bau- und Umweltdepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	08.09.2022
<b>Entscheiddatum:</b>	08.06.2022

## **BUDE 2022 Nr. 048**

**Art. 135 und 145 Abs. 1 PBG. Ein Vorbescheid kann nur von der Behörde erlassen werden, die auch für das nachfolgende Baubewilligungsverfahren zuständig ist (Erw. 3.3.3). // (Dieser Entscheid wurde mit VerwGE B 2022/119 bestätigt.)**

BUDE 2022 Nr. 48 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



22-642

## Entscheid Nr. 48/2022 vom 8. Juni 2022

---

Rekurrentin

**A.**\_\_\_\_  
vertreten durch lic.iur. Marco Müller, Rechtsanwalt, Wisflegge 8,  
9468 Sax

gegen

---

Vorinstanz

**Gemeinderat Z.**\_\_\_\_ (Entscheid vom 10. Januar 2022)

---

Betreff

Nichteintretensentscheid



## Sachverhalt

### A.

Die A.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, beabsichtigt auf Grundstück Nr. 001, Grundbuch Z.\_\_\_\_, einen Businesspark zu realisieren. Grundeigentümerin von Grundstück Nr. 001 ist das Rheinunternehmen, St.Gallen. Das Grundstück befindet sich an der M.\_\_\_\_-Strasse, einer Gemeindestrasse 2. Klasse, in Z.\_\_\_\_ und ist unüberbaut. Es liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 4. Dezember 1998 in der Industriezone. Auf dem Grundstück besteht eine Nutzungsbeschränkung gemäss Art. 28<sup>octies</sup> des Baugesetzes vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG), wonach nur Betriebe gemäss Abschnitt C des Registers der Allgemeinen Systematik der Wirtschaftszweige (im Folgenden NOGA 2008) zulässig sind. Vorbehalten sind Betriebe, die in einem überkommunalen Interesse stehen oder auf einen Gleisanschluss angewiesen sind.

### B.

a) Mit Gesuch vom 3. November 2021 beantragte die A.\_\_\_\_ beim Bauamt Z.\_\_\_\_ einen Vorbescheid nach Art. 145 des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) für die Realisierung eines Businessparks auf Grundstück Nr. 001, welcher unter anderem eine Tankstelle samt Bistro, den Fuhrpark einer Bauunternehmung und Lagerflächen umfassen sollte.

b) Am 24. November 2021 erliess die Baukommission Z.\_\_\_\_ folgenden Beschluss:

1. Die eingereichten Vorbescheids-Planunterlagen werden (...) negativ beurteilt.
2. Gestützt auf die in den Erwägungen festgehaltenen Ausführungen wird diesem Vorbescheid keine Zustimmung erteilt.
3. Die Flächen für Produktion und Verarbeitung sind nicht eruierbar und die wenigen bekannten/deklarierten Nutzungen werden als nicht zonenkonform erachtet.
4. (...)
5. (...)
6. (...)

Total Gebühr Vorbescheid Fr. 1'800.–.

### Rechtsmittel:

Gegen diesen Vorbescheid kann gemäss Art. 145 PBG kein Rechtsmittel ergriffen werden.



Zur Begründung wurde ausgeführt, die Überlagerung von Grundstück Nr. 001 mit einer Nutzungsbeschränkung gemäss Abschnitt C des Registers NOGA 2008 habe eine Überprüfung der Zonenkonformität der beabsichtigten Nutzungen durch die zuständige kantonale Stelle, das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) erfordert. Die Baukommission sowie das AREG seien der Ansicht, dass die geplanten Nutzungen auf dem Baugrundstück weitestgehend nicht zonenkonform seien. Ausserdem habe die Gesuchstellerin die jeweiligen Nutzungen auch nicht ausreichend deklariert, weshalb die Zonenkonformität nicht vollständig überprüft werden können.

### **C.**

**a)** Gegen diesen Beschluss erhob die A.\_\_\_\_, vertreten durch lic.iur. Marco Müller, Rechtsanwalt, Sax, mit Schreiben vom 15. Dezember 2021 Rekurs beim Gemeinderat Z.\_\_\_\_ mit den Anträgen:

1. Der Entscheid der Baukommission Z.\_\_\_\_ vom 24. November 2021 sei zufolge Unzuständigkeit vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter sei der Entscheid der Baukommission Z.\_\_\_\_ vom 24. November 2021 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben.
3. Das Gesuch um Vorbescheid sei an das Bauamt und die Baukommission Z.\_\_\_\_ zwecks Vorbereitung und Antragsstellung an den Gemeinderat Z.\_\_\_\_ gemäss Art. 2 Abs. 2 und 3 Baureglement Z.\_\_\_\_ zurückzuweisen.
4. Im Sinne des rechtlichen Gehörs sei der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme zu den bisher ergangenen kantonalen Beurteilungen anzusetzen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge im Betrag von Fr. 1'000.– zu Lasten der Gemeinde.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, nach Art. 2 Abs. 2 Bst. b des Baureglements der Gemeinde Z.\_\_\_\_ (BauR) vom 16. Oktober 2009 sei die Baukommission nur zum Entscheid über Baugesuche zuständig, für die das vereinfachte Verfahren nach Art. 140 PBG angewendet werde. Das vorliegend zu beurteilende Geschäft würde – im Fall der Einreichung eines Baugesuchs – dem ordentlichen Baubewilligungsverfahren (Art. 138 f. PBG) unterliegen; folglich sei die Baukommission nicht für den Vorbescheid zuständig gewesen.

**b)** Mit Schreiben vom 16. Dezember 2021 teilte der Gemeinderat dem Rechtsvertreter der Rekurrentin mit, gemäss Art. 145 PBG könne gegen einen Vorbescheid kein Rechtsmittel ergriffen werden. Es stehe der Rekurrentin aber frei, innert zwei Monaten seit Zustellung des Vor-



bescheids zusätzliche Unterlagen zur Weiterführung des Vorbescheidverfahrens einzureichen. Diesfalls bestünde auch noch die Möglichkeit, zu den kantonalen Beurteilungen Stellung zu nehmen.

**c)** Am 10. Januar 2022 fasste der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ folgenden Beschluss:

1. Auf das Begehren der A.\_\_\_\_ vom 28. Dezember 2021 [recte: 15. Dezember 2021] wird im Sinne der Erwägungen nicht eingetreten.
2. Die A.\_\_\_\_ bezahlt für den vorliegenden Beschluss eine Gebühr von Fr. 500.–.

Zur Begründung wurde ausgeführt, es werde in erster Linie deshalb nicht auf den Rekurs eingetreten, weil gegen den von der Baukommission gefällten Vorbescheid gemäss PBG kein Rechtsmittel ergriffen werden könne.

**D.**

Gegen diesen Beschluss erhob die A.\_\_\_\_ durch ihren Rechtsvertreter mit Schreiben vom 28. Januar 2022 Rekurs beim Bau- und Umweltdepartement. Es werden folgende Anträge gestellt:

1. Der Vorbescheid der Baukommission Z.\_\_\_\_ vom 24. November 2021 und der Nichteintretensentscheid des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 10. Januar 2022 seien aufzuheben.
2. Das mit "Rekurs" Vorbescheid Bauermittlung 187-2021 vom 24.11.2021 [...] betitelte, Namens des Gemeinderates vom Gemeindepräsidenten und der Ratsschreiber-Stv unterzeichnete, am 16. Dezember 2021 erlassene Schreiben an den Vertreter der Rekurrentin sei weder formal noch materiell-rechtlich als Entscheid des Gemeinderates zu qualifizieren.
3. Die Streitsache sei zu neuer Entscheidung des Vorbescheides im Baugesuch Nr. 187-2021 Parz. 001 in Z.\_\_\_\_ durch die zuständige und beschlussfähige Behörde und unter Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Gemeinde Z.\_\_\_\_ zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gemeinde Z.\_\_\_\_.

Zur Begründung wird insbesondere geltend gemacht, nicht die Baukommission, sondern der Gemeinderat sei für Vorbescheide nach Art. 145 PBG zuständig. Dies, weil die Baukommission gemäss Art. 2 BauR zwar für das vereinfachte Verfahren, nicht aber für das ordentliche Verfahren zuständig sei. Da das vorliegende Projekt in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren geprüft werden müsste (sofern



dafür ein Baugesuch eingereicht würde), sei vorliegend nur der Gemeinderat für den Vorbescheid zuständig gewesen.

## **E.**

Mit Vernehmlassung vom 14. Februar 2022 beantragt die Vorinstanz den Rekurs abzuweisen, sofern überhaupt darauf eingetreten werde.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Anfechtungsgegenstand ist vorliegend einzig der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 10. Januar 2022. Weil es sich dabei einerseits um keine unter Art. 41, 41<sup>ter</sup> oder 41<sup>quater</sup> zu subsumierende Angelegenheit und andererseits um den Entscheid der obersten Verwaltungsbehörde der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ in einer Bauangelegenheit handelt, ergibt sich die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes zur Behandlung des Rekurses ohne Weiteres – und entgegen der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid – aus Art. 43<sup>bis</sup> Abs. 1 Bst. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

**1.2** Die Frist- und Formerfordernisse von Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 VRP sind erfüllt. Die Rekursberechtigung ist gegeben (Art. 45 VRP). Auf den Rekurs ist einzutreten.

### **2.**

Am 1. Oktober 2017 ist das PBG in Kraft getreten und das BauG aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Der erstinstanzliche Vorbescheid nach Art. 145 PBG erging am 24. November 2021, der rekursgegenständliche Nichteintretensentscheid am 10. Januar 2022. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben „Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG“ vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017//1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

### **3.**

Die Rekurrentin macht sinngemäss geltend, weil die Baukommission gar nicht für die Behandlung ihres Gesuchs um Erlass eines Vorbescheids zuständig gewesen sei, hätte die Vorinstanz – infolge der Rekurerhebung vom 15. Dezember 2021 – zuständigkeitshalber selbst den nachgesuchten Vorbescheid erlassen müssen. Stattdessen sei die Vorinstanz aber einfach nicht auf den Rekurs eingetreten.

**3.1** Gemäss Art. 145 Abs. 1 PBG kann die Bauherrschaft die Baubehörde um einen Vorbescheid zu wichtigen Bau- und Nutzungsfragen ersuchen. Wie beim Teilentscheid nach Art. 144 PBG können



auch mit dem Vorbescheid wichtige Nutzungsfragen vorfrageweise zur Klärung unterbreitet werden. Im Unterschied zum Teilentscheid wird jedoch kein eigenständiges Verfahren durchgeführt und der Vorbescheid ist weder anfechtbar noch endgültig (Abs. 2); er entspricht damit einer blossen Sachauskunft (C. KÄGI, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 145 N 1). Mit einem Vorbescheid kann sich der Bauherr auf einigermassen rasche Art und Weise nützliche und möglicherweise auch klärende Informationen zu einem geplanten Bauvorhaben verschaffen, ohne dass er bereits ein Baugesuch einreichen muss. Die Raschheit der Auskunft geht allerdings einher mit einer beschränkten Wirkung derselben. Da weder ein ordentliches Verfahren durchgeführt wird noch ein anfechtbarer Entscheid ergeht, ist die Wirkung der Auskunft begrenzt. Zum einen stellt die Auskunft keine anfechtbare Verfügung dar. Die Information ist rein praktischer Natur und kann nicht auf ihre Rechtskonformität überprüft werden, und zum anderen ist die Auskunft nicht endgültig (KÄGI, a.a.O., Art. 145 N 2).

**3.2** Da ein Vorbescheid nach dem Gesagten eine blosser Sachauskunft und keine anfechtbare Verfügung darstellt und dementsprechend auch nicht mit Rekurs angefochten werden kann, ist die Vorinstanz an sich zu Recht nicht auf den Rekurs vom 15. Dezember 2021 eingetreten (vgl. dazu Art. 40 Abs. 1 VRP). Die Rechtmässigkeit des angefochtenen Nichteintretensentscheids hängt dabei allerdings massgebend von der Frage ab, ob die Baukommission tatsächlich für den Erlass des dem Nichteintretensentscheid vorangegangenen Vorbescheids zuständig gewesen ist. Sollte das – wie die Rekurrentin vorbringt – nicht zutreffen und anstelle der Baukommission die Vorinstanz selbst für den Erlass des Vorbescheids zuständig gewesen sein, hätte letztere auf den Rekurs vom 15. Dezember 2021 nicht einfach nicht eintreten dürfen. Sie hätte stattdessen den Rekurs als Gesuch um Erlass eines Vorbescheids umdeuten und dieses (als dafür zuständige Baubehörde) selbst materiell behandeln müssen.

**3.3** Entsprechend gilt es zu prüfen, ob die Baukommission tatsächlich die für den Vorbescheid zuständige Baubehörde gewesen ist.

**3.3.1** Nach Art. 135 PBG entscheidet die Baubehörde der politischen Gemeinde über Baugesuch und Einsprachen, soweit Gesetz oder Verordnung nichts anderes bestimmt. Nach Art. 135 PBG in Verbindung mit Art. 90 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2; abgekürzt GG) amtiert der Gemeinderat als Baubehörde (Botschaft und Entwurf der Regierung vom 11. August 2015 zum Planungs- und Baugesetz [im Folgenden: Botschaft], Erläuterung zu Art. 136, S. 103 mit Hinweisen; ST. STAUB, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 135 N 2). Der Gemeinderat kann diese Aufgaben an eine Kommission oder an eine Verwaltungsstelle delegieren. Die Delegation hat wenigstens in einem Reglement des Gemeinderates zu erfolgen (Art. 93 GG).



**3.3.2** Gemäss Art. 2 Abs. 1 erster Satz BauR obliegt dem Gemeinderat die Aufsicht über das Planungs- und Bauwesen. Er bestimmt die Baukommission und entscheidet über Baugesuche, für die weder die Baukommission noch das Bauamt zuständig sind (Art. 2 Abs. 1 zweiter Satz BauR). Die Baukommission stellt dem Gemeinderat Antrag, wenn dieser zuständig ist (Art. 2 Abs. 2 Bst. a BauR) und entscheidet über Baugesuche, für die das vereinfachte Verfahren angewendet wird (Art. 2 Abs. 2 Bst. b BauR).

**3.3.3** Vorliegend hat der Gemeinderat der Baukommission also gewisse Aufgaben delegiert, namentlich die Vorbereitung von und die Antragstellung bei Geschäften, die in seine eigene Zuständigkeit fallen, wie auch die Beschlussfassung über Baugesuche, die dem vereinfachten Baubewilligungsverfahren (Art. 140 f. PBG) unterstehen. Aus dieser Delegation ist die zuständige Baubehörde unschwer ableitbar: Für Baugesuche, die dem ordentlichen Baubewilligungsverfahren (Art. 138 f. PBG) unterstehen, ist der Gemeinderat die nach Art. 135, Art. 144 (Teilentscheid) und Art. 145 PBG (Vorbescheid) zuständige Baubehörde. Für Baugesuche, die dem vereinfachten Verfahren unterstehen, ist dagegen die Baukommission die nach Art. 135, Art. 144 und Art. 145 PBG zuständige Baubehörde. Diese strikte Trennung der Aufgabenbereiche der jeweils zuständigen Baubehörde ist erforderlich, weil vom Vorbescheid im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren nur dann noch abgewichen werden können soll, wenn neue Erkenntnisse vorliegen (Botschaft, a.a.O., Erläuterung zu Art. 146, S. 107; Art. 92 Abs. 3 BauG). Es ist somit undenkbar, dass – wie die Vorinstanz vorbringt – ein Vorbescheid von einer Behörde erlassen werden kann, die nicht auch für das nachfolgende Baubewilligungsverfahren zuständig ist, weil diese sonst die zuständige Baubehörde mit ihrem Vorbescheid binden könnte. Nachdem die von der Rekurrentin auf Grundstück Nr. 001 beabsichtigte Realisierung eines Businessparks, unter anderem beinhaltend eine Tankstelle samt Bistro, den Fuhrpark einer Bauunternehmung und verschiedene Lagerflächen, mit Sicherheit nicht als Baute qualifiziert werden kann, die keine Interessen von Dritten oder die Interessen nur von wenigen einspracheberechtigten Personen berührt, könnte sie selbstverständlich auch nicht im vereinfachten Verfahren bewilligt werden. Für eine solche Baute wäre zwingend das ordentliche Bewilligungsverfahren durchzuführen, weshalb allein der Gemeinderat die dafür zuständige Baubehörde ist. Somit war aber die Baukommission offensichtlich nicht für die Behandlung des Gesuchs vom 3. November 2021 um Erlass eines Vorbescheids zuständig. Wie die Rekurrentin zu Recht ausführt, ist der Vorbescheid damit von der unzuständigen Behörde erlassen worden, weshalb er vorfrageweise als ungültig zu qualifizieren ist.

**3.3.4** Auch wenn es sich beim Vorbescheid nicht um eine anfechtbare Verfügung handelt, hatte die Rekurrentin dennoch Anspruch darauf, dass ihr Gesuch um Erlass des Vorbescheids von der sachlich zuständigen Behörde behandelt wird. Entsprechend hätte die dafür unzuständige Baukommission das Gesuch an die zuständige Baubehörde, also den Gemeinderat, zur Beschlussfassung weiterleiten müssen,



wobei ihr nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a BauR die Antragstellung zugestanden hätte. Nachdem das vorliegend nicht geschehen ist, hätte die Vorinstanz zumindest auf den Rekurs vom 15. Dezember 2021 nicht einfach nicht eintreten dürfen. Sie hätte stattdessen den Rekurs als Gesuch um Erlass eines Vorbescheids umdeuten und dieses (als dafür zuständige Baubehörde) selbst materiell behandeln müssen. Entsprechend ist der Nichteintretensentscheid vom 10. Januar 2022 aufzuheben und das Gesuch um Erlass des Vorbescheids zur Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird ihren Beschluss über das Gesuch unter Beachtung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs und der Ausstandsregeln (Art. 7 VRP) zu fassen haben, nachdem die Rekurrentin bislang offenbar keine Möglichkeit hatte, sich zu den kantonalen Stellungnahmen zu äussern, und zumindest zwei Mitglieder der Baukommission auch Mitglieder des Gemeinderates sind und damit beim ungültigen Vorbescheid der Baukommission bereits mitgewirkt haben.

#### **4.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass nicht die Baukommission, sondern die Vorinstanz für den Erlass des umstrittenen Vorbescheids zuständig gewesen wäre. Damit ist zum einen der Beschluss der Baukommission vom 24. November 2021 ungültig und zum anderen der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 10. Januar 2022 unrechtmässig. Letzterer ist deshalb aufzuheben und stattdessen die Angelegenheit zur Behandlung des Gesuchs um Erlass des Vorbescheids vom 3. November 2021 (bzw. vom 15. Dezember 2021) an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Rekurs erweist sich damit als begründet und ist im Sinn der Erwägungen gutzuheissen.

#### **5.**

**5.1** Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die Entscheidunggebühr beträgt Fr. 3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wären die amtlichen Kosten der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ aufzuerlegen. Auf deren Erhebung ist jedoch zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

**5.2** Der von Marco Müller, Sax, am 7. Februar 2022 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zurückzuerstatten.

#### **6.**

Die Rekurrentin stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

**6.1** Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie auf Grund der Sach- und Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 Abs. 2 VRP). Die ausseramtliche Entschädigung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen



Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98<sup>ter</sup> VRP).

**6.2** Die Rekurrentin obsiegt mit ihren Anträgen. Da das Verfahren zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot, die den Beizug eines Rechtsvertreters rechtfertigen, besteht grundsätzlich Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Weil keine Kostennote vorliegt, ist die ausseramtliche Entschädigung in Anwendung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 22 der Honorarordnung (sGS 963.75) ermessensweise auf Fr. 2'750.– festzulegen; sie ist von der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ zu bezahlen.

## Entscheid

### 1.

**a)** Der Rekurs der A.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

**b)** Der Nichteintretensentscheid des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 10. Januar 2022 wird aufgehoben und die Angelegenheit zur Behandlung des Gesuchs der A.\_\_\_\_ vom 3. November 2021 (bzw. vom 15. Dezember 2021) um Erlass eines Vorbescheids an den Gemeinderat Z.\_\_\_\_ zurückgewiesen.

### 2.

**a)** Auf die Erhebung der amtlichen Kosten in der Höhe von Fr. 3'000.– bei der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ wird verzichtet.

**b)** Der am 7. Februar 2022 von Marco Müller, Sax, geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird zurückerstattet.

### 3.

Das Begehren der A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird gutgeheissen. Die Politische Gemeinde Z.\_\_\_\_ entschädigt die A.\_\_\_\_ ausseramtlich mit Fr. 2'750.–.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann  
Regierungsrätin