

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/219 vom 28. Februar 2019

Sg Verwaltungsgericht, 2019-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_B_2018_219

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/219 du 28 février 2019

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2018/219 del 28 febbraio 2019

Regeste

Bau- und Strassenrecht, Baubewilligung, Strassenbauprojekt, Nichteintreten, amtliche Kosten im Baueinspracheverfahren, Praxisänderung, Art. 94 VRP, Art. 39 ff., Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2 Ingress und lit. g StrG. In Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung obliegt es neu grundsätzlich nicht mehr den (unterliegenden) Einsprechenden, die amtlichen Kosten der zum Hauptgesuch akzessorischen Einsprache im erstinstanzlichen Planungs- oder Baubewilligungsverfahren zu bezahlen (E. 3). Der vorliegend zu beurteilende Bauvorhaben überschreitet in Bezug auf die geplanten Küchenoblichter die maximal zulässigen Höhenausdehnungen, weshalb der angefochtene Entscheid und damit auch sämtliche erstinstanzlichen Entscheide (Devolutiveffekt) in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben waren (E. 9), (Verwaltungsgericht, B 2018/219). Auf ein Gesuch um Erläuterung dieses Entscheids trat der Abteilungspräsident mit Entscheid VerwGE B 2019/66 vom 21. März 2019 nicht ein. Entscheid vom 28. Februar 2019

Erwägungen

E. 1

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59 bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 1. Oktober 2018 (act. 1) erfolgte rechtzeitig und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 31. Oktober 2018 (act. 5) formal und inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Die Beschwerdeführerin ist zur Ergreifung des Rechtsmittels berechtigt (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten. Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit damit die Aufhebung der Einspracheentscheide der Beschwerdebeteiligten vom 26. September 2017 und der Baubewilligung vom 29. September 2017 beantragt wird (Devolutiveffekt, vgl. BGer 1C_560/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 134 II 142 E. 1.4). Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit die Beschwerdeführerin nachträglich beantragt, ihr sei für das Baugesuch- und Strassenplanverfahren im Jahr 2015 eine Parteientschädigung zuzusprechen (act. 5, S. 12-14, Ziff. IV/7). Soweit sie eine solche Entschädigung in den vorangegangenen Verfahren beantragt hat, wäre es ihr offen gestanden, den Kostenspruch im Rekursentscheid vom 5. Juli 2016 (ausseramtliche Entschädigung nur für die Rekursverfahren) anzufechten, was sie offenbar unterlassen hat. Ferner ist auf die Beschwerde mangels Beschwer nicht einzutreten, soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Verlegung der Rechtsberatungskosten im erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren wehrt (act. 5, S. 12 Ziff. IV/6). Diese Kosten wurden der

Beschwerdegegnerin auferlegt (vgl. Baubewilligung vom 29. September 2017, Beilage zu act. 11/1, S. 6 Ziff. 62). Die Rechtsprechung erfolgt in Fünferbesetzung, weil mit vorliegendem Entscheid hinsichtlich der Kosten im Baueinspracheverfahren von der bisherigen, ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts abgewichen (Praxisänderung) wird (vgl. Art. 18 Abs. 3 Ingress und lit. b Ziff. 3 des Gerichtsgesetzes; GerG, sGS 941.1, und E. 3 hiernach).

E. 2

Die erstinstanzlichen Entscheide der Beschwerdebeteiligten ergingen am 26./29. September 2017 (Beilagen zu act. 11/1) und damit vor Inkrafttreten des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1, PBG) am 1. Oktober 2017 (nGS 2017-049). Auf das strittige Bauvorhaben bleibt somit das bis 30. September 2017 gültige Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz; nGS 32-47, BauG, in der Fassung vom 1. Januar 2015) anwendbar, soweit das PBG für die Baugesuchsteller nicht günstiger ist (Art. 173 PBG). Ist das Bauvorhaben unter dem früheren Baurecht bewilligungsfähig, erübrigt es sich zu prüfen, ob es unter dem neuen bewilligt werden könnte.

E. 3

Die Beschwerdeführerin beanstandet vorab die Kostenaufgabe im Baueinspracheentscheid vom 26. September 2017 (act. 5, S. 14 Ziff. IV/8). Für die Kostenaufgabe im Baubewilligungsverfahren gilt grundsätzlich Art. 94 VRP (Verursacherprinzip, vgl. B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 971). Im Baueinspracheverfahren war dagegen nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Art. 95 Abs. 1 VRP anwendbar (vgl. noch VerwGE B 2015/277; B 2015/280 vom 28. März 2017 E. 9.4, www.gerichte.sg.ch, VerwGE B 2002/155 vom 22. Mai 2003 E. 2d sowie VerwGE B 2000/163 vom 25. Oktober 2000 E. 2, in: GVP 2000 Nr. 51 je mit Hinweisen, siehe auch R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St. Gallen 2004, S. 42 ff., Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 747 ff., und W. E. Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Zürich 1979, S. 87 ff., abweichend: U. P. Cavelti, Die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen 1994, S. 187 ff.). Diese Praxis lässt sich mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin angerufene bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht mehr halten. Danach obliegt es nach dem Störer- und Verursacherprinzip nicht den Einsprechenden, die Kosten der zum Hauptgesuch akzessorischen Einsprache im erstinstanzlichen Planungs- und Baubewilligungsverfahren zu übernehmen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann lediglich bei offensichtlich missbräuchlicher Einspracheerhebung gemacht werden, die einer widerrechtlichen Handlung entspricht. Hingegen können die Kosten dem Einsprecher nicht mit der Begründung auferlegt werden, er habe "ohne Notwendigkeit" gehandelt (vgl. BGE 143 II 467 E. 2.5-3 mit Hinweisen, in: Pra 2018 Nr. 94, BR 2018, S. 117, und SJZ 114/2018, S. 424, in Bezug auf das mit Art. 78 ff. BauG und Art. 135 ff. PBG vergleichbare Baubewilligungs- und Einspracheverfahren nach jurassischem Recht). In Abänderung der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichts erweist sich die Beschwerde in diesen Punkt als begründet.

E. 4

Die Beschwerdeführerin bringt zudem vor (act. 5, S. 10 f. Ziff. IV/4), die Vorinstanz hätte hinsichtlich der Belagererneuerung auf ihren Rekurs eintreten müssen. Diese bilde Bestandteil des Strassenbauprojekts Umgestaltung D.__weg. In ihrer Einsprache vom 4. Januar 2017 (act. 11/8/70) beantragte die Beschwerdeführerin, das Strassenbauprojekt Umgestaltung D.__weg sei insoweit anzupassen, als von einem Belagsersatz des D.__wegs im Bereich des Grundstücks Nr. 2__ abzusehen sei. Gemäss dem Situationsplan vom 2. November 2016 (act. 11/8/64, "Projekt Fussweg") umfasste dieses vom 6. Dezember 2016 bis 4. Januar 2017 nach Art. 39 ff. des Strassengesetzes (sGS 732.1, StrG) öffentlich aufgelegte Strassenbauprojekt die Verlegung des D.__wegs auf Parzelle Nr. 6__. Auf Parzelle Nr. 7__ entlang des Grundstücks Nr. 2__ der Beschwerdeführerin blieb der D.__weg davon unberührt. Zudem ging die Vorinstanz in Erwägung 3.2 des angefochtenen Entscheids (act. 9, S. 7) mit Recht davon aus, dass es sich beim Belagsersatz um blossen Strassenunterhalt im Sinn von Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2 Ingress und lit. g StrG handelt (vgl. dazu VerwGE B 2012/69; B 2012/70 vom 19. Dezember 2013 E. 3.2.1.3 mit Hinweis), welcher nicht Gegenstand des Strassenbauplanverfahrens bildet. Demnach hätte bereits die Beschwerdebeteteiligte mit Einspracheentscheid vom 26. September 2017 zum Strassenbauprojekt Umgestaltung D.__weg (Beilage zu act. 11/1) auf die Einsprache der Beschwerdeführerin vom 4. Januar 2017 nicht eintreten dürfen. Daran ändert nichts, dass sie mit Schreiben vom 24. August 2017 (act. 11/8/15) sowie im Einspracheentscheid vom 26. September 2017 (Beilage zu act. 11/1 E. B/2 und Dispositiv-Ziffer 1) festhielt, dass der D.__weg auf Parzelle Nr. 7__ mit einem Asphaltbelag befestigt bleibe und der Belag erneuert werde. Das Strassenbauprojekt erfuhr im Bereich des Grundstücks Nr. 2__ deswegen keine Anpassung. Lediglich auf dem Umgebungsplan der Beschwerdegegnerin vom 26. Januar 2017, revidiert am 22. August 2017, welcher Bestandteil der Gesuchsunterlagen zum Bauvorhaben auf Parzelle Nr. 1__ bildete (act. 11/8/21), wurde als Hinweis "Ankerweg bestehend" vermerkt. Das Baubewilligungsverfahren vermag das Planverfahren indessen nicht zu ersetzen (vgl. dazu Art. 39 Abs. 1 Satz 2 StrG e contrario und VerwGE B 2015/268 vom 23. Februar 2017 E. 11.2 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch).

E. 5

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend (act. 5, S. 11 f. Ziff. IV/6, act. 19 Ziff. 1), die Einspracheentscheide vom 26. September 2017 seien von den gleichen Personen, namentlich von RA V.__ und den Mitarbeitern der Bauverwaltung, vorbereitet worden, wie all die vorangegangenen Entscheide der Beschwerdebeteteiligten in Sachen M.__überbauung. Dass in der Baubewilligung das Honorar von RA V.__ unzulässigerweise der Beschwerdegegnerin auferlegt worden sei, erwecke zumindest gegen aussen den Anschein der Befangenheit. Darüber hinaus habe die Beschwerdebeteteiligte im erstinstanzlichen Verfahren mit der Beschwerdegegnerin mehrfach kommuniziert, ohne dass entsprechende Aktennotizen erstellt worden wären. Dies habe sie selbst zugestanden.

E. 5.1

Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV, siehe Art. 4 lit. a der Verfassung des Kantons St. Gallen; SR 131.225, sGS 111.1, KV) garantiert vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen ein faires Verfahren. In Verfahren vor nichtgerichtlichen Behörden gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung; das Gebot der Unbefangenheit bildet einen Teilgehalt dieses Grundrechts. Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit können

nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden. Kern der Garantie der Unbefangenheit bildet indes sowohl für Behördenmitglieder wie für Mitglieder der Gerichte, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung eines Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben. Der Anspruch auf Unparteilichkeit der Verwaltungsbehörde bringt mit sich, dass kein befangenes Behördenmitglied an Entscheid mitwirken darf. In Analogie zu Art. 30 Abs. 1 BV verpflichtet Art. 29 Abs. 1 BV eine Amtsperson zum Ausstand, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (vgl. BGer 2C_807/2015 vom 18. Oktober 2016 E. 2.1.1 und BGer 1C_903/2013 vom 10. August 2015 E. 2.1 je mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 140 I 326 E. 5.2 und 6, sowie VerwGE B 2017/93 vom 28. März 2018 E. 3.2 und VerwGE B 2013/166 vom 4. Dezember 2014 E. 2.2 ff. je mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch). Eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz führt nicht zur Befangenheit (Art 7 Abs. 1 lit. c VRP) der erneut mit der Sache befassten Personen. Es müssen vielmehr weitere Gründe hinzukommen (vgl. Breitenmoser/Spori Fedail, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 10 Rz. 76). Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die an den Einspracheentscheiden vom 26. September 2017 beratend oder instruierend mitwirkenden Mitarbeiter der Bauverwaltung sowie der Rechtsberater der Beschwerdebeteiligten die Sache nicht mehr mit der nötigen Distanz und Objektivität beurteilten und dadurch den Anschein der Befangenheit erweckten. Allein der Umstand, dass sich diese nach der Aufhebung der Einspracheentscheide vom 16. Juni 2015 und 22. September 2015 durch das Baudepartement gemäss Art. 2 Abs. 1 Satz 1 und Art. 80 Abs. 1 BauG sowie Art. 2 Abs. 3 des Baureglementes der Politischen Gemeinde Z.___ (BauR) erneut mit der "M.___überbauung" auf Parzelle Nr. 1___ befassten, führt nach dem Gesagten (analog) nicht zur Befangenheit. Objektiv betrachtet vermag daran der Umstand, dass der Beschwerdegegnerin die Rechtsberatungskosten auferlegt wurden (vgl. Baubewilligung vom 29. September 2017, Beilage zu act. 11/1, S. 6 Ziff. 62), nichts zu ändern, selbst wenn sich eine solche Verpflichtung gemäss der Beschwerdeführerin als rechtsfehlerhaft erweisen würde. Es kann nicht gesagt werden, der Rechtsberater der Beschwerdebeteiligten sei deswegen auch von der Beschwerdegegnerin mandatiert worden. Zu keinem anderen Schluss führt auch, dass die Stellungnahme der Beschwerdebeteiligten vom 3. Dezember 2018 zunächst versehentlich vom Vizepräsidenten des Gemeinderates N.___, welcher sich im erstinstanzlichen Verfahren im Ausstand befand (Beilagen zu act. 11/1), unterschrieben wurde (vgl. act. 14, 16 f.). Daraus lassen sich keine Rückschlüsse auf die Befangenheit der Mitarbeiter der Bauverwaltung sowie des Rechtsberaters der Beschwerdebeteiligten in den erstinstanzlichen Verfahren ziehen. Wie die Vorinstanz in Erwägung 4 des angefochtenen Entscheids (act. 9, S. 7-9) im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat, liegt keine Verletzung des Gebots der Unbefangenheit vor.

E. 5.2

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört unter anderem das Recht der Betroffenen, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör wird zudem eine allgemeine Aktenführungspflicht der Behörden abgeleitet, als Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien. Dazu gehört die

Pflicht zur Protokollierung entscheidrelevanter Abklärungen, Einvernahmen und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren (vgl. BGE 142 I 86 E. 2.2 und BGE 138 V 218 E. 8.1.2 je mit Hinweisen sowie Krauskopf/Emmenegger/Babey, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 12 Rz. 42 ff.). Die Beschwerdebeteiligte hat mit Schreiben vom 28. Februar 2018 (act. 11/11) eingeräumt, dass der Kontakt zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin in den erstinstanzlichen Verfahren neben dem aktenkundigen E-Mailverkehr auch einzelne Telefonate umfasste. Inwiefern diese Telefonate oder der E-Mailverkehr in den erstinstanzlichen Verfahren entscheidrelevant gewesen sein sollten, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht weiter dargetan (vgl. hierzu auch E. 5.2 des angefochtenen Entscheids, act. 9, S. 10 f.). Damit ist davon auszugehen, dass es sich dabei nicht um Sachverhaltsabklärungen handelte, welche zur Wahrung des rechtlichen Gehörs aller Beteiligten mittels Protokollen oder Tonaufzeichnungen zu belegen gewesen wären. Anders zu entscheiden hiesse, überhöhte Anforderungen an die Aktenführungspflicht der Beschwerdebeteiligten zu stellen, welche die Bauherrschaft auch zu beraten hat (vgl. Art. 2 Abs. 3 Satz 2 BauR). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Dahingestellt bleiben kann, ob es sich bei den Telefonaten um zulässige und taugliche Beweismittel gehandelt hätte (vgl. dazu BGE 117 V 282 E. 4c mit Hinweisen).

E. 6

Zusätzlich zu den Akten des Verfahrens B 2016/164 sowie den Vorakten wurden aus dem vorangegangenen Verfahren die Vereinbarung vom 20./21. August 2014 (act. 24.1), der Rekursentscheid vom 5. Juli 2016 (act. 23.1) und der Gestaltungsplan O.__ im Massstab 1:500 (act. 27.1) vom Amtes wegen beigezogen. Darüber hinaus stellt die Beschwerdeführerin die Beweisanträge, es seien die kompletten Akten der Beschwerdebeteiligten zum vorangegangenen Investorenwettbewerb, zum Gestaltungsplan- sowie zu den vorangegangenen Baubewilligungs-, Strassenplan- und Strassenbauprojektverfahren beizuziehen; die Vorinstanz sei zu verpflichten, die kompletten Akten der vorangegangenen drei Rekursverfahren zu überweisen; es seien die digitalen Baupläne sowie Gutachten über die Einhaltung der Baubereiche und über den zusätzlichen Schattenwurf, der durch die geplante Überbauung gegenüber einer nach Regelbauweise zulässigen Überbauung entsteht, einzuholen (act. 5, S. 2 Ziff. II/5, S. 6 Ziff. IV/1c, S. 9 Ziff. IV/3). Auf die von der Beschwerdeführerin zusätzlich beantragten prozessualen Vorkehren kann verzichtet werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse ergeben sich aus den Verfahrensakten (vgl. dazu BGer 8C_649/2017 vom 4. Januar 2018 E. 7.6.2 mit Hinweisen). Aus demselben Grund durfte die Vorinstanz davon absehen, Nachmessungen zur Einhaltung der Baubereiche durch das Hochbauamt oder das Raumplanungsamt zu veranlassen. Demzufolge kann ihr deswegen – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (act. 5, S. 6 Ziff. IV/1c) – keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorgehalten werden.

E. 7

Die Beschwerdeführerin hält sodann beiläufig dafür (act. 5, S. 10 Ziff. IV/3), der Gestaltungsplan O.__ könne nicht Grundlage des vorliegenden Verfahrens sein, da er unter grober Verletzung der Ausstandsvorschriften zustande gekommen sei. Soweit sie damit die Rechtmässigkeit des Gestaltungsplans O.__ (Beilage zu act. 11/9) bestreiten will, sind die Voraussetzungen für eine akzessorische Anfechtung dieses Plans im vorliegenden Verfahren offensichtlich nicht erfüllt (vgl. dazu BGer 1C_62/2018 vom 12. Dezember 2018

E. 5.1, zur Publikation vorgesehen, und VerwGE B 2013/49 vom 8. Juli 2014 E. 4.2.2 je mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch, bestätigt mit BGer 1C_444/2014 vom 27. Januar 2015, und E. 6.2 des angefochtenen Entscheids, act. 9, S. 12). Darüber hinaus behauptet sie nicht, dass der Gestaltungsplan O.___ nichtig sei. Dessen ungeachtet war sie bereits im Gestaltungsplanverfahren anwaltlich vertreten und zog ihren Rekurs vom 3. Januar 2014 gegen den Gestaltungsplan O.___ nach Abschluss des Vergleichs vom 20./21. August 2014 offenbar zurück, ohne ein Ausstandsbegehren gestellt zu haben (vgl. zum Zeitpunkt des ersten Ausstandsgesuchs act. 19 Ziff. 1a). Auch reichte sie bis dato kein Begehren um Wiederaufnahme (Art. 81 ff. VRP) des Rekursverfahrens betreffend Gestaltungsplan O.___ bei der Vorinstanz ein (vgl. zur Frist Art. 83 Abs. 1 VRP). Damit hat sie den Anspruch auf die Ausstandsrüge verwirkt (vgl. zur Heilung im Rechtsmittelverfahren BGE 114 Ia 153 E. 3a/bb mit Hinweisen und zur Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin R. Kiener, in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, § 5a Rz. 43 ff.). Ferner ist keine besonders schwere Verletzung der Ausstandspflicht (persönliche Interessen, vgl. E. 2.4.3 des Rekursentscheides vom 5. Juli 2006, act. 23.1, S. 14) erkennbar, welche eine Aufhebung des Plans von Amtes wegen hätte rechtfertigen können (vgl. hierzu VerwGE B 2017/152; B 2017/153 vom 23. Mai 2018 E. 4.1 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch, sowie R. Kiener, in: A. Griffel [Hrsg.], a.a.O., § 5a Rz. 54). Trotz gegenteiliger Meinung der Beschwerdeführerin bildet der Gestaltungsplan O.___ demnach Grundlage für die Beurteilung des vorliegend strittigen Bauvorhabens auf Parzelle Nr. 1__.

E. 8

Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin (act. 5, S. 4-7 Ziff. IV/1, act 19 Ziff. 4), der Gebäudekörper des Hauses Nr. III befinde sich, insbesondere in Bezug auf die Attikafläche und die Rahmen der Fenster und die Fenstersimse, nicht innerhalb des Baubereichs III.

E. 8.1

Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der besonderen Vorschriften zum Gestaltungsplan O.___ (besV) legen die Baubereiche Hauptbauten die maximale horizontale Ausdehnung der oberirdischen Überbauung fest. Attikageschosse über den Vollgeschossen sind innerhalb der Baubereiche Attikageschoss zulässig (Art. 7 Abs. 1 besV). Aus dem massgebenden (vgl. Art. 1 Abs. 1 besV) Gestaltungsplan O.___, Massstab 1:500 (act. 27.1), ergeben sich für die drei Baubereiche Hauptbauten bzw. Attikageschoss I bis III folgende maximale horizontalen Ausdehnungen: 25.25 m (Länge) x 21.25 m (Breite) resp. 17.75 m x 17.25 m (Baubereich I), 23.50 m x 20.75 m resp. 15 m x 13.25 m (Baubereich II) sowie 23.40 m x 17 m resp. 19 m x 11.50 m (Baubereich III). Nach den öffentlich aufgelegten Bauplänen vom 2. November 2016 (act. 11/8/44, 47-53) und den am 5. Mai 2017, 11. Juli 2017 resp. 22. August 2017 revidierten Bauplänen (act. 11/8/20 f., 24-29) halten die strittigen Neubauten (horizontale Ausdehnung Haus Nr. I: 24.90 m x 21 m, Haus Nr. II: 22.65 m x 19.80 m sowie Haus Nr. III: 23.40 m x 16.65 m) die Vorgaben der Baubereiche I bis III für Hauptbauten ein. Dasselbe gilt auch für die Attikageschosse (horizontale Ausdehnung Haus Nr. I: 17.10 m x 16.35 m, Haus Nr. II: 14.10 m x 12.15 m sowie Haus Nr. III: 17.70 m x 11.05 m). Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Resultate der digitalen Nachmessungen der P.___AG vom 3. Februar 2017 (act. 11/8/7/2) beruft, ist zum einen festzuhalten, dass die digitalen Pläne nicht massgeblich für die Beurteilung des strittigen Bauvorhabens sind (vgl. Art. 80 Abs. 2 f. BauG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 e contrario BauR). Zum anderen liegen die festgestellten drei

Abweichungen von wenigen Zentimetern innerhalb der Bau- und Messtoleranzen (vgl. VerwGE B 2011/106 vom 20. März 2012 E. 5.6 mit Hinweis auf BGer 1C_407/2010 vom 21. Februar 2011 E. 3.3, www.gerichte.sg.ch). Des Weiteren lässt sich den revidierten Bauplänen (Grundrisse Erdgeschoss, 1. Obergeschoss und Attikageschoss) vom 5. Mai 2017/11. Juli 2017 (act. 11/8/24 f. und 28) im Vergleich zu den Plänen vom 2. November 2016 entnehmen, dass Haus Nr. I den Baubereich I Richtung Osten einhält (Abstand von mindestens 5.00 m zur Parzelle Nr. 6__). Demzufolge wurde die im Bericht der P.__AG festgestellte Überschreitung des Baubereichs I behoben, welche gemäss diesem Bericht die einzige nicht mehr in der Masstoleranz liegende Abweichung ist. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, wie es sich in diesem Zusammenhang mit den Folgen der Ergebnislosigkeit der Beweisführung (vgl. hierzu Art. 12, Art. 21 Abs. 3 und Art. 58 Abs. 1 VRP, Art. 80 BauG, Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; SR 210, ZGB, sachgemäss und VerwGE B 2011/106 vom 20. März 2012 E. 5.3, a.a.O., mit Hinweis auf Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 589 ff.) sowie dem Beweiswert des Berichts der P.__AG als Privatgutachten (vgl. VerwGE B 2017/59 vom 23. März 2018 E. 4.1 mit Hinweis auf VerwGE B 2016/7 vom 28. Juni 2016 E. 5.2, www.gerichte.sg.ch) verhalten hätte. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sieht im Übrigen weder das BauG noch das PBG den Erlass eines privaten Gestaltungsplans vor (vgl. Art. 28 Abs. 1 BauG und Art. 23 Abs. 1 PBG, anders etwa § 85 Abs. 1 des Zürcher Planungs- und Baugesetzes; LS 700.1, PBG-ZH).

E. 8.2

Wie sich den (revidierten) Grundrissplänen (1.-3. Obergeschoss, act. 11/8/25-27, 49-51) und Ansichten (act. 11/8/34 f., 58 f.) sowie den Detailplänen "Dachrand 3. OG" und "Fenster Standard" je vom 19. August 2015 (act. 11/13/2 f.), auf welche sich die vorinstanzliche und erstinstanzliche Beurteilung abstützte (vgl. dazu Art. 25 Abs. 3 BauR), sodann entnehmen lässt, kragen die Fenstersimse und Blechabschlüsse zu den Dachrändern um 0.03 m über die projektierten Fassaden vor. Diesbezüglich stellt sich die Vorinstanz mit der Beschwerdebeteiligten auf den Standpunkt, dass "untergeordnete Bauteile", welche technisch bedingt seien, nur wenige Zentimeter über die Fassade hinausragten und nicht der Erweiterung der Nutzfläche dienten, namentlich Fensterläden und -zargen, aussen angeschlagene Fensterrahmen, Deckleisten bei Bretterfassaden, Metallabschlüsse von Flachdachrändern, Beschläge an Fassaden, Hausnummern usw., über die festgesetzten Baubereiche vorstehen dürften (vgl. E. 8.2 des angefochtenen Entscheids, act. 9, S. 14, E. B/5 des Einspracheentscheides vom 26. September 2017 Beilage zu act. 1/1, und act. 17 Ziff. II, siehe auch Ausführungen der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme vom 27. November 2018, act. 13, S. 4 Rz. 9). Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber unter Berufung auf die Rechtsprechung der Vorinstanz (vgl. Juristische Mitteilungen des Baudepartements 2015/I/3, www.sg.ch) der Meinung, bei den Baubereichen handle es sich um Markierungslinien im Sinn von Art. 24 bis Abs. 1 BauG, durch welche die Lage und die höchstzulässige horizontale Ausdehnung von Bauten und Anlagen festgelegt würden (vgl. demgegenüber H. Hess, in: Das III. Nachtragsgesetz zum st. gallischen Baugesetz: Planungsrecht, Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen vom 7. April 1997, S. 8 f., siehe auch VerwGE B 2013/199 vom 25. August 2015 E. 5.2, www.gerichte.sg.ch, sowie Art. 28 Abs. 1 BauG sowie VerwGE B 2014/194 vom 28. Juni 2016 E. 4.1 und VerwGE B 2013/167 vom 4. Dezember 2014 E. 3.1 je mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch). Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben. Insbesondere muss nicht untersucht werden, ob Art. 6 Abs. 1 Satz 1 und Art. 7

Abs. 1 besV betreffend "untergeordnete Bauteile" eine zu füllende Lücke enthält oder diesbezüglich ein qualifiziertes Schweigen des kommunalen Gesetzgebers vorliegt (vgl. dazu VerwGE K 2015/4 vom 30. Mai 2017 E. 3.4 sowie VerwGE B 2014/171 vom 25. Februar 2016 E. 2.3 je mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch, und BGE 143 IV 49 E. 1.4.2 mit Hinweisen, siehe hierzu auch Art. 76 und Art. 81 Abs. 2 PBG sowie Art. 4 Abs. 2 der Strassenverordnung; sGS 732.11, StrV, und den Begriff "untergeordnete Einzelheiten" in Art. 149 Abs. 1 PBG, sowie Ausnahmeregelung für nachträgliche Wärmedämmung in Art. 108 Abs. 1 bis 3 PBG). Wie zu zeigen sein wird (vgl. E. 9.2 hiernach) ist der angefochtene Entscheid bereits aus anderen Gründen aufzuheben.

E. 9

Ferner ist nicht umstritten, dass die geplanten Neubauten grundsätzlich die im Gestaltungsplan O.__ maximal zulässigen Höhenvorschriften in Bezug auf die Anzahl Vollgeschosse sowie die Gebäudehöhe (Art. 60 BauG) resp. Attika- oder Firsthöhe (Art. 12 BauR) einhalten. Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Tabelle besV sind folgende Höhenkoten vorgeschrieben: maximal 458.50 m ü.M. (Gebäudehöhe) bzw. 461.60 m ü.M. (Attika- oder Firsthöhe, Baubereich I), 459.10 m ü.M. bzw. 462.20 m ü.M. (Baubereich II) sowie 459.70 m ü.M. bzw. 462.80 m ü.M. (Baubereich III). Überschreitungen der vorgegebenen Masse sind nicht zulässig (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 7 Abs. 2 besV). Die Beschwerdeführerin wendet nun ein (act. 5, S. 7 f. Ziff. IV/2), die maximal zulässigen Höhenausdehnungen seien wegen der geplanten Abluftkamine, der Absturzsicherungen und der Küchenoblichter überschritten.

E. 9.1

Wie sich aus den revidierten Bauplänen vom 5. Mai 2017 (Dachaufsicht, Schnitte A&B, Schnitte C&D, Schnitt E&F, Schnitt G, Ansichten D.__weg und Ansichten B.__strasse, act. 11/8/29-35) ergibt, überschreiten die geplanten Absturzsicherungen auf der Attikaterrasse in der Tat die zulässige Gebäudehöhen. Zudem überschreiten die Abluftkamine sowie die Rauch- und Wärmeabzugsvorrichtungen (RWA) und die Oblichter (OL) die zulässige Attika- oder Firsthöhen (Art. 12 BauR). Brüstungen sind im Gestaltungsplan O.__ nicht speziell geregelt. Folglich ist diesbezüglich die Regelung von Art. 8 Abs. 4 BauR subsidiär anwendbar (vgl. Art. 1 Abs. 2 besV). Danach dürfen offene oder geschlossene Brüstungen die Gebäudehöhe um maximal 1.20 m überschreiten. Diese Vorgaben halten die geplanten, maximal 1.00 m hohen Absturzsicherungen ein (siehe hierzu auch Art. 52 BauG und Auflage Ziff. 13 der Baubewilligung vom 29. September 2017, Beilage zu act. 11/1). Bezüglich der übrigen Anlagen bestätigte die Vorinstanz in Erwägung 9 des angefochtenen Entscheids (act. 9, S. 14 f.) die von der Beschwerdebeteiligten erdachte Argumentationskonstruktion, wonach es sich dabei um technisch notwendige Aufbauten und Anlagen handelt, welche gemäss Art. 13 Abs. 2 besV selbst dann zulässig seien, wenn sie die im Gestaltungsplan O.__ festgesetzten Höhenkoten überschreiten würden. Art. 13 Abs. 2 besV ist dem Untertitel lit. D Gestaltung und nicht wie Art 6 f. besV dem Untertitel lit. C Überbauung zugeordnet. Systematisch betrachtet ist Art. 13 Abs. 2 besV somit als Gestaltungsvorschrift zu qualifizieren (vgl. dazu auch Art. 8 Abs. 3 BauR). Der Beschwerdebeteiligten kommt bei der Auslegung der kommunalen Vorschriften indes Autonomie zu. Dabei hat sich das Verwaltungsgericht eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (vgl. hierzu VerwGE B 2013/116 vom 14. Mai 2014 E. 3.1 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch, sowie VerwGE B 2018/99 vom 13. Januar 2019 E. 5.3.2 mit Hinweisen auf B. Heer, a.a.O., Rz. 66; VerwGE B 2013/28 vom 12. Februar 2014

E. 3.3.3, Planungs- und Baugesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 11. August 2015, in: ABI 2015 S. 2399 ff., S. 2407). Folglich durfte die Beschwerdebeteiligte Art. 13 Abs. 2 besV auch den Sinn beimessen – "sind gestattet" –, dass technisch bedingte Aufbauten und Anlagen die Höhenmasse nach Art. 6 f. besV nicht einhalten müssen, ohne Recht zu verletzen. Jedenfalls erscheint eine solche Interpretation als sachlich vertretbar.

E. 9.2

Als "technisch bedingte" oder "technisch notwendige" Aufbauten wie Kamine, Ventilationszüge, Liftaufbauten, Antennen, Solarzellen, Sonnenkollektoren usw. sind nur Dachaufbauten zu qualifizieren, die dem darunter liegenden Gebäude funktionell dienen, für dessen Betrieb erforderlich sind und nicht anders als über das Dach geführt werden können (vgl. dazu VerwGE B 2009/104 vom 28. Januar 2010 E. 2.3.4 mit Hinweis auf VerwGE B 2004/149 vom 22. März 2005 E. 2c, www.gerichte.sg.ch, und B. Heer, a.a.O., Rz. 657, siehe auch Art. 63 bis Abs. 2 lit. d BauG und Art. 83 Abs. 2 PBG). Zunächst bedarf es keiner langen Erörterung, dass sowohl die geplanten Abluftkamine als auch die RWA technisch bedingt sind. Demzufolge haben diese Aufbauten die maximal zulässigen Höhenausdehnungen gemäss Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Tabelle besV nicht einzuhalten. Wie sich den revidierten Bauplänen vom 5. Mai 2017 (Attikageschosse, Dachaufsicht, Schnitte A&B, Schnitte E&F, Schnitt G, act. 11/8/28-30, 32 f.) entnehmen lässt, überschreiten die Oblichter die zulässige Attika- oder Firsthöhe zumindest bei den Häusern Nr. I und III (Baubereiche I und III) um ca. 0.10 m. Eine solche Überschreitung liegt nicht mehr innerhalb der Bau- und Messtoleranzen von wenigen Zentimetern (vgl. dazu VerwGE B 2011/106 vom 20. März 2012 E. 5.6, a.a.O.). Die Oblichter dienen der natürlichen Belichtung der Küchen, Treppenhäuser resp. Badezimmer. Die genügende natürliche Belichtung bildet einen Aspekt der Wohnhygiene. Von technisch notwendigen Aufbauten kann deswegen aber nicht gesprochen werden, selbst wenn die Oblichter den darunter liegenden Gebäuden funktionell dienen. Unabhängig davon ist nicht nachvollziehbar und wird weder von der Vorinstanz noch der Beschwerdebeteiligten weiter dargetan, inwiefern die Oblichter für eine genügende Belichtung zwingend erforderlich sein sollten. Unter diesen Umständen hätten die projektierten Oblichter die maximal zulässigen Höhenausdehnungen gemäss Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Tabelle besV einhalten müssen. Dies umso mehr, als nicht ersichtlich ist und von der Beschwerdebeteiligten, der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin auch nicht weiter substantiiert wird, inwiefern diesbezüglich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 77 BauG erfüllt sein sollten. Die Beschwerde ist daher aus diesem Grund gutzuheissen und der angefochtene Entscheid und damit auch der Einspracheentscheid der Beschwerdebeteiligten vom 26. September 2017 und die Baubewilligung vom 29. September 2017 (Devolutiveffekt) aufzuheben.

E. 10

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Rekurs- und Beschwerdeverfahrens zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr für das Beschwerdeverfahren von CHF 4'000 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12, GKV). Die Vorinstanz hat den Parteien CHF 3'000 auferlegt (act. 9). Der Beschwerdeführerin sind die geleisteten Kostenvorschüssen von CHF 4000 (Beschwerdeverfahren) und CHF 1'000 (Rekursverfahren) zurückzuerstatten. Entsprechend der Verlegung der amtlichen Kosten hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin für das Beschwerde- und Rekursverfahren

