

SG_PUBLIKATIONEN 23-1822 vom 21. Februar 2023

SG Gerichte, 2023-02-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_23-1822

FR: SG_PUBLIKATIONEN 23-1822 du 21 février 2023

IT: SG_PUBLIKATIONEN 23-1822 del 21 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1.1

Die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes 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 einzutreten.

E. 2

Am 1. Oktober 2017 ist das Planungs- und Baugesetz (sGS 731.1; abgekürzt PBG) in Kraft getreten und das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Der erstinstanzliche Einsprache- und Baubewilligungsentcheid erging am 28. Januar 2020. 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/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

E. 3

Streitgegenstand des vorliegenden Rekurses ist unter anderem der Widerruf einer Baubewilligung.

E. 3.1

Die Baubewilligung stellt eine sogenannte Polizeierlaubnis dar, mit der festgestellt wird, dass dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen, insbesondere baupolizeilichen, umweltrechtlichen und raumplanerischen Hindernisse entgegenstehen (vgl. u.a. A. BAUMANN, in: A. Baumann et al. [Hrsg.], Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 59 N 29 und 32). Für die rechtliche Qualifikation der vorliegend umstrittenen Baubewilligung ist vorab zu unterscheiden zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit. Eine materiell rechtswidrige Baubewilligung tritt bei mangelnder Anfechtung in Rechtskraft und gilt damit als formell rechtmässig erteilt. Gestützt auf eine solche formell rechtmässige Bewilligung darf in der Folge gebaut werden, und die entsprechend erstellte Baute geniesst Bestandesgarantie nach Art. 109 Abs. 1 PBG. Eine Anpassung an den rechtmässigen Zustand kann nur im Rahmen eines rechtskräftigen Widerrufs der materiell rechtswidrigen Baubewilligung nach Art. 28 VRP verlangt werden. Vorbehalten bleibt die Nichtigkeit einer Baubewilligung, welche jederzeit und von Amtes wegen zu beachten ist (B. WALDMANN, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich/Basel/Genf 2016, N 6.22 und 6.23 ff.). Nichtigkeit ist jedoch nur gegeben, wenn die Verfügung einen besonders schweren Mangel

aufweist, dieser offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet.

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 74/2023), Seite 7/12

Zur Nichtigkeit können schwerwiegende Zuständigkeitsfehler, besonders gewichtige Verfahrensfehler, schwere Form- oder Eröffnungs- mängel oder ein ausserordentlich schwerwiegender inhaltlicher Man- gel führen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht,

E. 3.2

Erfordert die Errichtung oder die Änderung einer Baute oder An- lage Verfügungen mehrerer Behörden, so ist nach Art. 25a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (SR 700; abgekürzt RPG) eine Behörde zu bezeichnen, die für ausreichende Koordination sorgt. Im Hinblick auf die anzustrebende inhaltliche Widerspruchsfreiheit der verschiedenen Verfügungen (Art. 25a Abs. 3 RPG) legt Art. 25a Abs. 2 RPG verschiedene Koordinationsgrundsätze fest. Im kantonalen Recht wird der Koordinationsgrundsatz in Art. 132 f. PBG umgesetzt. Die politische Gemeinde hat demnach bei Eingang eines Baugesuchs zu prüfen, ob die Bewilligung einer Baute oder Anlage die Mitwirkung von Stellen des Kantons erfordert. Sind die Unterlagen vollständig, so legt sie diese öffentlich auf und leitet sie mit einer ersten kurzen Stel- lungnahme an die federführende Stelle des Kantons weiter (Art. 133 Bst. c PBG; Ziff. 2.1 des Anhangs zur Verordnung zum Planungs- und Baugesetz [sGS 731.11; abgekürzt PBV]).

4.

Die Vorinstanz erblickt die Fehlerhaftigkeit der Baubewilligung darin, dass das Amt für Wasser und Energie (AWE) als zuständige kantonale Stelle dem Vorhaben nicht zugestimmt hat. Diese Fehlerhaftigkeit ist nachfolgend darzulegen und im Lichte der oben gemachten Ausführ- rungen einzuordnen.

4.1 Nach Art. 19 Abs. 1 GSchG teilen die Kantone ihr Gebiet nach der Gefährdung der ober- und der unterirdischen Gewässer in Gewäs- serschutzbereiche ein. Der Bundesrat erlässt die erforderlichen Vor- schriften. In den besonders gefährdeten Bereichen (vgl. Anhang 4

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 74/2023), Seite 8/12

Ziff. 11 der eidgenössischen Gewässerschutzverordnung [SR 814.201; abgekürzt GSchV]) bedürfen die Erstellung und die Än- derung von Bauten und Anlagen sowie Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten einer kantonalen Bewilligung, wenn sie die Ge- wässer gefährden können (Art. 19 Abs. 2 GSchG). Wer in den beson- ders gefährdeten Bereichen (Art. 19 Abs. 2 GSchG in Verbindung mit Art. 29 Abs. 1 GSchV) sowie in Grundwasserschutzonen und -area- len Anlagen erstellt oder ändert oder wer dort andere Tätigkeiten, die eine Gefahr für die Gewässer darstellen, ausübt, muss die nach den Umständen gebotenen Massnahmen zum Schutz der Gewässer tref- fen; insbesondere muss er die Massnahmen nach Anhang 4 Ziff. 2 GSchV treffen (Art. 31 Abs. 1 Bst. a GSchV). Nach Art. 32 Abs. 2 GSchV ist in den besonders gefährdeten Bereichen (Art. 29 GSchV) eine Bewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG insbesondere erforderlich für Anlagen, die Deckschichten oder Grundwasserstauer verletzen (Bst. b) und für Freilegungen des Grundwasserspiegels (Bst. e). Ist eine Bewilligung erforderlich, müssen die Gesuchsteller nachweisen, dass die Anforderungen zum Schutz der Gewässer erfüllt sind und die dafür

notwendigen Unterlagen (gegebenenfalls hydrogeologische Abklärungen) beibringen (Art. 32 Abs. 3 GSchV). Die Behörde erteilt eine Bewilligung, wenn mit Auflagen und Bedingungen ein ausreichender Schutz der Gewässer gewährleistet werden kann (Art. 32 Abs. 4 erster Satzteil GSchV).

4.2 Nach Art. 28 Abs. 1 des Vollzugsgesetzes zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung (sGS 752.2; abgekürzt GSchVG) erteilt (grundsätzlich) die zuständige Stelle des Kantons Bewilligungen in besonders gefährdeten Bereichen für Erstellung und Änderung von Bauten und Anlagen, die eine Gefahr für die Gewässer darstellen, für Bohrungen, Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten sowie für dauernde Bewässerungen und Entwässerungen. Dabei ist das Amt für Wasser und Energie (AWE) die zuständige Stelle des Kantons für den Vollzug der Gewässerschutzgesetzgebung, soweit keine besonderen Vorschriften gelten (Art. 2 der Verordnung zum Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung [sGS 752.21; abgekürzt GSchVV]). Nach Art. 28 Abs. 2 GSchVG besteht eine Zuständigkeit der politischen Gemeinde, in den Gewässerschutzbereichen Au und Zu die Bewilligung für Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten (Bst. a) sowie für die Erstellung und Änderung von Bauten und Anlagen (Bst. b) zu erteilen, u.a. nur dann, wenn solche Vorhaben über dem mittleren Grundwasserspiegel liegen.

4.3 Aus dem Kurzbericht der E. ___ AG ergibt sich, dass die Sohle der Hauptbaugrube für das infrage stehende Mehrfamilienhaus mit Tiefgarage bei 422,8 m.ü.M. und somit rund 1,8 m unter dem auf dem Baugrundstück ermittelten mittleren Grundwasserspiegel bei 424,6 m.ü.M. zu liegen komme. Aufgrund der ungünstigen Bodeneigenschaften der oberen Schichten sei für die Realisierung des Bauvorhabens eine Pfahlfundation zwingend notwendig. Die Fläche des Gebäudes sowie der Pfähle würden im Grundwasserleiter jedoch zu einer

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 74/2023), Seite 9/12

Durchflussreduktion von 14 % führen. Entsprechend seien Kompensationsmassnahmen notwendig. Als mögliche Massnahme empfehle der Gutachter die Erstellung eines Geröllriegels auf der Aushubsole. Unter Berücksichtigung dieser Kompensationsmassnahme bleibe der Durchfluss gegenüber dem Urzustand gleich.

4.4 Die Sachverhaltsfeststellung, wonach die Sole der Baugrube unter dem mittleren Grundwasserspiegel zu liegen komme und für die Realisierung der Baute eine Pfahlfundation notwendig sei, ist unbestritten. Das Baugesuch hätte somit dem AWE (Art. 28 Abs. 1 GSchVG in Verbindung mit Art. 2 GSchVV) im Rahmen des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens vorgelegt werden müssen, um prüfen zu lassen, ob eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Denn gemäss Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV dürfen im Gewässerschutzbereich Au keine Anlagen erstellt werden, die unter dem mittleren Grundwasserspiegel liegen. Die Behörde kann aber Ausnahmen bewilligen, soweit die Durchflusskapazität des Grundwassers gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um höchstens 10 Prozent vermindert wird. Somit steht fest und ist auch nicht bestritten, dass der Baubewilligung die kantonale Bewilligung gemäss Art. 19 Abs. 2 GSchG bzw. die Ausnahmegewilligung nach Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV fehlt. Ebenfalls unbestritten ist, dass für die Realisierung der Baute auch noch eine Pfählung notwendig ist und diese bis anhin noch keinem Baubewilligungsverfahren unterstellt worden ist.

4.5 Die Rekurrentin vertritt den Standpunkt, dass für die Pfahlfunda- tion und die nachträgliche Erteilung der gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung zwar nochmals ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden müsse. In diesem ginge es aber nur noch um die Pfählung sowie die Einhaltung der Gewässerschutzgesetzgebung. Der Ansicht der Rekurrentin kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Die Foundation des Gebäudes und die damit verbundene bau- liche Unterschreitung des mittleren Grundwasserspiegels sind eine «conditio sine qua non» für die ganze Baute. Insbesondere kann die gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung für das Gebäude so- wie die Foundation nicht als Spezialbewilligung von untergeordneter Bedeutung qualifiziert werden, die separat erteilt werden kann. Es kön- nen daher auch keine Zweifel bestehen, dass die gewässerschutz- rechtliche (Ausnahme-)Bewilligung der Koordinationspflicht gemäss Art. 25a RPG unterliegt (EGV-SZ 2019, B 8.10, Erw. 3.4.1). Für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV ist sodann jeweils eine Interessenabwägung erforder- lich. Aus gewässerschutzrechtlicher Sicht fällt dabei namentlich ins Gewicht, wie gross die Verminderung der Durchflusskapazität inner- halb der zulässigen Bandbreite von 10 Prozent tatsächlich ausfällt und ob ein unterirdisches Gewässer selbst oder bloss ein zu seinem Schutz notwendiges Randgebiet betroffen ist (vgl. Anhang 4 Ziff. 111 Abs. 1 GSchV). Auf Seiten der Gesuchstellenden verdient Berücksich- tigung, inwieweit die Verweigerung einer Bewilligung eine sinnvolle, den übrigen (insbesondere raumplanerischen und umweltrechtlichen) Vorgaben entsprechende Nutzung ihres Grundeigentums erschweren

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 74/2023), Seite 10/12

würde (Urteil des Bundesgerichtes 1C_460/2020 vom 30. März 2021 Erw. 4.2.3). Die Ausnahmegewilligung kann somit gar nicht erteilt wer- den, ohne dass auch das strittige Mehrfamilienhaus in die Interessens- abwägung eingeschlossen wird. Ein gestaffeltes Vorgehen lässt Art. 25a RPG nach der Rechtsprechung nur zu, sofern dadurch die erforderliche materielle und soweit möglich formelle Koordination der Entscheide nicht vereitelt wird (BGE 126 II 26 Erw. 5d). Mit diesen ge- setzlichen Vorgaben an die Koordinationspflicht ist es grundsätzlich nicht zu vereinbaren, wenn einzig deren gewässerschutzrechtliche Be- willigungsfähigkeit geprüft wird und, sofern diese Lösung sich als un- tauglich erweisen sollte, der (Eventual-)Fall einer bautechnisch erfor- derlichen alternativen Lösung (vorliegend Foundation mit Pfählung) auf ein nachfolgendes (Bau-)Bewilligungsverfahren verschoben wird (EGV-SZ 2019, B 8.10, Erw. 3.4.3).

4.6 Aufgrund der fehlenden Ausnahmegewilligung des AWE nach Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV mangelt es vorliegend an einem gül- tigen Gesamtentscheid im Sinn von Art. 133 Bst. f PBG. Die fehlende Ausnahmegewilligung des AWE stellt ein unentbehrliches, konstitutiv wirkendes Element der Bewilligung der Baubehörde dar. Dieser Man- gel kann mit der nachträglichen Beibringung nicht behoben werden, da der Gesamtentscheid ein Gesamtpaket der notwendigen Verfügun- gen und Stellungnahmen der Behörden von Bund, Kanton und politi- scher Gemeinde darstellt (S. STAUB, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 133 N 19). Kommunale Baubewilligungen, die ohne die erforderliche Zustimmung oder Genehmigung durch die kantonale Behörde erteilt werden, entfalten – wie oben dargelegt – keine Rechts- wirkung beziehungsweise sind unter bestimmten Voraussetzungen sogar nichtig. Dies gilt unabhängig davon, ob der Genehmigungsvor- behalt im Bundesrecht oder im kantonalen Recht begründet ist. Mit der Bestimmung von Art. 28 GSchVG wird eine

wirksame Staatsaufsicht gewährleistet, indem die Einhaltung der gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen durch den Kanton erleichtert wird. Würde man einer kommunalen Verfügung ohne notwendige kantonale Bewilligung eine Rechtswirkung zuerkennen, könnte keine wirksame Staatsaufsicht erfolgen und es läge im Belieben der Politischen Gemeinden, die Staatsaufsicht zu untergraben (GVP 2001 Nr. 94 mit Hinweisen; BDE Nr. 17/2018 vom 5. April 2018 Erw. 2.6.1). Die Erteilung der Baubewilligung allein durch die Vorinstanz stellt somit noch keine anfechtbare kommunale Verfügung dar (BUDE Nr. 68/2023 vom 15. August 2023 Erw. 1.2.1; BUDE Nr. 53/2023 vom 23. Mai 2023 Erw. 3.6; BDE Nr. 44/2021 vom 23. Juni 2021 Erw. 1.6.3 und 2; BDE Nr. 5/2020 vom 17. Januar 2020 Erw. 2.1.7). Die streitbetroffenen Baubewilligungen vom 28. Januar 2020 entfalten daher keine Rechtswirkung. Daran ändert auch nichts, dass die strittigen Baubewilligungen Gegenstand eines Rekursverfahrens waren. Zum einen war die Frage der Ausnahmegewilligung nicht Thema. Zum anderen wurde der Rekurs zurückgezogen, so dass die strittige Baubewilligung materiell nicht beurteilt wurde. Auch bestanden bei der damaligen Aktenlage keine Hinweise

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 74/2023), Seite 11/12

auf eine offensichtliche Missachtung klaren Rechts, wesentlicher Verfahrensvorschriften oder öffentlicher Interessen, weshalb auch kein Grund für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten bestanden hat.

4.7 Der angefochtene Widerruf kommt in der vorliegenden Konstellation einer der Transparenz dienenden Feststellung gleich, wonach die Baubewilligungen unwirksam sind. Insoweit ist der Widerruf auch ohne Prüfung der eigentlichen Widerrufsgründe nicht zu beanstanden. Die gemachten Erwägungen zeigen aber, dass das gewichtige öffentliche Interesse am Grundwasserschutz sowie an der Einhaltung der gesetzlichen Ordnung einen Widerruf grundsätzlich ohnehin rechtfertigen würden. Umso mehr als die Rekurrentin von ihrer Baubewilligung noch nicht Gebrauch gemacht hat. Ein allfälliger Vertrauensschutz würde entsprechend geringer ins Gewicht fallen. Der angefochtene Entscheid sowie die vorinstanzlichen Erwägungen wären somit selbst unter dem Gesichtspunkt von Art. 28 VRP nicht zu beanstanden.

5.

Damit erweist sich der Rekurs gegen den Widerruf als unbegründet. Aufgrund des Gesagten wird die Rekurrentin bzw. die Vorinstanz das Baugesuch betreffend Neubau des Mehrfamilienhauses um die Pfahlfundation zu ergänzen, beim AWE die fehlende Ausnahmegewilligung einzuholen und die Vorinstanz alsdann erneut – im Rahmen eines Gesamtentscheids – über das Mehrfamilienhaus und die Erdsondenbohrung zu befinden haben. Zumal die strittigen Baubewilligungen unwirksam sind, hat die Geltungsdauer der Baubewilligungen gemäss Art. 148 Abs. 1 PBG noch nicht zu laufen begonnen bzw. entfalten diese keine Rechtswirkung. Damit erweist sich der Rekurs insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen. Der Verfahrensantrag um vorsorgliche Verlängerung der Geltungsdauer der Baubewilligungen während des Rekursverfahrens ist durch vorliegenden Entscheid in der Sache zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

6.

6.1 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 Fr.

3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten der Rekurrentin zu überbinden.

6.2 Der von der Rekurrentin am 17. März 2023 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist anzurechnen.

7.

Die Rekurrentin stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

7.1 Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie auf Grund der Sach- und Rechtslage notwendig und ange-

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 74/2023), Seite 12/12

messen 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).

7.2 Da die Rekurrentin mit ihren Anträgen unterliegt, hat sie von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Ihr Begehren ist deshalb abzuweisen. Entscheid 1.

Der Rekurs der A.____ AG wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um vorsorgliche Verlängerung der Geltungsdauer der Baubewilligungen wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

3.

a) Der A.____ AG wird eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– auferlegt.

b) Der am 17. März 2023 von der A.____ AG geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird angerechnet.

4.

Das Begehren von A.____ AG um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann Regierungsrätin

E. 8

Auflage, Zürich/St.Gallen 2020, N 1098, 1102 ff.). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, gilt eine gestützt auf eine solche Bewilligung erstellte Baute als formell und materiell rechtswidrig (WALDMANN, a.a.O., N 6.25).

Formelle Rechtswidrigkeit einer Baute liegt vor, wenn eine Baute ohne oder ohne genügende Baubewilligung erstellt wurde. Kann die erforderliche Bewilligung auf Gesuch hin nachträglich erteilt werden, so ist der Mangel geheilt. Andernfalls gilt eine entsprechende Baute als formell und materiell rechtswidrig (WALDMANN, a.a.O., N 6.4 f. und 6.10; MÄDER, a.a.O., N 656 f.).

Ist eine Baute sowohl formell als auch materiell rechtswidrig, so hat die Behörde grundsätzlich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu prüfen (WALDMANN, a.a.O., N 6.28). Wird im Fall formeller Rechtswidrigkeit kein Gesuch um nachträgliche Bewilligung gestellt, so bleibt es auch bei einer materiell rechtmässigen Baute bei der formellen Rechtswidrigkeit (vgl. Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2013/III/6).

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