



Fall-Nr.:	20-6564
Stelle:	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
Instanz:	Bau- und Umweltdepartement
Publikationsdatum:	31.12.2020
Entscheiddatum:	17.12.2020

BDE 2020 Nr. 126

Art. 175a PBG. Die Vorschriften des neuen Rechts (PBG 2017 und BauR 2019) finden vorliegend auf den auf dem alten Recht basierenden Überbauungsplan aus dem Jahr 2012 keine (ergänzende) Anwendung. Der Überbauungsplan müsste dafür zuerst an das neue Recht angepasst werden. Die Übergangsbestimmungen des PBG enthalten keine spezifischen Vorschriften, wonach Sondernutzungspläne innert einer Übergangsfrist an das neue Recht anzupassen wären (Erw. 2 und 3). // (Dieser Entscheid wurde mit VerwGE B 2021/7 vom 6. September 2021 sowie Urteil des Bundesgerichtes 1C_614/2021 vom 23. Februar 2023 bestätigt.)

BDE 2020 Nr. 126 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



20-6564

Entscheid Nr. 126/2020 vom 17. Dezember 2020

Rekurrentinnen

A.____

B.____

beide vertreten durch Dr.iur. Karl Gehler, Rechtsanwalt, Lattenhof-
weg 4, 8645 Rapperswil-Jona

gegen

Vorinstanz

Baukommission X.____ (Entscheid vom 30. Juli 2020)

Rekursgegnerinnen

C.____

D.____

beide vertreten durch lic.iur. Robert Hadorn, Rechtsanwalt,
Schanzeneggstrasse 1, 8027 Zürich

Betreff

Baubewilligung (Neubau Mehrfamilienhaus mit Sammelgarage)



Sachverhalt

A.

a) Die C.____ ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001, Grundbuch X.____, an der A.____strasse in E.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde X.____ vom 15. Juli 2019 in der Wohnzone niedrige Dichte (W 11.5) und ist unüberbaut.

b) Das Grundstück Nr. 001 liegt darüber hinaus grösstenteils im Plangebiet des Überbauungsplans Z.____ vom 18. Juli 2012 (nachfolgend Überbauungsplan). Gemäss den Festlegungen im Überbauungsplan liegt das Grundstück Nr. 001 im Baubereich C für Ein-, Doppel- und Mehrfamilienhäuser (Wohnzone W2). Das an einem Südhang gelegene Plangebiet wurde zwischenzeitlich grossmehrheitlich mit Mehrfamilienhäusern und einem Einfamilienhaus überbaut, womit die Umsetzung des Überbauungsplans weit fortgeschritten ist. Beim stark gegen Südosten abfallenden Grundstück Nr. 001 handelt es sich um eines der letzten unüberbauten Grundstücke des Überbauungsplan-gebiets.

B.

a) Mit Baugesuch vom 28. Oktober 2019 beantragten die C.____ sowie die D.____ bei der Baukommission X.____ die Baubewilligung für die Erstellung eines Mehrfamilienhauses mit acht Wohnungen und einer Tiefgarage auf Grundstück Nr. 001.

b) Innert der Auflagefrist vom 3. bis 16. März 2020 erhoben die A.____ sowie die B.____, beide vertreten durch Dr.iur. Karl Gehler, Rechtsanwalt, Rapperswil-Jona, Einsprache gegen das Bauvorhaben. Sie rügten neben verschiedenen materiellen Punkten unter anderem fehlende und nicht nachvollziehbare Baugesuchsunterlagen sowie eine unrichtige Anwendung des Überbauungsplans.

c) Mit Beschluss vom 30. Juli 2020 erteilte die Baukommission X.____ die Baubewilligung und wies die Einsprachen der A.____ sowie der B.____ ab. Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, dass die Unterlagen nachvollziehbar und vollständig seien und das Bauvorhaben sowohl die Vorschriften des Überbauungsplans wie auch des Baureglements der Gemeinde X.____ vom 15. Juli 2019 (nachfolgend BauR 2019) sowie des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) einhalte. Da Art. 1 der besonderen Vorschriften (nachfolgend besV) des Überbauungsplans einen dynamischen Verweis auf das BauR enthalte, seien vorliegend – ausser den explizit im Überbauungsplan aufgeführten Abweichungen – das PBG sowie das BauR 2019 massgebend. Dies gelte insbesondere für die neurechtliche Gebäudehöhe, Gesamthöhe, Fassadenhöhe, das massgebende Terrain, den Niveaupunkt sowie die Abgrabungen etc.



C.

Gegen diesen Beschluss erhoben die A.____ sowie die B.____ durch ihren Rechtsvertreter mit Schreiben vom 21. August 2020 Rekurs beim Baudepartement. Es werden folgende Anträge gestellt:

1. Die Baubewilligung Nr. 2019-147 der Politischen Gemeinde X.____ vom 30. Juli 2020 sei aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Rekursgegnerinnen.

Zur Begründung wird insbesondere geltend gemacht, der Zweck des Überbauungsplans stütze sich ausdrücklich auf den Zonenplan und das Baureglement vom 15. April 2011 (nachfolgend BauR 2011). Zudem würden für die Baubereiche die Bestimmungen der Wohnzone W2 gelten, soweit nachstehend nichts anders bestimmt werde (Art. 4 Abs. 5 besV). Damit habe die Gemeinde die Überbauung des Gebiets Z.____ einheitlich regeln und in Bezug auf die Erscheinung und Ausgestaltung an die Zone W2 anlehnen wollen. Eine Aufhebung oder Anpassung des Überbauungsplans habe mit der gestützt auf das Inkrafttreten des PBG erfolgten Gesamtrevision von Zonenplan und BauR nicht stattgefunden. Eine solche sei aufgrund des weiterhin gegebenen Sinn und Zwecks des Überbauungsplans (gute Einordnung unter Berücksichtigung der steilen Hanglage) auch nicht angezeigt. Würde man nun plötzlich die neuen Bauvorschriften anwenden, würden Sinn und Zweck des Überbauungsplans vollständig ausgehöhlt. Es sei weiterhin die Bauweise gemäss BauR 2011 anwendbar. Da das Bauprojekt die entsprechenden Bestimmungen nicht einhalte, könne keine Baubewilligung erteilt werden. Eine automatische Abänderung von Überbauungsplänen in zentralen Punkten durch eine Gesetzesänderung sei rechtswidrig. Im Übrigen seien selbst bei einer Nichtanwendung des Überbauungsplans die geänderten Regelbauvorschriften nicht eingehalten.

D.

a) Mit Vernehmlassung vom 22. September 2020 teilt die Vorinstanz mit, dass im Überbauungsplan auf das Baureglement als subsidiäres Recht verwiesen werde und deshalb bei Baugesuchen das jeweils gültige Baureglement Anwendung finde. Es bestehe kein Anlass, die Baubewilligung aufzuheben.

b) Mit Vernehmlassung vom 15. Oktober 2020 beantragen die Rekursgegnerinnen, vertreten durch lic.iur. Robert Hadorn, Rechtsanwalt, Zürich, den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung wird geltend gemacht, Art. 1 besV enthalte einen dynamischen Verweis in Bezug auf die dem Überbauungsplan zugrundeliegende Gesetzgebung. Aufgehobene Gesetze sowie Zonenpläne und Bauordnungen könnten keine Geltung mehr beanspruchen, weshalb vorliegend neben den in den besV festgehaltenen Anforderungen an Bauten und Anlagen einzig das PBG



sowie das BauR 2019 Anwendung finde. Im Übrigen fehle eine Bestimmung, wonach die vormaligen Vorschriften als Bestandteil der besV weitergelten sollten. Das Bauprojekt entspreche den Bestimmungen des Überbauungsplans sowie den heute geltenden Bauvorschriften. Das Bauprojekt ordne sich entsprechend gut in die Umgebung ein, weshalb Art. 6 besV eingehalten sei. Die Rekurrentinnen hätten es verpasst, statische Anforderungen im Überbauungsplan festlegen zu lassen. Zudem könne die neue Zonenzuteilung nicht nachträglich in Frage gestellt werden.

E.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten in den vorgenannten Eingaben wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

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

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

2.

Die Rekurrentinnen machen geltend, vorliegend seien ergänzend zu den besV des Überbauungsplans die Bestimmungen des Baugesetzes (nGS8, 134; abgekürzt BauG) und des BauR 2011 anwendbar und nicht die Bestimmungen des PBG sowie des BauR 2019. Das fragliche Bauvorhaben im Plangebiet sei bis zu einer entsprechenden Anpassung nach dem im Zeitpunkt des Erlasses des Überbauungsplans gültigen Recht zu beurteilen. Vorab sind deshalb die Auswirkungen der Gesamtrevision von Baugesetz und BauR auf den rechtskräftigen Überbauungsplan zu klären.

2.1 Der vorliegende Überbauungsplan verweist in Art. 1 besV (Geltungsbereich) auf die Vorschriften des BauG sowie des Baureglements der Gemeinde X.____ (BauR). Er bezweckt hauptsächlich eine gute Einordnung von Wohnbauten in die Umgebung, unter Berücksichtigung der steilen Hanglage, die Sicherstellung einer baulichen Qualität sowie zweckmässige Vorschriften in Abweichung zur Regelbauweise (Art. 2 besV). Die entsprechenden Abweichungen betreffen insbesondere die Zulässigkeit von Ausnützungstransfers innerhalb des Planperimeters (Art. 5 besV), erhöhte Gestaltungsanforderungen mit Längenvorgabe, Vorgabe für das Untergeschoss und Abgrabungen (Art. 6 besV) sowie die Dachgestaltung (Art. 7 besV). Daneben werden die Erschliessung (Art. 10 bis 12 besV), die Umgebung (Art. 13 bis 15)



sowie die Geltungsdauer (Art. 16 besV) geregelt. Der vorliegende Überbauungsplan enthält somit hauptsächlich Vorschriften, welche die besondere Bauweise regeln und auf die konkrete Lage und Grösse des Plangebiets Bezug nehmen.

2.2 Die bestehenden altrechtlichen Sondernutzungspläne orientieren sich zwangsläufig am BauG sowie den darauf basierenden kommunalen Bauordnungen und können entsprechend (noch) nicht auf das PBG abgestimmt sein. Die Übergangsbestimmungen zum PBG enthalten keine spezifischen Vorschriften, wonach Sondernutzungspläne innert einer Übergangsfrist an das neue Recht anzupassen wären (vgl. demgegenüber Art. 141 Abs. 2 BauG, welcher eine Frist zur Anpassung innert fünf Jahren vorsah). Daraus folgt, dass bestehende Sondernutzungspläne auch nach der Aufhebung des BauG und dem Inkrafttreten des PBG unverändert weitergelten und nicht an das neue Recht angepasst werden müssen. Eine automatische Ausserkraftsetzung widersprechender bzw. mit dem neuen Recht nicht vereinbarer Sondernutzungspläne oder eine zwingende Anpassung an das neue Recht sind nicht vorgesehen, weshalb das alte Recht grundsätzlich weitergilt. Gemäss Art. 175a Bst. c PBG bleiben die Bestimmungen des Baugesetzes vom 6. Juni 1972 in der Fassung vor Vollzugsbeginn des PBG sachgemäss anwendbar, soweit sie als Rechtsgrundlage für Sondernutzungspläne dienen, die unter Geltung des Baugesetzes vom 6. Juni 1972 erlassen und nicht an das PBG angepasst worden sind. Durch diese nachträglich eingeführte Bestimmung wird folglich der vorerwähnte Grundsatz präzisiert, wonach mangels einer Anpassungspflicht die altrechtlichen Sondernutzungspläne weitergelten und insoweit das alte Baugesetz (selbstverständlich) anwendbar bleibt (Botschaft und Entwurf zum I. Nachtrag zum PBG vom 10. Dezember 2019, S. 8, veröffentlicht im kantonalen Amtsblatt am 18. Dezember 2019). Das neue Recht (PBG und darauf basierendes BauR) könnte ergänzend zu den besV eines Sondernutzungsplans nur Anwendung finden, wenn es uneingeschränkt mit den Vorschriften des Sondernutzungsplans vereinbar wäre. Dies ist grundsätzlich wohl nur bei reinen Baulinienplänen denkbar, nicht aber bei Überbauungs- und Gestaltungsplänen, welche teilweise altes, mit dem PBG nicht vereinbares Recht enthalten. Entsprechende Baugesuche in einem Gebiet mit bestehendem Überbauungsplan sind somit im Grundsatz nach dem BauG sowie dem darauf basierenden kommunalen BauR zu beurteilen (vgl. Kreisschreiben "Übergangsrechtliche Bestimmungen im Planungs- und Baugesetz (PBG) des Baudepartementes vom 8. März 2017, Ziff. 6, S. 11 f.; abrufbar unter www.sg.ch/recht/planungs-baumweltrecht/Planungs_und_Baugesetz/Kreisschreiben.html). Vorbehalten bleibt eine bewusste Anpassung entsprechender Sondernutzungspläne an das neue Recht im Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (SR 700; abgekürzt RPG). Nachfolgend bleiben die konkreten Verweise und Bestimmungen in den besV des fraglichen Überbauungsplans zu prüfen.



3.

Vorinstanz und Rekursgegnerinnen machen geltend, insbesondere Art. 1 besV des Überbauungsplans weise einen üblichen dynamischen Verweis auf das aktuell gültige Recht auf. Es fehle zudem an einer konkreten Bestimmung, wonach das alte Recht weitergelten soll. Einzig die in den besV ausdrücklich geregelten Abweichungen von der Grundordnung seien weiterhin zu beachten.

3.1 Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Bereits der Wortlaut von Art. 1 besV weist ergänzend auf die Bestimmungen des kantonalen Baugesetzes (BauG) hin. Auch wenn ein konkretes Erlassdatum beim BauR fehlt, muss es sich dabei letztlich um diejenige Fassung handeln, welche auf den kantonalen Vorgaben gemäss BauG beruht. Es würde zudem Sinn und Zweck eines Sondernutzungsplans als einheitlicher Sonderbauordnung widersprechen, wenn bei einer Totalrevision der gesetzlichen Grundlagen von einem dynamischen Verweis ausgegangen würde, weil dies zu einer unzulässigen Vermischung von grundsätzlichen Regelungen in einem abgegrenzten und einheitlich geregelten Baubereich führen würde. Hinzu kommt, dass die Rekurrentinnen zu Recht darauf hinweisen, dass bei einer Anwendung des neuen Rechts insbesondere der Zweck einer guten Einordnung in die Umgebung sowie die Festlegung zweckmässiger besV in Abweichung von der Regelbauweise gemäss Art. 3 besV nicht mehr in einer konsistenten Art und Weise sichergestellt werden könnte. In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist zudem, dass sich das Baugrundstück gemäss Festlegungen im Baubereich C für Ein-, Doppel- und Mehrfamilienhäuser (Wohnzone W2) befindet und gemäss Art. 4 Abs. 5 besV ergänzend die Bestimmungen der Wohnzone W2 des Baureglements der Gemeinde X.____ gelten. Da es die Wohnzone W2 im BauR 2019 allerdings gar nicht mehr gibt, kann vorliegend ohnehin nur die Wohnzone W2 des BauR 2011 gemeint sein und entsprechend zur Anwendung gelangen. Zudem zeigt ein Vergleich der Regelbauvorschriften von BauR 2011 und BauR 2019, dass zwar insbesondere die reinen Höhenangaben übereinstimmen, aber namentlich die für die Massstäblichkeit und Einfügung (vgl. Art. 6 besV) wesentliche Ausnutzungsziffer ersatzlos aufgehoben wurde und allseits bloss ein Grenzabstand von 4 m gelten soll. Zudem ergeben sich insbesondere Abweichungen bezüglich Niveaupunkt sowie durch den Wegfall der Geschossigkeit (vgl. Tabelle zu Art. 9 BauR 2011 und Art. 17 i.V.m. Anhang 1 BauR 2019 sowie die entsprechenden Bestimmungen im PBG). Aufgrund der Totalrevision könnte nun im Überbauungsplangebiet plötzlich bedeutend mehr Volumen realisiert werden (vgl. für die Auswirkungen des Minimalmodells PBG die Präsentation VS GP anlässlich des 2. Schulungstages PBG vom 30. Mai 2017, abrufbar unter www.netzsg.ch/?lid=1#!156). Vor diesem Hintergrund bringen die Rekurrentinnen zu Recht vor, dass bei einer automatischen Anwendung der neuen Bestimmungen der Zweck (Art. 3 besV) sowie die Gestaltung (Art. 6 besV) gemäss Überbauungsplan vereitelt würden. Im Übrigen deuten auch die statischen Verweise in der Zweckbestimmung (Art. 3 besV) sowie bezüglich Festlegung der Anzahl Abstell- bzw. Ein-



stellplätze (Art. 11 Abs. 1 besV) darauf hin, dass insgesamt bei Abweichungen auf die Bestimmungen des BauR 2011 abzustellen ist. Schliesslich zeigt auch die Befristung gemäss Art. 16 besV, dass eine einheitliche Überbauung des Plangebiets angestrebt wird. Somit ist bei dieser Ausgangslage im Grundsatz von einer statischen Verweisung und Weitergeltung der im Zeitpunkt des Erlasses des Überbauungsplans gültigen Grundlagen auszugehen. Im Gegensatz zur Ansicht der Rekursgegnerinnen ist dafür – insbesondere mit Blick auf die Ausführungen in Erw. 2 – keine ausdrückliche Bestimmung notwendig, wonach die alten Vorschriften bei einer Totalrevision weitergelten sollen. Im Gegenteil wurde mit Art. 175a Bst. c PBG verbindlich festgelegt, dass das BauG anwendbar bleibe. Darüber hinaus würde eine Durchmischung von Vorschriften des BauG und PBG sowie der entsprechenden Baureglemente vorliegend – auch unabhängig vom konkreten Bauvorhaben – Sinn und Zweck des Überbauungsplans widersprechen und diesen allenfalls gar verunmöglichen. Bei diesem Ausgang erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen zu den umstrittenen PBG-Bestimmungen einzugehen, weil diese vorliegend ohnehin keine Anwendung finden. Im Übrigen ist unbestritten, dass das Bauvorhaben die Vorschriften des BauG sowie des BauR 2011 nicht einhält.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf das fragliche Bauvorhaben im Überbauungsplangebiet ergänzend auf die Bestimmungen gemäss BauG und BauR 2011 abzustellen gewesen wäre. Die angefochtene Baubewilligung und der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 30. Juli 2020 sind deshalb aufzuheben. Der Rekurs erweist sich als begründet und ist im Sinn der Erwägungen gutzuheissen.

5.

5.1 Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die 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 den Rekursgegnerinnen unter solidarischer Haftung zu überbinden.

5.2 Der von der A.____ am 28. August 2020 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist zurückzuerstatten.

6.

Die Rekurrentinnen und die Rekursgegnerinnen stellen ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

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



Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98^{ter} VRP).

6.2 Die Rekurrentinnen obsiegen mit ihren Anträgen. Da das Verfahren zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot, die den Beizug eines Rechtsvertreters rechtfertigen, besteht grundsätzlich Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98^{bis} VRP). Weil keine Kostennote vorliegt, ist die ausseramtliche Entschädigung in Anwendung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 22 der Honorarordnung (sGS 963.75) ermessensweise auf Fr. 2'750.– festzulegen; sie ist von den Rekursgegnerinnen zu gleichen Teilen zu bezahlen.

Weil die zu entschädigende B.____ selber mehrwertsteuerpflichtig ist, kann sie die der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld abziehen, ohne dass ihr dadurch eine Mehrbelastung entsteht. Daher muss die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung nicht zusätzlich berücksichtigt werden (R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St.Gallen 2004, S. 194).

Da zudem kein begründeter Antrag um Zusprechung der Mehrwertsteuer gestellt wurde, wird diese aufgrund des per 1. Januar 2019 geänderten Art. 29 HonO auch bezüglich der A.____ nicht zum Honorar hinzugerechnet.

6.3 Da die Rekursgegnerinnen mit ihren Anträgen unterliegen, haben sie von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Ihr Begehren ist deshalb abzuweisen.

Entscheid

1.

a) Der Rekurs der A.____ und der B.____ wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

b) Der Einspracheentscheid sowie die Baubewilligung der Baukommission X.____ vom 30. Juli 2020 werden aufgehoben.

2.

a) Die C.____ sowie die D.____ bezahlen unter solidarischer Haftung eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.

b) Der am 28. August 2020 von der A.____ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.



3.

a) Das Begehren der A.____ und der B.____ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird gutgeheissen. Die C.____ und die D.____ entschädigen die A.____ und die B.____ zu gleichen Teilen ausseramtlich mit Fr. 2'750.-.

b) Das Begehren der C.____ und der D.____ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin