

# **SG\_PUBLIKATIONEN 18-5981 vom 28. August 2020**

SG Gerichte, 2020-08-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publikationen\\_18-5981](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_18-5981)

FR: SG\_PUBLIKATIONEN 18-5981 du 28 août 2020

IT: SG\_PUBLIKATIONEN 18-5981 del 28 agosto 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Zuständigkeit des Baudepartementes ergibt sich aus Art. 43bis des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

### **E. 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 mit nachfolgender Einschränkung einzutreten.

### **E. 2**

Die Rekurrentin stellt in ihrer Vernehmlassung vom 23. April 2020 ein Ausstandsbegehren gegen den mit der Instruktion des Rekursverfahrens betrauten juristischen Mitarbeiter der Rechtsabteilung des Baudepartementes.

#### **E. 2.1**

Die Zuständigkeit der Vorsteherin des Baudepartementes zum Entscheid betreffend der Ausstandspflicht eines Sachbearbeiters der Rechtsabteilung ergibt sich aus Art. 7bis Abs. 1 Bst. e VRP.

#### **E. 2.2**

Zu prüfen ist, ob der zuständige Verfahrensleiter F.\_\_\_\_ gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. c VRP in den Ausstand treten muss.

#### **E. 2.3**

Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) garantiert den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Die

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 8/19

Garantie eines gerechten Verfahrens umfasst eine Reihe von Teilgehalten wie den Anspruch auf Unvoreingenommenheit der Verwaltungsbehörden (G. STEINMANN, in: Ehrenzeller et. al, Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014, Art. 29 N 16 f.). Diese Garantie umfasst den allgemeinen Anspruch auf eine unabhängige und unparteiliche Rechtsprechung durch eine ordnungsgemäss zusammengesetzte Rechtspflegeinstanz. Daraus wird eine allgemeine Ausstandspflicht für Behördemitglieder und Beamte abgeleitet, die unter anderem in einer Angelegenheit aufgrund der Umstände als befangen erscheinen (CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, Rz. 175).

Im kantonalen Recht wird diese Minimalgarantie in Art. 4 Bst. a der Kantonsverfassung (sGS 111.1) übernommen und auf Gesetzesstufe durch Art. 7 VRP konkretisiert. So bestimmt unter anderem Art. 7 Abs. 1 Bst. c VRP, dass Behördemitglieder, öffentliche Angestellte und amtlich bestellte Sachverständige von sich aus in den Ausstand zu treten haben, wenn sie aus anderen Gründen befangen erscheinen. Dabei genügt es, wenn das betroffene Mitglied befangen sein könnte oder befangen erscheint. Ein ausschliesslich persönliches Empfinden einer Partei reicht dafür jedoch nicht aus, denn es müssen vernünftige Gründe das Misstrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit objektiv rechtfertigen (C. REITER, in: Rizvi/Schindler/Cavelti, Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 7-7bis N 24, CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., Rz. 191).

Aussöhnungsversuche und Vergleichsgespräche vermögen in der Regel nicht zu einer Befangenheit zu führen. Auch ist der Vorwurf der Befangenheit grundsätzlich unbegründet, wenn im verwaltungsinternen Verfahren seitens der Behörde die Erfolgsaussichten erörtert werden. Das Verwaltungsgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass es im Interesse der Parteien liege, wenn im Hinblick auf einen möglichen Vergleich oder Rechtsmittelrückzug der zuständige Verfahrensleiter die einstweilige Auffassung der Behörde zum Streit kundtue. Diese Äusserungen dürften aber nicht den Eindruck erwecken, die Verwaltungsbehörde habe sich ihre Meinung in Bezug auf ein konkretes Verfahren bereits definitiv gebildet (siehe zum Ganzen: C. REITER, a.a.O., Art. 7-7bis N 25 insbesondere mit Verweis auf VerwGE B 2013/116 vom 14. Mai 2014 Erw. 2.5).

#### **E. 2.4**

Das Ausstandsbegehren richtet sich gegen einen Mitarbeiter der Verwaltung, der in seiner Funktion als Sachbearbeiter innerhalb der Rechtsabteilung instruierend mitwirkt und über keine Entscheidungsbefugnis verfügt. Er hat Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen und bei einer erfolglosen Verständigung unter den Verfahrensbeteiligten einen Entscheidentwurf zu erstellen, wobei dieser abteilungsintern durch einen Vorgesetzten einer Überprüfung unterzogen wird, bevor der Entscheidentwurf der Vorsteherin des Baudepartementes vorgelegt wird. Es entspricht der bewährten Praxis des

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 9/19

Baudepartementes, dass der Sachbearbeiter im Rahmen der Verfahrensführung versucht zu einer einvernehmlichen Lösung zwischen den Verfahrensbeteiligten beizutragen. Sofern es sich anbietet teilt der Verfahrensleiter im Rahmen einer vorläufigen Beurteilung den Verfahrensbeteiligten zudem die Erfolgsaussichten mit, bevor ein kostenpflichtiger Rekursentscheid erfolgt.

#### **E. 2.5**

Nach telefonischer Vorbesprechung mit dem Rechtsvertreter der Rekurrentin hat der Sachbearbeiter mit Schreiben vom 29. Januar 2020 seine vorläufige Beurteilung abgegeben. Darin hat er ausgeführt, dass nach Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über Nutzungsentschädigungen und Gebühren für Bewilligungen nach dem Gesetz über die Gewässernutzung (sGS 751.12; abgekürzt VNEGNG) für die Berechnung der Grundnutzungsentschädigung diejenige Fläche massgebend sei, welche tatsächlich oder aufgrund von Abgrenzungseinrichtungen, wie Pfählen, Ketten, schwimmenden Balken, Ufermauern oder Schüttungen dem Gemeingebrauch entzogen würden. Grund für die im Vergleich zur Bewilligung aus dem Jahr 1999 erhöhte Nutzungsentschädigung sei, dass

die genutzten Flächen damals falsch erfasst worden seien. Die genutzte Fläche betrage insgesamt 228 m<sup>2</sup>, statt der im Jahr 1999 fälschlicherweise angenommenen 165 m<sup>2</sup>. Ausgehend von der festgestellten Fläche zeigte der Sachbearbeiter auf, wie sich die Grundnutzung berechne. Dabei stützte er sich auf die in Art. 5 Abs. 1 Bst. b VNEGNG festgehaltenen Ansätze je Quadratmeter beanspruchter Fläche. Demnach betrage der Ansatz Fr. 6.– pro Quadratmeter genutzter Fläche und werde praxisgemäss um 50 % reduziert, sofern sich die Fläche auf privatem Grund befinde. Bei 200 m<sup>2</sup> über Hoheitsgebiet des Kantons St.Gallen und 28 m<sup>2</sup> über privatem Grund ergebe sich eine Grundnutzungsentschädigung von Fr. 1'284.–. Diese werde um die Teuerung bereinigt, so dass daraus der in der angefochtenen Verfügung festgelegte Betrag von Fr. 1'415.– resultiere.

### **E. 2.6**

Die vom Sachbearbeiter eingeschätzten Erfolgsaussichten bezogen sich auf das von der Rekurrentin mit Schreiben vom 18. September 2018 gestellte Rechtsbegehren, wonach die jährliche Nutzungsentschädigung auf Fr. 1'072.– festzulegen sei. Im Sinn einer gütlichen Erledigung der Angelegenheit hat der Sachbearbeiter, ausgehend von der beanspruchten Fläche die Berechnung der Nutzungsentschädigung dargelegt. Dabei stützte er sich nicht auf – wie die Rekurrentin behauptet – "unbekannte" Parameter. Die Quadratmeteransätze und die Teuerung sind in der VNEGNG geregelt. Die Praxis der Reduktion um 50 %, sofern sich die genutzte Fläche auf privatem Grund befindet, ist zwar nicht in der VNEGNG geregelt, ergibt sich aber aus einer internen Richtlinie zur VNEGNG, welche aufgrund vergangener Verfahren bei der instruierenden Rechtsabteilung amtsnotorisch ist.

### **E. 2.7**

Damit ist das Schreiben vom 29. Januar 2020 eine vorläufige Beurteilung und ein Versuch für eine einvernehmliche Lösung der Rekursangelegenheit. Dieses Vorgehen ist – wie oben aufgezeigt – gemäss Lehre und Rechtsprechung durchaus zulässig und entspricht der Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 10/19

gängigen Praxis des Baudepartementes. Ebenso wenig stellt die Tatsache, dass die freiwillige Stellungnahme der Vorinstanz vom 18. März 2020 nicht aus dem Recht gewiesen worden ist – worauf noch genauer einzugehen ist – einen Ausstandsgrund dar.

### **E. 2.8**

Zusammenfassend ergibt sich, dass bezüglich des zuständigen Verfahrensleiters der Rechtsabteilung, F.\_\_\_\_, keine zum Ausstand verpflichtende Befangenheit nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c VRP vorliegt. Weitere Mitarbeitende der Rechtsabteilung des Baudepartementes waren nicht involviert. Dementsprechend ist das Ausstandsbegehren abzuweisen.

### **E. 3**

Die Rekurrentin macht vorab geltend, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil nicht begründet worden sei, wie sich die jährliche Nutzungsentschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 1'415.– zusammensetze.

### **E. 3.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt unter anderem, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die

grundsätzliche Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Das bedeutet indessen nicht, dass sich diese ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 134 I 83 Erw. 4.1 mit Hinweisen). Die Begründung muss jedoch auf jeden Fall angemessen und hinreichend, d.h. nachvollziehbar und verständlich, sein. Dabei sind die Anforderungen an die Begründung umso höher, je grösser der Entscheidungsspielraum der Behörde ist und je stärker ein Entscheid in die individuellen Rechte eingreift (BGE 112 IA 107 Erw. 2b mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Aus den Erwägungen der angefochtenen Sondernutzungsbewilligung lassen sich die Gründe, wie die Vorinstanz zum jährlich zu entrichtenden Gesamtbetrag von Fr. 1'415.– gelangt ist, nicht entnehmen. Die Verfügung stützt sich zwar formell auf Art. 5 VNEGNG, allerdings wird in der Verfügung nicht dargetan, wie hoch die zu leistende Grundnutzungsentschädigung (Art. 5 Abs. 1 GNG) ist, ob und für welchen Hafenteil diese reduziert wird (Art. 5 Abs. 2 GNG) und wie hoch ein allfälliger Zuschlag nach Art. 5 Abs. 3 GNG ausfällt. Weiter ist aus der Verfügung nicht ersichtlich, welches die für die Berechnung der Nutzungsentschädigung massgebliche Fläche ist (Art. 6 VNEGNG).

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 11/19

Letzteres ist umso gravierender als die beanspruchte Fläche in der Regel in einem Plan festgelegt werden müsste (Art. 6 Abs. 2 VNEGNG).

### **E. 3.3**

Die Verfügung gibt somit weder den rechtserheblichen Sachverhalt wieder noch enthält sie diejenigen Angaben, die für die Rekurrentin erforderlich gewesen wären, um das Zustandekommen des Gesamtbetrags der Nutzungsentschädigung nachvollziehen zu können. Der Einwand, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung die Begründungspflicht verletzt, ist damit zutreffend. Die Vorinstanz hat über das Gesuch um Neuerteilung der Sondernutzungsbewilligung in einer Form entschieden, welche der Rekurrentin keine Möglichkeit bot zu prüfen, ob die Berechnung der Nutzungsentschädigung richtig ist oder nicht. Darin liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Der Rekurrentin blieb gar keine andere Wahl als die Sondernutzungsbewilligung anzufechten, um Einblick in die für die Berechnung der Nutzungsentschädigung relevanten Grundlagendaten zu erhalten.

### **E. 3.4**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, seine Verletzung führt in der Regel zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Heilung der Verletzung ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis möglich, wenn die Verletzung nicht besonders schwer wiegt, und wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter

dieser Voraussetzung ist darüber hinaus selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (RIZVI/RISI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti, Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 15 N 11). Auch im Fall einer Heilung ist die Gehörsverletzung bei der Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen (RIVZI/RISI, a.a.O., Art. 15 N 32).

### **E. 3.5**

Im vorliegenden Fall verfügt die Rekursinstanz zum einen über volle Kognition. Zum anderen geht es nicht in erster Linie um die Beurteilung von Ermessensfragen, sondern darum, ob die für die Berechnung der Nutzungsentschädigung massgebliche Fläche richtig ermittelt wurde und ob die Grundnutzungsentschädigung sowie der Zuschlag für diese Fläche entsprechend der internen Richtlinie zur VNEGNG festgelegt wurden. Auch die Beurteilung, ob ein schwankender Wasserstand und damit die Nutzbarkeit einer Hafenanlage zu berücksichtigen ist oder nicht, ist eine Rechts- und keine Ermessensfrage. Die Vorinstanz zeigte im Rahmen ihrer Vernehmlassungen vom

#### **E. 3.5.1**

Die Rekurrentin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz die fragliche Stellungnahme vom 18. März 2020 unaufgefordert eingereicht habe und diese daher aus dem Recht zu weisen sei.

#### **E. 3.5.2**

Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich auch im verwaltungsinternen Rekursverfahren aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinn von Art. 29 Abs. 2 BV das Recht der Verfahrensbeteiligten, zu jeder Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten. Träger des Replikrechts sind zwar ausschliesslich private Verfahrensbeteiligte; eine Vorinstanz bzw. eine verfügende Behörde wird daher nicht zwingend gleich behandelt wie eine am Verfahren beteiligte Privatperson (RIZVI/RISI, a.a.O., Art. 15 – 17 N 30 f.).

#### **E. 3.5.3**

Aus dem Gesagten folgt, dass sich die Vorinstanz zwar nicht im gleichen Mass auf das Replikrecht berufen kann wie Privatpersonen. Das Verwaltungsgericht berücksichtigt jedoch unaufgeforderte Stellungnahmen von Vorinstanzen, sofern sich diese zu den von der Beschwerdeführerin neu vorgebrachten Tatsachen äussert (VerwGE B 2011/95 und 96 vom 20. September 2011 Erw. 2.2, B 2010/165 vom

### **E. 3.6**

Die Vorinstanz hat die in der angefochtenen Verfügung fehlende Begründung im Rahmen ihrer Rekursvernehmlassungen nachgeliefert, womit die Gehörsverletzung als geheilt gilt. Die festgestellte Gehörsverletzung ist trotzdem schwerwiegend und deshalb bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.

Strittig ist im vorliegenden Fall die Höhe der jährlichen Nutzungsentschädigung für eine Hafenanlage mit zwei Bootsplätzen, Bootshaus, Steg und Blockwurf.

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 13/19

4.1 Seen sind öffentliche Gewässer und stehen als Sachen im Gemeingebrauch der Allgemeinheit zur Nutzung offen. Hinsichtlich der Benützung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch wird nach Gesetz, Lehre und Rechtsprechung in der Regel unterschieden zwischen Gemeingebrauch (auch schlichter Gemeingebrauch), gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung. Unter schlichtem Gemeingebrauch ist jene Benutzung einer öffentlichen Sache zu verstehen, die bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist, d.h. einer unbestimmten Zahl von Benutzern gleichzeitig, ohne Erlaubnis und in der Regel unentgeltlich offensteht. Unter gesteigertem Gemeingebrauch versteht man demgegenüber diejenige Benutzung einer Sache im Gemeingebrauch, die nicht mehr bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich ist und andere Benutzer wesentlich einschränkt, jedoch nicht ausschliesst. Sie ist grundsätzlich bewilligungspflichtig und kann mit der Erhebung einer Gebühr verbunden werden. Sondernutzung stellt schliesslich diejenige Nutzung dar, die nicht mehr bestimmungsgemäss ist, bei der die Berechtigten eine ausschliessliche Benutzung erhalten und die die Erteilung einer Konzession voraussetzt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 2252 ff.; A. FLÜCKIGER, Gemeingebrauch an oberirdischen Gewässern, insbesondere die Schifffahrt auf Schweizer Gewässern, Diss. Basel, Bern 1987, S. 2 ff.; T. JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung, in: ZBI 93/1992, S. 151 ff.).

4.2 Der Zürichsee ist ein öffentliches Gewässer im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG. Als öffentliches Gewässer steht der Zürichsee dem Gemeingebrauch offen. Nach Art. 6 Abs. 1 GNG dürfen oberirdische öffentliche Gewässer zur Schifffahrt, zum Wasserschöpfen, Tränken, Baden, Waschen, Schwimmen und dergleichen von jedermann frei genutzt werden. Gemäss Art. 9 Abs. 1 Ziff. 5 GNG bedürfen alle Nutzungen, die den Gemeingebrauch überschreiten – darunter fallen insbesondere Bauten und Anlagen über, in oder unter Gewässern – einer Bewilligung der zuständigen Stelle des Staates. Für Bewilligungen werden Nutzungsentschädigungen und Gebühren erhoben (Art. 41 Abs. 1 GNG). Die Höhe der Nutzungsentschädigung bemisst sich nach dem verschafften wirtschaftlichen Vorteil, dem der Öffentlichkeit entstehenden Nachteil und der Art und Dauer der Bewilligung (Art. 41bis Abs.1 GNG). Die festgelegte Nutzungsentschädigung wird periodisch der Teuerung angepasst (Art. 41ter Abs. 1 GNG). Die Regierung bestimmt Nutzungsentschädigungen und Gebühren durch Verordnung (Art. 41quater Abs.1 GNG).

4.3 Die Nutzungsentschädigungen und Gebühren für die Bewilligungen nach GNG hat die Regierung in der VNEGNG geregelt. Demnach besteht die Nutzungsentschädigung aus einer jährlich geschuldeten Grundnutzungsentschädigung und einem Zuschlag (Art. 1 VNEGNG). Die Grundnutzungsentschädigung richtet sich nach Art und Dauer der Bewilligung (Art. 2 VNEGNG). Der Zuschlag richtet sich nach dem verschafften wirtschaftlichen Vorteil und dem für die Öffentlichkeit entstehenden Nachteil (Art. 3 Abs.1 VNEGNG) und bemisst sich nach dem kommerziellen Zweck einer Nutzung, der Grösse der Nutzungsanlage,

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 14/19

der Intensität der Nutzung, den Erstellungs- und Betriebskosten, den Auswirkungen der Nutzung auf die Umwelt und dem Ausmass der Beeinträchtigung des Gemeindegebrauchs (Art. 3 Abs. 2 VNEGNG). Die so errechnete Nutzungsentschädigung wird der Teuerung angepasst. Basis bildet der Landesindex der Konsumentenpreise mit dem Jahresdurchschnitt aus dem Jahr 1996 (Art. 4bis Abs. 1 VNEGNG). Die Grundnutzungsgebühr für die Inanspruchnahme von Strand- und Seeboden, der unter Hoheit und im Eigentum des Staates steht, beträgt je Quadratmeter der beanspruchten Fläche Fr. 4.– bei einer Bewilligungsdauer bis 10 Jahren, Fr. 6.– bei einer Bewilligungsdauer von über 10 Jahren bis 20 Jahren und Fr. 8.– bei einer Bewilligungsdauer von über 20 Jahren (Art. 5 Abs. 1 VNEGNG). Die Grundnutzungsentschädigung wird angemessen reduziert, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, insbesondere wenn der Strand- und Seeboden unter der Hoheit des Staates, aber im Eigentum Dritter steht. Der Zuschlag beträgt bis zu Fr. 9.– je Quadratmeter der beanspruchten Fläche (Art. 5 Abs. 3 VNEGNG). Für die Berechnung der Entschädigung ist diejenige Fläche massgebend, die tatsächlich oder aufgrund von Abgrenzungseinrichtungen, wie Pfählen, Ketten, schwimmenden Balken, Ufermauern oder Schüttungen, dem Gemeindegebrauch entzogen ist (Art. 6 Abs. 1 VNEGNG). Die beanspruchte Fläche wird in der Regel in einem Plan festgelegt (Art. 6 Abs. 2 VNEGNG). Die Festlegung der Nutzungsentschädigung wird weiter in der internen Richtlinie zur VNEGNG konkretisiert.

5.

Umstritten ist vorliegend unter anderem die von der Rekurrentin beanspruchte Fläche.

5.1 Mit Schreiben vom 29. Januar 2018 reichte die Rekurrentin ein Gesuch um Erneuerung der Sondernutzungsbewilligung bis zum Jahr 2038 ein. Hierzu reichte sie einen Grundbuchplan im Massstab 1:500 ein, auf welchem das Bootshaus, der Steg und der Blockwurf eingezeichnet war. Bei der Überprüfung des Gesuchs stellte die Vorinstanz fest, dass zwischen der Sondernutzungsbewilligung aus dem Jahr 1999 und dem gegenständlichen Gesuch Abweichungen hinsichtlich der beanspruchten Flächen bestanden. Nach einer Überprüfung anhand eines Orthofotos stellte sich heraus, dass die im Jahr 1998 deklarierten Abmessungen des Objekts falsch gewesen waren und die in der Situation vom 31. Dezember 2018 deklarierte Abmessung offenbar nur die Fläche bis zur Innenkante des Blockwurfs beinhaltete. Die Vorinstanz korrigierte die Fehler und stellte insgesamt eine tatsächlich beanspruchte Fläche von 228 m<sup>2</sup> fest. Dabei würden 200 m<sup>2</sup> innerhalb der Seeparzelle liegen (Fläche "Kanton") und 28 m<sup>2</sup> befänden sich ausserhalb der Seeparzelle (Fläche "Privat"). Für die beanspruchte Fläche legte die Vorinstanz eine jährliche Nutzungsentschädigung von Fr. 1'415.– fest.

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 15/19

Abb. 4.: Von der Vorinstanz festgestellte massgebliche Flächen

5.2 Die Rekurrentin bringt sinngemäss vor, dass das Bootshaus (Vers.-Nr. 2066J) nicht zur entschädigungspflichtigen Fläche gehöre. Das Gebäude sei vollständig auf dem Privatgrundstück errichtet worden und nehme daher auch keinen Seeboden in Anspruch.

Ein Bootshaus steht am Ufer oder ist direkt über dem Wasser gebaut und dient dem Lagern der Boote. Damit die Boote vor Wellenbewegungen geschützt sind, werden sie in der Regel mit einem am Dachbalken befestigten Kran aus dem Wasser gehoben und hängen dann in den Hebegurten liegend oder auf einem speziellen Gestell stehend schwebend unter

dem Dach. Steht ein Bootshaus – wie im vorliegenden Fall – am Ufer, muss der Grund ausgebaggert werden, damit das Bootshaus geflutet wird und so die Ein- und Ausfahrt auf das öffentliche Gewässer möglich ist. Das vorliegend zu beurteilende Bootshaus ist mit Wasser aus dem Zürichsee geflutet, auch wenn dies – wie die Rekurrentin behauptet – nicht ganzjährig der Fall sein sollte. Das Wasser, welches sich im Bootshaus befindet, bildet einen Teil eines öffentlichen Gewässers, dem Zürichsee (BGE 95 I 243 Erw. 2). Dieser Teil des Zürichsee wird durch das Bootshaus der Gemeinnutzung entzogen. Ein Bootshaus kann weder von der Allgemeinheit zu Badeswecken genutzt werden, noch kann ein öffentliches Publikum darin Wassersport betreiben. Der Ausschluss des Gemeingebrauchs ist nicht nur vorübergehend, sondern dauernd, weshalb die Voraussetzungen der Sondernutzung erfüllt sind (Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Bern vom 23. Februar 1998 Erw. 5, in BVR 1998, S. 308). Entsprechend ist diese Fläche nach Art. 6 Abs. 1 VNEGNG auch entschädigungspflichtig. Die Rüge ist somit unbegründet.

5.3 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Rekurrentin insgesamt 228 m<sup>2</sup> Fläche beansprucht, wobei sich 200 m<sup>2</sup> innerhalb der

Entscheidung des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 16/19

Seeparzelle befinden (Fläche "Kanton") und 28 m<sup>2</sup> ausserhalb (Fläche "Privat").

6.

Die Rekurrentin rügt die Höhe der festgelegten Nutzungsentschädigung.

6.1 Die Vorinstanz hat ausgehend von der beanspruchten Fläche von 228 m<sup>2</sup> die jährliche Nutzungsentschädigung wie folgt berechnet: Aufgrund dessen, dass die Rekurrentin die Erteilung der Sondernutzungsbewilligung für die nächsten 20 Jahre beantragt hat, zog die Vorinstanz den Ansatz von Fr. 6.– je Quadratmeter beanspruchter Fläche heran (Art. 5 Abs. 1 Bst. b VNEGNG). Da die Grundnutzungsentschädigung angemessenen reduziert wird, wenn Strand- und Seeboden unter Hoheit des Staates, aber im Eigentum Dritter steht (Art. 5 Abs. 2 VNEGNG), hat die Vorinstanz die Fläche "Privat" reduziert. Die Richtlinie zur VNEGNG sieht vor, dass in diesen Fällen lediglich 50 % der Fläche "Privat" angerechnet wird (Ziff. 2.2). Somit ging die Vorinstanz von 200 m<sup>2</sup> Fläche "Kanton" und 14 m<sup>2</sup> Fläche "Privat" (insgesamt 214 m<sup>2</sup>) aus. Einen Zuschlag nach Art. 3 VNEGNG erhob die Vorinstanz nicht, da die vorliegende Hafenanlage die nach Ziff. 2.4 der Richtlinie zur VNEGNG geforderte Schwelle nicht erreichte. Dies ergab eine nicht teuerungsbereinigte Nutzungsentschädigung von Fr. 1'284.– (214 m<sup>2</sup> à Fr. 6.–). Die Vorinstanz passte die Nutzungsentschädigung – wie in Art. 4bis VNEGNG vorgesehen – an die Teuerung an. Da die VNEGNG seit dem Jahr 1996 in Kraft ist, zog die Vorinstanz für die Teuerungsanpassung auch die Preisbasis von 680,0 Punkten (Jahresdurchschnitt) aus dem Jahr 1996 heran. Somit wurde die Teuerung von 680 Punkten aus dem Jahr 1996 auf 749,6 Punkte im Jahr 2017 angepasst. Daraus resultierte die teuerungsbereinigte Nutzungsentschädigung von Fr. 1'415.– ( $(\text{Fr. } 1'284.- \div 680,0 \text{ Punkte}) \times 749,6 \text{ Punkte}$ ).

6.2 Die Nutzungsentschädigung steht im Einklang mit dem GNG, der VNEGNG und der Richtlinie zur VNEGNG. Damit ist die jährliche Nutzungsentschädigung von Fr. 1'415.– korrekt und nicht weiter zu beanstanden.

6.3 Die Rekurrentin bringt jedoch vor, dass die Hafenanlage während rund einem halben Jahr aufgrund des schwankenden Wasserspiegels des Zürichsees gar nicht geflutet sei und daher auch kein öffentliches Gewässer in Anspruch nehmen. Wo der See nicht sei, könne

auch keine Sondernutzung öffentlichen Gewässers vorliegen. Entsprechend sei die Sondernutzungsentschädigung angemessen zu reduzieren.

Die erteilte Sondernutzungsbewilligung nach Art. 9 GNG räumt der Rekurrentin das Recht ein, das öffentliche Gewässer in ihrem Hafen bzw. in ihrem Bootshaus unter Ausschluss des Gemeingebrauchs zu nutzen. Ob die Rekurrentin von ihrem Nutzungsrecht auch tatsächlich

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 17/19

Gebrauch macht, ist ihr überlassen. Es steht der Rekurrentin frei – vorbehalten allfälliger Bewilligungspflichten – mit geeigneten Massnahmen (Ausbaggern, Entfernung von Auflandungen usw.) die Nutzbarkeit des Hafens zu verbessern. Es steht ihr aber auch frei, nichts zu unternehmen und den Hafen nur zu nutzen, wenn es die Wasserstände erlauben. Auf die Höhe der Nutzungsentschädigung hat dies keinen Einfluss. Massgebend ist, dass das öffentliche Gewässer bzw. der Zugang zum öffentlichen Gewässer aufgrund der Abgrenzungseinrichtungen während der ganzen Dauer der Sondernutzungsbewilligung dem Gemeingebrauch entzogen ist. Die Rüge der Rekurrentin, die Nutzungsentschädigung sei wegen schwankenden Pegelständen zu reduzieren, ist daher unbegründet.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Ausstandsbegehren gegen den juristischen Sachbearbeiter der Rechtsabteilung abzuweisen ist. In der Sache erweisen sich die festgestellten Flächen und die gestützt darauf festgelegte Nutzungsentschädigung als korrekt. Der Rekurs ist deshalb unbegründet und ebenfalls abzuweisen.

8.

## **E. 8**

November 2018 bzw. 18. März 2020 im Detail auf, wie die Nutzungsentschädigung berechnet wurde. Die Rekurrentin erhielt wäh-

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 12/19

rend des Rekursverfahrens diese sowie die gesamten übrigen Vorakten zugestellt und hat dazu auch Stellung genommen. Unter diesen Umständen ist eine Heilung des Verfahrensmangels grundsätzlich angezeigt. Die beantragte Rückweisung würde sich als Verfahrensleerlauf erweisen, zumal die Vorinstanz – wie deren Stellungnahmen im Rekursverfahren zeigen – ohnehin wieder gleich entscheiden würde. Ob die Gehörsverletzung geheilt werden kann, hängt letztlich davon ab, ob die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 18. März 2020 berücksichtigt werden kann.

### **E. 8.1**

Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die Entscheidgebühr beträgt insgesamt Fr. 4'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5) und setzt sich aus Fr. 1'000.– für den Entscheid über das Ausstandsbegehren und Fr. 3'000.– für den Rekursentscheid in der Sache zusammen. Die amtlichen Kosten für das Ausstandsbegehren sind der Rekurrentin aufzuerlegen, da sie diesbezüglich vollständig unterliegt. Bei den Kosten für den Rekursentscheid in der Sache ist zu differenzieren. Die Rekurrentin unterliegt zwar in der Sache, obsiegt indessen in Bezug auf die geltend gemachte Gehörsverletzung. Demgegenüber hat die von der Rekurrentin gerügte Verfahrensdauer keinen Einfluss auf die Verlegung der amtlichen (wie auch der

ausseramtlichen) Kosten. Aufgrund des teilweisen Obsiegens ist es angemessen, der Rekurrentin die amtlichen Kosten zur Hälfte (Fr. 1'500.–) aufzuerlegen. Die andere Hälfte (Fr. 1'500.–) trägt der Staat (VerwGE B 2019/6 vom 1. Juli 2019 Erw. 5). Damit sind der Rekurrentin amtliche Kosten von insgesamt Fr. 2'500.– aufzuerlegen. Dem Staat werden amtliche Kosten von Fr. 1'500.– auferlegt, auf deren Erhebung wird jedoch verzichtet (Art. 95 Abs. 3 VRP).

## **E. 8.2**

Der von der Rekurrentin am 28. September 2018 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– ist anzurechnen.

## **E. 9**

Die Rekurrentin stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 18/19

### **E. 9.1**

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. 98bis VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98ter VRP).

### **E. 9.2**

Die Rekurrentin hatte zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Rekurs zu erheben. In materieller Hinsicht unterliegt sie jedoch vollständig. Es ist daher in Anwendung des Verursacherprinzips angezeigt, der Gehörsverletzung durch die Vorinstanz Rechnung zu tragen und der Rekurrentin eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen.

### **E. 9.3**

Den Rekurs hat der Rechtsvertreter ausdrücklich als Willensvollstrecker der Rekurrentin erhoben. Der vom Willensvollstrecker für den Nachlass geführte Prozess wirkt zwar formell nur für oder gegen ihn. Da sein Tätigwerden aber auf fremde Rechnung erfolgt, d.h. zu Gunsten oder zu Lasten des Nachlasses prozessiert er nicht im eigenen Interesse und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 129 V 113 Erw. 4.2). Der Rechtsvertreter der Rekurrentin ist im Anwaltsregister des Kantons Zug eingetragen, womit grundsätzlich die Bestimmungen der Honorarordnung (sGS 963.75; abgekürzt HonO) zur Anwendung gelangen. Im vorliegenden Fall handelt der Rechtsvertreter zwar als Willensvollstrecker für den Nachlass. Zugleich ist er aber Teil der Erbengemeinschaft. Mithin liegt unabhängig seiner Tätigkeit als Willensvollstrecker dennoch eine Prozessführung in eigener Sache vor (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-3539/2016 vom 8. Juni 2017 Erw. 10.3).

### **E. 9.4**

In eigener Sache prozessierende Rechtsanwälte werden gleich behandelt wie Parteien ohne Rechtsvertreter (R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, La-chen/ St.Gallen 2004, S. 200). Nicht anwaltlich vertretene Verfahrensbeteiligte haben grundsätzlich mangels eines besonderen Aufwands keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3 Bst. c ZPO; vgl. dazu und zum Folgenden: VerwGE B 2013/178 vom 12.

Februar 2014 Erw. 4.3 ff., zusammengefasst in: Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2014/I/6). Dass ihnen gleichwohl ersatzfähige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf deshalb einer besonderen Begründung. Eine Umtriebsentschädigung erfolgt somit nur ausnahmsweise, insbesondere wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, wenn der getätigte Aufwand erheblich ist und zwischen dem betrieblichen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht. Nicht anwaltlich vertretenen Personen spricht das Baudepartement lediglich eine Umtriebsentschädigung ohne Bezugnahme auf den Anwalts- oder einen anderen Branchentarif zu, und zwar praxismässig in der Höhe von Fr. 300.– bis Fr. 500.– (vgl. auch hierzu VerwGE B 2013/178 vom

### **E. 9.5**

Der Rechtsvertreter der Rekurrentin reicht mit Schreiben vom 23. April 2020 eine detaillierte Kostennote in der Höhe von insgesamt Fr. 11'371.55 samt Barauslagen von Fr. 307.55 und Mehrwertsteuer ein. Damit ist dargetan, dass das Rekursverfahren zwar mit einigem Zeitaufwand verbunden war und dass der Rekurrentin dadurch Kosten entstanden sind. Gründe, die es vorliegend jedoch rechtfertigen würden, von der oben dargelegten Praxis in Zusammenhang mit Umtriebsentschädigungen abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Barauslagen gelten mit der Umtriebsentschädigung als abgegolten. Als echter Schadenersatz ist die Umtriebsentschädigung im Gegensatz zu den Anwaltshonoraren nicht mehrwertsteuerpflichtig (HIRT, a.a.O., S. 197 und S. 198 f.). Aufgrund der mehrmaligen Eingaben bedingt durch die Gehörsverletzung ist die Umtriebsentschädigung im oberen Bereich festzusetzen (Fr. 500.–). In Anbetracht des Verfahrensausgangs hat die Rekurrentin indessen nur Anspruch auf die halbe Entschädigung (Fr. 250.–); sie ist vom Staat (Amt für Wasser und Energie) zu bezahlen. Entscheid 1.

a) Das Ausstandsbegehren der Erbengemeinschaft A.\_\_\_\_, bestehend aus B.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ wird abgewiesen.

b) Der Rekurs der Erbengemeinschaft A.\_\_\_\_ wird abgewiesen.

2.

a) Die Mitglieder der Erbengemeinschaft A.\_\_\_\_ bezahlen unter solidarischer Haftung eine Entscheidegebühr von Fr. 2'500.–.

b) Der am 28. September 2018 von der Erbengemeinschaft A.\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– wird angerechnet.

c) Auf die Erhebung der amtlichen Kosten in der Höhe von Fr. 1'500.– beim Staat wird verzichtet.

3.

Das Begehren der Erbengemeinschaft A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird im Sinn der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Der Staat (Amt für Wasser und Energie) entschädigt die Erbengemeinschaft A.\_\_\_\_ ausseramtlich mit insgesamt Fr. 250.–.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann Regierungsrätin

### **E. 12**

Februar 2014 Erw. 5, insbesondere Erw. 5.1 mit Hinweisen).

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 82/2020), Seite 19/19

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.