



**Fall-Nr.:** B 2022/119  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 02.03.2023  
**Entscheiddatum:** 19.01.2023

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 19.01.2023**

**Vorbescheid. Art. 145 PBG. Der Vorbescheid ist weder anfechtbar noch endgültig. Deshalb kann er auch nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. Gegen die Weigerung der zuständigen Behörde, einen Vorbescheid zu erlassen, kann Rechtsverweigerungsbeschwerde bei der Vorinstanz erhoben werden. Zuständig zum Erlass des Vorbescheids ist vorliegend der Gemeinderat der Beschwerdeführerin und nicht deren Baukommission. Die Vorinstanz verpflichtete daher die Beschwerdeführerin zu Recht zum Erlass eines Vorbescheids (Verwaltungsgericht, B 2022/119).**

#### **Entscheid vom 19. Januar 2023**

Besetzung

Abteilungspräsidentin Lendfers; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner; Gerichtsschreiber Geertsen

Verfahrensbeteiligte

**Politische Gemeinde X.\_\_,**

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Lawrence Reiser, David Kaufmann Scherrer  
Büsser, Marktgasse 20, 9000 St. Gallen,

gegen

**Bau- und Umweltdepartement des Kantons St. Gallen,** Lämmli brunnenstrasse 54,  
9001 St. Gallen,



## St.Galler Gerichte

**Vorinstanz,**

und

**A.\_\_ AG,**

**Beschwerdegegnerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. oec. Marco Müller, Wisflegge 8, 9468 Sax,

Gegenstand

### **Vorbescheid nach Art. 145 PBG / Nichteintreten**

#### **Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

**A.a.**

Die A.\_\_ AG beabsichtigte auf dem im Eigentum von B.\_\_ stehenden Grundstück-Nr. 0000\_\_ in X.\_\_ einen Neubau eines «Businessparks» mit Tankstelle zu errichten und liess am 2. November 2021 bei der politischen Gemeinde X.\_\_ um einen Vorbescheid zu diesem Vorhaben ersuchen (act. G 11.4.2 ff.). Im Vorbescheid vom 24. November 2021 teilte die Baukommission der politischen Gemeinde X.\_\_ der A.\_\_ AG u.a. mit, die eingereichten Vorbescheids-Planungsunterlagen würden, soweit sie keine Abwandlungen erfahren, negativ beurteilt. Eine Zustimmung zum Projekt könne nicht erteilt werden (act. G 11.4.13).

**A.b.**

Dagegen liess die A.\_\_ AG, vertreten durch Rechtsanwalt Marco Müller, am 15. Dezember 2021 Rekurs beim Gemeinderat der politischen Gemeinde X.\_\_ erheben. Darin wurde u.a. beantragt: 1. Der Entscheid der Baukommission vom 24. November 2021 sei zufolge Unzuständigkeit vollumfänglich aufzuheben. 2. Eventualiter sei dieser Entscheid wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben. 3. Das Gesuch um einen Vorbescheid sei an das Bauamt und die Baukommission zwecks Vorbereitung und Antragstellung an den Gemeinderat zurückzuweisen (act. G 11.4.14).



## St.Galler Gerichte

### **A.c.**

Im Namen des Gemeinderats erwiderten der Gemeindepräsident und die stellvertretende Ratsschreiberin der politischen Gemeinde X.\_\_ mit Schreiben vom 16. Dezember 2021, gegen einen Vorbescheid könne kein Rechtsmittel ergriffen werden. Es stehe der Bauherrschaft frei, innert 2 Monaten seit Zustellung des Vorbescheids zusätzliche Unterlagen zur Weiterführung des Vorbescheid-Verfahrens einzureichen. Zudem brachte der Gemeindepräsident die Hoffnung zum Ausdruck, dass sich die Angelegenheit «Rekurs» mit dem am 15. Dezember 2021 stattgehabten Gespräch zwischen der Baukommission und der Bauherrschaft sowie mit diesem Schreiben als erledigt erweise (act. G 11.4.15).

### **A.d.**

Der Gemeinderat der politischen Gemeinde X.\_\_ erhielt am 21. Dezember 2021 eine Kopie des von B.\_\_ an die A.\_\_ AG gesandten Schreibens vom 17. Dezember 2021. Darin hatte B.\_\_ ausgeführt, es hätte einem Grundstücksverkauf nur unter der Voraussetzung zugestimmt, dass die Bewilligungsfähigkeit des von der A.\_\_ AG angestrebten Projekts nachgewiesen worden wäre. Es selbst sei wie die Baukommission der politischen Gemeinde X.\_\_ zum Schluss gelangt, dass das Vorhaben der A.\_\_ AG nicht bewilligungsfähig sei. Aus diesem Grund sehe es sich gezwungen, die Verkaufsverhandlungen mit der A.\_\_ AG per sofort abzubrechen (act. G 11.4.16; siehe auch das weitere Schreiben von B.\_\_ vom 1. Februar 2022, act. G 11.4.19).

### **A.e.**

Mit der nicht in den Akten liegenden Eingabe vom 28. Dezember 2021 verlangte die A.\_\_ AG erneut den förmlichen Entscheid des hierfür zuständigen Gemeinderates zum Vorbescheid unter Gewährung des rechtlichen Gehörs (act. G 11.4.18, III. Rz 1), woraufhin der Gemeinderat auf die Begehren der A.\_\_ AG nicht eintrat (Nichteintretensentscheid vom 10. Januar 2022, act. G 11.4.17).

### **B.**

#### **B.a.**

Gegen diesen Nichteintretensentscheid liess die A.\_\_ AG, weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt Müller, am 28. Januar 2022 Rekurs beim Bau- und Umweltdepartement (BUD) erheben. Darin beantragte sie unter Kosten- und Entschädigungsfolge dessen Aufhebung und zudem, dass das Schreiben der politischen Gemeinde X.\_\_ vom 16. Dezember 2021 weder formal noch materiell-rechtlich als Entscheid des Gemeinderats zu qualifizieren sei. Des Weiteren ersuchte sie, die Streitsache «zu neuer



## St.Galler Gerichte

Entscheidung des Vorbescheides im Baugesuch» durch die zuständige und beschlussfähige Behörde unter Gewährung des rechtlichen Gehörs an die politische Gemeinde X.\_\_ zurückzuweisen (act. G 11.1).

### **B.b.**

Die politische Gemeinde X.\_\_ beantragte am 14. Februar 2022 die Abweisung des Rekurses, soweit darauf eingetreten werden könne (act. G 11.4).

### **B.c.**

Nachdem von verschiedenen Mitarbeitenden der Rechtsabteilung des BUD initiierte Vergleichsbemühungen gescheitert waren (siehe hierzu die E-Mail-Korrespondenz in act. G 11.6 ff.), hiess dieses den Rekurs der A.\_\_ AG mit Entscheid Nr. 48/2022 vom 8. Juni 2022 im Sinn der Erwägungen gut (Ziffer 1a). Es hob den angefochtenen Nichteintretensentscheid vom 10. Januar 2022 auf und wies die Angelegenheit zur Behandlung des Gesuchs der A.\_\_ AG vom «3. November 2021 (bzw. vom 15. Dezember 2021) um Erlass eines Vorbescheids» an den Gemeinderat der politischen Gemeinde X.\_\_ zurück (Ziffer 1b). Zudem verpflichtete es diese zur Entschädigung der ausseramtlichen Kosten der A.\_\_ AG im Betrag von CHF 2'750 (Ziffer 3). Der Entscheid des BUD stützte sich im Wesentlichen auf die Überlegung, die politische Gemeinde X.\_\_ hätte den Rekurs vom 15. Dezember 2021 «als Gesuch um Erlass eines Vorbescheids umdeuten und dieses (als dafür zuständige Baubehörde) selbst materiell behandeln müssen». Zudem trug das BUD der politischen Gemeinde X.\_\_ Folgendes auf: «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» (E. 3.3.4; act. G 11.14).

### **C.**

#### **C.a.**

Gegen den Entscheid Nr. 48/2022 vom 8. Juni 2022 erhob die politische Gemeinde X.\_\_ (Beschwerdeführerin), vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Lawrence Reiser, am 17. Juni 2022 Beschwerde (act. G 1), welche sie am 17. August 2022 ergänzend begründete. Sie beantragte, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, der angefochtene Entscheid verletzte die Gemeindeautonomie und



die Baukommission sei zum Vorbescheid befugt gewesen. Das BUD (Vorinstanz) verkenne, dass die Baukommission gegenüber dem Gemeinderat in Bausachen antragsberechtigt sei und die von ihr erteilte Auskunft weder präjudiziell noch verbindlich erfolgt sei. Die A.\_\_ AG (Beschwerdegegnerin) sei weder durch den Vorbescheid noch den Nichteintretensentscheid vom 10. Januar 2022 beschwert gewesen. Spätestens seit dem Abbruch der Verkaufsverhandlungen über das vom Projekt betroffene Grundstück sei die Beschwerdegegnerin nicht mehr durch den Vorbescheid und den Nichteintretensentscheid in schützenswerten Interessen betroffen gewesen. Die Beschwerdeführerin rügte ausserdem die von der Vorinstanz vorgenommene Umdeutung der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 15. Dezember 2021. Dabei habe es sich mit Sicherheit nicht um ein neues Gesuch um einen Vorbescheid gehandelt. Des Weiteren führte die Beschwerdeführerin aus, der Beschwerdegegnerin sei mit dem Vorbescheid Gelegenheit für eine inhaltliche Äusserung eingeräumt worden, womit keine Gehörsverletzung vorliege (act. G 7).

### **C.b.**

Unter Verweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids beantragte die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 12. September 2022 die Abweisung der Beschwerde (act. G 10).

### **C.c.**

Die Beschwerdegegnerin beantragte in der Stellungnahme vom 7. November 2022 die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (act. G 15).

### **C.d.**

Die Beschwerdeführerin verzichtete stillschweigend auf eine weitere Stellungnahme (vgl. act. G 16).

## **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

### **1.**

Die Beschwerde vom 17. Juni 2022 richtet sich gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 8. Juni 2022, worin diese die Beschwerdeführerin verpflichtete, das Gesuch der Beschwerdegegnerin «vom 3. November 2021 (bzw. vom 15. Dezember 2021)» um Erlass eines Vorbescheids durch den Gemeinderat zu behandeln (act. G 11.14). Die so angeordnete Verpflichtung zum Tätigwerden beschlägt offensichtlich den Aufgabenbereich der Beschwerdeführerin, in welchem sie öffentliche Interessen zu vertreten hat. Somit ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerdeerhebung berechtigt



(Art. 64 i.V.m. Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP; sGS 951.1]; vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichts B 2020/55 vom 12. November 2020 E. 1). Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 VRP). Die Beschwerde vom 17. Juni 2022 (act. G 1) erfolgte rechtzeitig und erfüllt zusammen mit der ergänzenden Eingabe vom 17. August 2022 (act. G 7) die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 64 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und Abs. 2 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **2.**

Die vorliegend zu beurteilende Angelegenheit dreht sich um die sachliche Zuständigkeit zum Erlass eines Vorbescheids gemäss Art. 145 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; sGS 731.1).

#### **2.1.**

Die Bauherrschaft kann die Baubehörde um einen Vorbescheid zu wichtigen Bau- und Nutzungsfragen ersuchen (Art. 145 Abs. 1 PBG). Es wird kein Baubewilligungsverfahren durchgeführt. Der Vorbescheid ist weder anfechtbar noch endgültig (Art. 145 Abs. 2 PBG).

#### **2.2.**

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, handelt es sich beim Vorbescheid um eine Auskunft, mithin um eine Meinungsäusserung seitens der Baubehörde. Sie ist rein praktischer Natur und kann nicht auf ihre Rechtskonformität überprüft werden (E. 3.1 des angefochtenen Entscheids mit Hinweis auf Ch. Kägi, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St. Gallen, 2020, N 1 f. zu Art. 145; act. G 11.14). Art. 145 Abs. 2 Satz 2 PBG hält ausdrücklich fest, dass der Vorbescheid nicht endgültig ist. Er stellt damit keinen Rechtsakt dar, weshalb er auch nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann, was der Gesetzgeber ebenfalls ausdrücklich in Art. 145 Abs. 2 Satz 2 PBG einfliessen liess («weder anfechtbar [...]»). Die Vorinstanz hätte deshalb auf den Rekurs als ordentliches Rechtsmittel nicht eintreten dürfen. Indes fragt sich, ob die als Rekurs bezeichnete Eingabe als ausserordentliches Rechtsmittel hätte entgegengenommen werden müssen.

#### **2.3.**

Gemäss Art. 88 Abs. 1 VRP kann Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben werden, soweit kein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist oder offenstand. Mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde kann unter anderem geltend gemacht werden, dass eine Behörde sich weigere, eine vorgeschriebene Amtshandlung vorzunehmen, oder



sie ungerechtfertigt verzögere (Art. 88 Abs. 2 lit. a VRP). Die Beschwerdegegnerin strebt den Erlass eines Vorbescheids durch die zuständige und beschlussfähige Behörde – ihrer Ansicht nach der Gemeinderat – an, was sie auch im vorinstanzlichen Verfahren zum Ausdruck gebracht hat. Vor dem Hintergrund dessen, dass der Gemeinderat sich geweigert hat, einen Vorbescheid zu erlassen, und da der ordentliche Rechtsweg zur Überprüfung von Vorbescheiden (einschliesslich der Frage der Zuständigkeit) nicht offensteht (siehe vorstehende E. 2.2), ist der Rekurs der Beschwerdegegnerin vom 28. Januar 2021 (auch) als Rechtsverweigerungsbeschwerde zu qualifizieren. Mit Erhalt des Entscheids der Beschwerdeführerin vom 10. Januar 2022 nahm die Beschwerdegegnerin zur Kenntnis, dass die Beschwerdeführerin die angeforderte Rechtshandlung – den Erlass des Vorbescheids durch den Gemeinderat – nicht vornehmen würde. Mit ihrer Eingabe vom 28. Januar 2022 wahrte sie die Frist von 30 Tagen nach Kenntnisnahme des Beschwerdegrunds (Art. 90 Abs. 1 VRP). Nachfolgend zu prüfen ist deshalb, ob der Gemeinderat für den Erlass des Vorbescheids zuständig ist.

### 2.4.

Grundsätzlich schliesst die Kompetenz zum Entscheid auch diejenige zur Auskunftserteilung ein, soweit nicht eine besondere Regelung vorliegt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, 2020, Rz 676; siehe auch im Speziellen P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 7. Auflage 2022, S. 382).

### 2.5.

Die Gemeindeordnung bestimmt die Zuständigkeiten des Rates (Art. 90 Abs. 2 Satz 2 des Gemeindegesetzes [GG; sGS 151.2]). Die Verwaltungsstellen und Kommissionen erfüllen die Aufgaben, die ihnen durch Gesetz, Gemeindeordnung, Reglemente und ergänzende Anordnungen des Rates übertragen werden (Art. 93 Abs. 1 GG). Der Gemeinderat kann demnach die Aufgabe der Baubehörde an eine Kommission oder eine Verwaltungsstelle delegieren (St. Staub, Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St. Gallen, a.a.O., N 4 zu Art. 135). Gemäss dem Baureglement der Beschwerdeführerin obliegt die Aufsicht über das Planungs- und Bauwesen dem Gemeinderat. Er bestimmt die Baukommission und entscheidet über Baugesuche, für die weder die Baukommission noch das Bauamt zuständig sind (Art. 2 Abs. 1 Baureglement). Die Baukommission stellt dem Gemeinderat Antrag, wenn dieser zuständig ist (Art. 2 Abs. 2 lit. a Baureglement), und entscheidet über Baugesuche, für die das vereinfachte Verfahren angewendet wird (Art. 2 Abs. 2 lit. b Baureglement).



### 2.6.

Ein allfälliges Gesuch um Bewilligung des von der Beschwerdegegnerin angestrebten, mit erheblichen raumwirksamen Folgen verbundenen Bauvorhabens wäre offenkundig im ordentlichen Verfahren (Art. 138 f. PBG) zu prüfen. Zuständig für den Entscheid über die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens und damit auch für die entsprechende Auskunft ist folglich der Gemeinderat der Beschwerdegegnerin (Art. 2 Abs. 1 Baureglement) und nicht deren Baukommission. Eine Delegation der Kompetenz an die Baukommission zum Erlass von Vorbescheiden über Bauvorhaben, die in die Entscheidzuständigkeit des Gemeinderats fallen, kann dem Baureglement nicht entnommen werden, wie bereits die Vorinstanz ausführlich begründet darlegte und worauf verwiesen wird (act. G 11.14, E. 3.3.1 ff.). Damit ist der Gemeinderat der Beschwerdeführerin zum Erlass des Vorbescheids verpflichtet und er verweigerte zu Unrecht die Vornahme der ihm obliegenden Amtshandlung im Sinn von Art. 88 Abs. 2 lit. a VRP.

### 2.7.

Demgegenüber ist die in der Begründung des angefochtenen Entscheids anklingende Auffassung nicht zu teilen, dass diejenigen Mitglieder der Baukommission, die gleichzeitig als Mitglieder des Gemeinderats der Beschwerdegegnerin amten, vorliegend befangen seien und beim vom Gemeinderat noch zu erlassenden Vorbescheid in den Ausstand zu treten hätten (act. G 11.14, E. 3.3.4). Mit einem Vorbescheid ist keine den Anschein von Voreingenommenheit erweckende Vorbefassung verbunden, ist er doch von Gesetzes wegen nicht endgültig (Art. 145 Abs. 2 Satz 2 PBG). Er hat unter dem Vorbehalt eines abweichenden Entscheids im Baubewilligungsverfahren zu erfolgen und begründet damit für sich allein keine unzulässige Vorbefassung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_205/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 5.4 am Schluss). Der vorliegend zu beurteilende Vorbescheid der Baukommission vom 24. November 2021 erfolgte denn auch ausdrücklich unter entsprechendem Vorbehalt («Der Vorbescheid [...] dient lediglich einer groben Richtungsbestimmung. [...] Es erfolgt keine erweiterte Prüfung der Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften. Feststellungen während eines allfälligen Baugesuchsverfahrens sind ausdrücklich vorbehalten und denkbar.»; act. G 11.4.13, S. 2), was allein schon gegen den Anschein einer Voreingenommenheit bzw. ein beim Gemeinderat nicht mehr ergebnisoffenes Vorbescheidverfahren spricht. Ausserdem steht der Baukommission immerhin in einem allfälligen Baubewilligungsverfahren ein Antragsrecht zu (Art. 2 Abs. 2 lit. a Baureglement), womit sie spätestens dann ohnehin zur Äusserung ihres Standpunktes berechtigt wäre.





## St.Galler Gerichte

### 3.

#### 3.1.

Gemäss vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde vom 17. Juni 2022 abzuweisen.

#### 3.2.

Von der Beschwerdeführerin als unterliegendes Gemeinwesen sind keine amtlichen Kosten zu erheben (Art. 95 Abs. 3 VRP).

#### 3.3.

Beim vorliegenden Verfahrensausgang hat die Beschwerdegegnerin Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 i.V.m. Art. 98<sup>bis</sup> VRP). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Verwaltungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung (HonO; sGS 963.75) pauschal CHF 1'500 bis CHF 15'000. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat keine Kostennote eingereicht. In der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit erscheint mit Blick auf die sich stellenden Rechtsfragen, den einfachen Schriftenwechsel und den damit notwendigen Aufwand eine pauschale Entschädigung von CHF 2'600 (einschliesslich 4 % Barauslagen, mangels Antrags [act. G 15] ohne Mehrwertsteuer) angemessen. Im Übrigen sind keine ausseramtlichen Entschädigungen zuzusprechen.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:**

#### 1.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen wird die Beschwerde vom 17. Juni 2022 abgewiesen.

#### 2.

Es werden keine amtlichen Kosten erhoben.

#### 3.

Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegnerin ausseramtlich mit CHF 2'600 (einschliesslich Barauslagen, ohne Mehrwertsteuer). Im Übrigen werden keine ausseramtlichen Entschädigungen zugesprochen.