



**Fall-Nr.:** 19-7374 / 20-7999  
**Stelle:** Generalsekretariat Baudepartement  
**Instanz:** Baudepartement  
**Publikationsdatum:** 14.05.2021  
**Entscheiddatum:** 19.04.2021

## **BDE 2021 Nr. 33**

**Art. 28bis GSchVG. Aufgrund der erheblichen Grabung nach Art. 28bis GSchVG i.V.m. Art. 9ter GSchVV hätte eine kantonrechtliche Bewilligung beim Amt für Wasser und Energie (AWE) eingeholt werden müssen. Es fehlt damit am notwendigen Gesamtentscheid, weshalb die angefochtene Baubewilligung keine Rechtswirkung entfalten kann und aufzuheben ist (Erw. 4).**

BDE Nr. 2021 Nr. 33 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



19-7374/20-7999

## Entscheid Nr. 33/2021 vom 19. April 2021

---

Rekurrenten

**A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_**

vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt, Museumstrasse 35,  
9000 St.Gallen

gegen

---

Vorinstanz

**Baukommission Z.\_\_\_\_** (Beschlüsse vom 2. September 2019 und  
21. September 2020)

---

Rekursgegnerin

**C.\_\_\_\_**

vertreten durch Dr.iur. Christoph Bürgi, Rechtsanwalt, Bogen-  
strasse 9, 9000 St.Gallen

---

Betreff

Baubewilligung (Neubau Mehrfamilienhaus mit Tiefgarage sowie  
Abbruch Gebäude)



## Sachverhalt

### A.

Die C.\_\_\_\_ ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001, Grundbuch Z., an der F.\_\_\_\_strasse 45 in Z.. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Stadt Z. vom 25. November 1992 in der Wohnzone W2. Es ist zurzeit noch mit einem Einfamilienhaus (Vers.-Nr. 002) überbaut.

a) Mit Baugesuchen vom 6. Juli 2018 und 6. Mai 2019 beantragte die C.\_\_\_\_ bei der Baukommission Z.\_\_\_\_ die Baubewilligung für die Erstellung eines Mehrfamilienhauses mit Tiefgarage sowie die Bewilligung für den Abbruch des bestehenden Einfamilienhauses (Vers.-Nr. 002).

b) Innert der Auflagefrist vom 28. September 2018 bis 11. Oktober 2018 erhoben A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ Einsprache gegen das Bauvorhaben. Sie rügten insbesondere unvollständige Baugesuchsunterlagen sowie Verletzungen der Bestimmungen über die Sicherheit, die Gestaltung, die Ausnützung, die Geschossigkeit, den Grenzabstand, die Zufahrt sowie die Parkierung. Im Übrigen sei mit übermässigen Beeinträchtigungen durch Lärm der Wärmepumpe sowie Schattenwurf zu rechnen.

c) Am 6. Mai 2019 reichte die C.\_\_\_\_ ein angepasstes Baugesuch (Korrekturgesuch) ein.

d) Innert der Auflagefrist vom 7. bis 20. Juni 2019 erhoben A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ erneut Einsprache gegen das Bauvorhaben. Sie rügten im Wesentlichen dieselben Punkte wie in der Einsprache vom 7. Oktober 2018.

e) Am 8. Juli 2019 wurde erneut ein Korrekturgesuch eingereicht, was A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ mit Schreiben vom 15. Juli 2019 angezeigt wurde. Mit Einspracheergänzung vom 3. August 2019 nahmen A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ Stellung.

f) Mit Beschluss vom 2. September 2019 erteilte die Baukommission Baukommission Z.\_\_\_\_ die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen, erteilte die Abbruchbewilligung und wies die Einsprachen von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ ab. Die privatrechtlichen Einspruchepunkte wurden auf den Zivilrechtsweg verwiesen und ein Ausnützungstransfer von Grundstück Nr. 003 verfügt. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Baugesuchsunterlagen seien korrekt und vollständig, die Ausnützungsziffer werde nicht überschritten, die Vorschriften über die Zufahrt und Parkierung seien eingehalten und das geplante Mehrfamilienhaus weise zwei Untergeschosse, zwei Vollgeschosse sowie ein Dachgeschoss auf, weshalb die Höhenvorschriften



sowie die Anzahl möglicher Vollgeschosse eingehalten seien. Ein detaillierter Umgebungsplan sowie der Minergie-Nachweis könnten vor Baubeginn eingereicht werden und es sei nicht mit einer übermässigen Lärmbelastung durch die Wärmepumpe zu rechnen. Im Übrigen seien auch die Sicherheitsvorschriften eingehalten, soweit dies öffentlich-rechtlich massgebend sei. Schliesslich sei auch der Kanalisationsplan bewilligungsfähig.

## **B.**

Gegen diesen Beschluss erhoben A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_, nunmehr vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt, St.Gallen, mit Schreiben vom 20. September 2019 Rekurs beim Baudepartement (im Folgenden Rekurs 1; Verfahren Nr. 19-7374). Mit Rekursergänzung vom 8. November 2019 werden folgende Anträge gestellt:

1. Der Bau- und Einspracheentscheid Nr. 207/2019 der Baukommission Z.\_\_\_\_ vom 2. September 2019 sei, mit Einschluss aller weiteren Teilbewilligungen, aufzuheben.
2. Das Baugesuch Nr. 2018-169 sei wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften abzuweisen, unter gleichzeitiger Gutheissung der öffentlich-rechtlichen Einsprache der Rekurrenten.
3. Das Baugesuch Nr. 2018-169 sei wegen Verletzung von Art. 684 ZGB abzuweisen, unter gleichzeitiger Gutheissung der privatrechtlichen Einsprache nach Art. 684 ZGB.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Zur Begründung wird geltend gemacht, die Baubewilligung sei unvollständig eröffnet worden. Zudem sei das Baugesuch bewilligt worden, obwohl notwendige Unterlagen wie eine Schadstoffanalyse und ein Entsorgungskonzept für den Gebäudeabbruch, ein Baustelleninstallationsplan, das Minergiezertifikat sowie ein detaillierter Umgebungsplan fehlen würden. Ferner sei der Kanalisationsplan ohne den erforderlichen Versickerungsnachweis genehmigt worden. Weiter sei der Koordinationsgrundsatz verletzt. In materieller Hinsicht seien insbesondere die Ausnützung überschritten sowie die Höhen- und Geschossvorschriften verletzt. Im Übrigen seien die gewerblichen Abstellplätze in der Tiefgarage nicht zonenkonform. Schliesslich gehe vom Bauvorhaben auch eine übermässige Beeinträchtigung nach Art. 684 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 210; abgekürzt ZGB) aus.

## **C.**

**a)** Mit Vernehmlassung vom 3. Dezember 2019 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Zur Begründung wird geltend gemacht, die notwendigen Unterlagen seien den Rekurrenten eröffnet worden. Der Energienachweis könne nach Erteilung der Baubewilligung erbracht werden und auch der Versickerungsversuch erfolge in der Regel mit



dem Baugrubenaushub, weshalb es sich dabei um standardmässige Auflagen handle. Im weiteren seien die Abstellplätze nicht gewerblich und der Ausnützungstransfer entspreche langjähriger Praxis.

**b)** Mit Vernehmlassung vom 10. Januar 2020 beantragt die Rekursgegnerin, vertreten durch Dr.iur. Christoph Bürgi, Rechtsanwalt, St.Gallen, den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, es läge keine ungenügende Eröffnung des Entscheids vor. Die Angaben für den Gebäudeabbruch, der detaillierte Umgebungsplan sowie der Baustelleninstallationsplan seien im nachlaufenden Verfahren zu beurteilen. Zudem sei der Minergie-Nachweis bereits bei der Vorinstanz eingereicht worden. Auch die Kanalisationsbewilligung sei in Ordnung. Im Übrigen sei die Ausnützung nicht überschritten und die Tiefgarage werde nicht gewerblich genutzt, sondern es soll ein Teil davon für die Oldtimer-Sammlung der zukünftigen Bewohner genutzt werden. Weiter seien die Vorschriften zur Geschosshöhe sowie die Höhenbeschränkungen eingehalten. Schliesslich werde auch Art. 684 ZGB nicht verletzt, da insbesondere keine Übernutzung des Baugrundstücks vorliege.

**c)** Mit Amtsbericht vom 7. Februar 2020 führt das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) aus, dass der von der Vorinstanz herangezogene Baulinienplan N.\_\_\_\_ vom 28. Dezember 1959 geeignet sei, den Verlauf des gewachsenen Terrains zu beurteilen. Der in den Bauplänen eingezeichnete Verlauf des gewachsenen Terrains stimme damit überein. Im Übrigen sei die Interpolation des Niveaupunkts korrekt erfolgt. Schliesslich sei auch die Berechnung zur Bestimmung des Untergeschosses korrekt durchgeführt worden.

**d)** Mit Schreiben vom 3. April 2020 nehmen die Rekurrenten zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz sowie der Rekursgegnerin Stellung. Dabei bringen sie unter anderem vor, es liege kein rechtsgenügend beurkundeter Ausnützungstransfer vor. Weiter seien zu Unrecht Flächen als nicht anrechenbar bezeichnet worden. Es fehle sodann weiterhin ein Baustelleninstallationsplan, da massive Abgrabungen – welche ohnehin eine kantonale Bewilligung erfordern würden – vorgesehen seien.

**e)** Mit Schreiben vom 2. Juni 2020 reicht die Rekursgegnerin eine Stellungnahme ein. Dabei wird insbesondere darauf aufmerksam gemacht, dass die Ausnützungsbegrenzung lediglich im Grundbuch angemerkt werden müsse. Zudem entspreche es gefestigter Praxis der Vorinstanz, dass nicht anrechenbare Nebenräume mit einer bestimmten Fläche (vorliegend 16,8 % im Verhältnis zur Nettowohnfläche) innerhalb der Wohnungen zulässig seien. Zudem sehe das neue Baureglement ein Mindestmass von 10 % der anrechenbaren Geschossfläche für Abstellräume vor. Im Übrigen sei der Baugrund unproblematisch und anhand früherer Bauvorhaben entlang der F.\_\_\_\_strasse bekannt.



#### D.

a) Am 23. Juli 2020 reichte die Rekursgegnerin ein Korrekturgesuch ein. Mit Eingabe vom 1. September 2020 erhoben A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ auch gegen das Korrekturgesuch Einsprache.

b) Die Baukommission Baukommission Z.\_\_\_\_ wies die Einsprachen ab, sofern sie nicht auf den Zivilrechtsweg verwiesen wurden und erteilte die Bewilligung für das Korrekturgesuch sowie die Bauplatzinstallation unter Bedingungen und Auflagen. Weiter wurde die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung (Ausnützungstransfer von Grundstück Nr. 003) angepasst. Zur Begründung wurde namentlich ausgeführt, dass die Ausnützungsziffer weiterhin eingehalten sei. Schliesslich könne auch keine übermässige Beeinträchtigung im Sinn von Art. 684 ZGB festgestellt werden. Soweit nicht anders bestimmt, finde die Baubewilligung vom 2. September 2019 weiterhin Anwendung.

#### E.

Gegen diesen Beschluss erhoben A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ durch ihren Rechtsverteter mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 erneut Rekurs beim Baudepartement (im Folgenden Rekurs 2; Verfahren Nr. 20-7999). Mit Rekursergänzung vom 20. November 2020 werden folgende Anträge gestellt:

1. Der Bau- und Einspracheentscheid Nr. 376/2020 der Baukommission Z.\_\_\_\_ vom 21. September 2020 sei, mit Einschluss aller weiteren Teilbewilligungen, aufzuheben.

Dementsprechend sei

a) das Baugesuch Nr. 2020-189 wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften abzuweisen, unter gleichzeitiger Gutheissung der öffentlich-rechtlichen Einsprache der Rekurrenten;

b) das Baugesuch Nr. 2020-189 wegen Verletzung von Art. 684 ZGB abzuweisen, unter gleichzeitiger Gutheissung der privatrechtlichen Einsprache nach Art. 684 ZGB.

2. Eventualantrag: Der Bau- und Einspracheentscheid Nr. 376/2020 der Baukommission Z.\_\_\_\_ vom 21. September 2020 sei, mit Einschluss der beiden Einspracheentscheide und aller weiteren Teilbewilligungen, aufzuheben.

Die Angelegenheit sei im Sinn der nachfolgenden Ausführungen an die Vorinstanz zur nochmaligen Beurteilung zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.



Zur Begründung wird ausgeführt, es fehle an einer Auflage, wonach das Baugesuch Nr. 2020-189 mit dem ursprünglichen Baugesuch Nr. 2018-169 verknüpft sei. Die Ausnützung werde nach wie vor überschritten und der Ausnützungstransfer sowie der Minergie-Bonus seien unrechtmässig. Da die Baugesuchsunterlagen nach wie vor unvollständig seien, könne auch keine Gesamtinteressenabwägung nach Art. 684 ZGB vorgenommen werden.

**F.**

**a)** Mit Vernehmlassung vom 9. Dezember 2020 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

**b)** Mit Vernehmlassung vom 1. Februar 2021 beantragt die Rekursgegnerin, den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, vorliegend handle es sich um ein gemäss Praxis zugelassenes Korrektorgesuch im Rahmen eines hängigen Rekursverfahrens. Die Ausnützung sei nach wie vor eingehalten. Im Übrigen sei das Baugesuch vollständig und Beeinträchtigungen durch Abgrabungen seien nach Art. 685 ZGB auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. Sodann seien die Bodenverhältnisse bekanntermassen unproblematisch, weshalb auch keine vertieften Abklärungen gefordert werden könnten. Schliesslich liege keine unzulässige Übernutzung vor und konkrete Auswirkungen auf das Grundstück der Rekurrenten seien nicht dargelegt.

**c)** Mit Stellungnahme vom 4. März 2021 bringen die Rekurrenten vor, dass nach wie vor keine kantonale Bewilligung für die geplanten massiven Abgrabungen vorliege. Die Sicherheit von Bauten und Anlagen sei sodann auch aus öffentlich-rechtlicher Sicht zu gewährleisten, was vorliegend auch für die Sicherung und Erstellung der Baugrube gelte.

**d)** Mit Schreiben vom 17. März 2021 teilt die Vorinstanz mit, dass die Gesuchsunterlagen zur Plausibilisierung der Sicherheitsanforderungen ausreichen und die Rekursgegnerin die Sicherheit während der Ausführung zu gewährleisten habe.

**e)** Mit Eingabe vom 26. März 2021 nimmt die Rekursgegnerin insbesondere zur Baugrubensicherung Stellung. Weiter sei die Rüge der fehlenden gewässerschutzrechtlichen Bewilligung verspätet. Vorliegend wäre eine solche Bewilligung ohnehin nicht notwendig und selbst wenn, wäre das Verfahren bis zu dessen Vorliegen zu sistieren. Mit Schreiben vom 8. April 2021 weist die Rekursgegnerin sodann auf die sich nahe der nördlichen Grenze befindlichen Unterkellerung des bestehenden Gebäudes auf Grundstück Nr. 1548W hin. Rutschungen seien demnach zusammen mit der geplanten Rühlwand ausgeschlossen.



## **G.**

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

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Die beiden Rekursverfahren stehen im gleichen sachlichen Zusammenhang. Sie werfen dieselben Sachverhalts- und Rechtsfragen auf. Es ist somit zweckmässig, sie verfahrensrechtlich zu vereinigen und durch einen einzigen Entscheid zu erledigen (VerwGE B 2015/96 und B 2015/97 vom 26. Oktober 2016 Erw. 1; GVP 1972 Nr. 30).

**1.2** Die Zuständigkeit des Baudepartementes ergibt sich aus Art. 43<sup>bis</sup> des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP). Aufgrund des Umstands, dass die heutige Vorsteherin des Baudepartementes beim vorinstanzlichen Entscheid vom 2. September 2019 noch als Mitglied der Baukommission Z.\_\_\_\_ mitgewirkt hatte, hat sie in den Ausstand zu treten. Entsprechend hat der Vorsteher des Volkswirtschaftsdepartementes über das Rechtsmittel zu befinden (Art. 24 Abs. 2 des Staatsverwaltungsgesetzes [sGS 140.1]). Unabhängig davon war das Rekursverfahren von der Rechtsabteilung des Baudepartementes zu instruieren (vgl. ABI 2015 3468).

**1.3** 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.**

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). Die erstinstanzlichen Einsprache- und Baubewilligungsentscheide ergingen nach Inkrafttreten des PBG. 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.

### **3.**

Die Rekurrenten sowie die Rekursgegnerin beantragen die Durchführung eines Augenscheins.



**3.1** Nach Art. 12 Abs. 1 VRP ermittelt die Behörde oder das von ihr beauftragte Verwaltungsorgan den Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen durch Befragen von Beteiligten, Auskunftspersonen und Zeugen, durch Beizug von Urkunden, Amtsberichten und Sachverständigen, durch Augenschein sowie auf andere geeignete Weise. Sind zur Wahrung des öffentlichen Interesses keine besonderen Erhebungen nötig, so sind nur die von den Beteiligten angebotenen und die leicht zugänglichen Beweise über erhebliche Tatsachen aufzunehmen (Art. 12 Abs. 2 VRP). Der Augenschein ist die unmittelbare sinnliche Wahrnehmung von Tatsachen durch die entscheidende Instanz. Er dient der unmittelbaren Wahrnehmung von (in der Regel streitigen) Tatsachen und/oder dem besseren Verständnis des Sachverhalts. Ob ein Augenschein durchzuführen ist, liegt im pflichtgemässen Ermessen der urteilenden Instanz. Nur wo sich eine Tatsache nicht anders abklären lässt, wird eine Verpflichtung zur Durchführung eines Augenscheins bejaht. Ergibt sich eine Tatsache dagegen zweifelsfrei aus den Akten, so braucht sie nicht durch einen Augenschein überprüft zu werden. Dies gilt auch für unbestrittene Behauptungen, sofern eine Nachprüfung nicht durch öffentliche Interessen geboten erscheint. Tatsachen aber, vor allem umstrittene, deren umfassende Feststellung und Würdigung eine eigene Wahrnehmung erheischen, sind in Augenschein zu nehmen (CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, Rz. 966; B. MÄRKLI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP), Zürich/St.Gallen 2020, Art. 12 N 50 ff.; BDE Nr. 8/2021 vom 22. Januar 2021 Erw. 3.1).

**3.2** Die entscheidenden tatsächlichen Verhältnisse ergeben sich vorliegend vollständig aus den Baugesuchsakten und -plänen, den übrigen Verfahrensakten sowie dem öffentlich zugänglichen Geoportal ([www.geoportal.ch](http://www.geoportal.ch)). Auf die Durchführung eines Augenscheins kann daher verzichtet werden (vgl. BGer 1C\_281/2015 vom 28. Juni 2016 Erw. 2 mit Hinweisen).

**3.3** Ebenfalls abzulehnen ist der Antrag der Rekurrenten auf persönliche Anhörung nach Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101; abgekürzt EMRK) im Fall des Verzichts auf einen Augenschein. Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhendem Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Die Verfahrensgarantie von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gilt demnach nur für Verfahren vor verwaltungsunabhängigen Justizbehörden, d.h. vor dem Verwaltungsgericht und der Verwaltungsrekurskommission (A. FEDI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti, Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 55 N 3; siehe auch G. STEINMANN, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallen-



der, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014, N 46 zu Art. 29 BV). Selbst wenn vorliegend aufgrund der Einsprache nach Art. 684 ZGB ein zivilrechtlicher Anspruch im Sinn von Art. 6 EMRK vorliegen würde, ist mangels Anwendbarkeit der vorgenannten Bestimmung im Rekursverfahren vor dem Baudepartement der Antrag der Rekurrenten nach einer persönlichen Anhörung abzulehnen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Rekurrenten in den vorliegenden Rekursverfahren umfassend Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme erhalten und diese auch mehrfach genutzt haben. Zudem machen die Rekurrenten nicht geltend, inwiefern eine persönliche Anhörung vorliegend notwendig wäre, zumal aufgrund der Vorbringen der Rekurrenten kein zusätzlicher Abklärungsbedarf besteht.

#### **4.**

Die Rekurrenten rügen, es fehle am notwendigen Gesamtentscheid, da keine kantonalrechtliche Bewilligung nach Art. 28<sup>bis</sup> des Vollzugsgesetzes zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung (sGS 752.2; abgekürzt GSchVG) eingeholt wurde.

**4.1** Entgegen der Ansicht der Rekursgegnerin haben die Rekurrenten die Rüge der fehlenden Abgrabungsbewilligung bereits in der Stellungnahme vom 3. April 2020 im Rekursverfahren Nr. 19-7374 (Rekurs 1) vorgebracht. Die Rüge erfolgte somit zweifellos rechtzeitig (vgl. BDE Nr. 7/2021 vom 22. Januar 2021 Erw. 1.3). Darauf ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

**4.2** Gemäss Art. 28<sup>bis</sup> GSchVG bedürfen Bohrungen und erhebliche Grabungen ausserhalb besonders gefährdeter Bereiche einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Stelle. In der Botschaft der Regierung zum Nachtragsgesetz zum Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 14. August 2001 wird dazu ausgeführt, dass die von Bundesrechts wegen bestehende Bewilligungspflicht nicht ausreiche um auch tiefer liegende Grundwasservorkommen in wasserführenden Festgesteinen, welche für eine künftige Nutzung allenfalls von Interesse sein könnten, vor vermeidbaren Beeinträchtigungen zu schützen. Ohne generelle Bewilligungspflicht für Bohrungen und erhebliche Grabungen müssten die besonders gefährdeten Bereiche dort, wo noch keine genügenden Kenntnisse über den Untergrund vorhanden seien, vorsorglich weiter gefasst werden. Mit der Einführung einer generellen, auch ausserhalb der besonders gefährdeten Bereiche geltenden Bewilligungspflicht für Bohrungen und erhebliche Grabarbeiten könne die ausreichende fachliche Begleitung solcher Arbeiten sichergestellt werden. Gemäss Art. 9<sup>ter</sup> der Verordnung zum Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung (sGS 752.21; abgekürzt GSchVV) ist eine Grabung erheblich, wenn sie mehr als sechs Meter tief ist oder wenn damit, auch nur vorübergehend, mehr als 10'000 m<sup>3</sup> Material entnommen oder verschoben wird. In erster Linie dient Art. 28<sup>bis</sup> GSchVG i.V.m. Art. 9<sup>ter</sup> GSchVV dem Gewässerschutz. Dafür werden die beiden Voraussetzungen einer bewilligungspflichtigen Grabung, d.h. Tiefe und Kubatur,



alternativ nebeneinandergestellt, um den Gewässerschutzbereich A<sub>u</sub> nicht zu grosszügig zu dimensionieren. Zugleich soll damit eine wesentliche Verminderung der schützenden Deckschicht verhindert werden (ABI 2001 S. 1944; Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2002/IV/32).

**4.3** Das Baugrundstück Nr. 001 liegt gemäss der geltenden Gewässerschutzkarte ([www. geoportal.ch/ktsg](http://www.geoportal.ch/ktsg)) in keinem Gewässerschutzbereich und somit in keinem besonders gefährdeten Bereich gemäss Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Gewässerschutz (SR 814.20; abgekürzt GSchG). Vielmehr ist es dem "übrigen Bereich" zugewiesen, für welchen gemäss Art. 28<sup>bis</sup> GSchVG eine gewässerschutzrechtliche Bewilligung des Amtes für Wasser und Energie (AWE) erforderlich ist, wenn es sich um eine erhebliche Grabung handelt. Wie die Rekurrenten zu Recht vorbringen, muss gemäss den massgeblichen Baugesuchsplänen (Ansichten 1:100 Ost und West; vi act. 55 und 57) für die Baugrube hangwärts eine rund neun Meter tiefe Abgrabung (Iotrecht gemessen) vorgenommen werden. Selbst wenn an einer Hanglage rechtwinklig zum bestehenden Terrain gemessen werden könnte, sind auf beiden Seiten eindeutig mehr als sechs Meter tiefe Abgrabungen notwendig, selbst wenn man den tiefer liegenden Liftschacht nicht mitberücksichtigt. Vorliegend handelt es sich somit klarerweise um eine erhebliche Grabung i.S. von Art. 28<sup>bis</sup> GSchVG i.V.m. Art. 9<sup>ter</sup> GSchVV, weshalb eine kantonale Bewilligung einzuholen gewesen wäre. Zur Beurteilung wäre dabei insbesondere auch ein geologisches Gutachten erforderlich gewesen. Der Verweis auf angeblich unproblematische Bodenverhältnisse in der Nachbarschaft reicht dafür nicht aus. Ebenfalls nicht massgebend dafür ist die Unterkellerung des bestehenden Gebäudes, welches sich an einer anderen Stelle befindet und deutlich geringere Ausmasse als das geplante Mehrfamilienhaus aufweist.

**4.4** Kommunale Baubewilligungen, die ohne die erforderliche Zustimmung oder Genehmigung durch die kantonale Behörde erteilt werden, entfalten keine Rechtswirkung beziehungsweise sind unter bestimmten Voraussetzungen sogar nichtig. Dies gilt unabhängig davon, ob der Genehmigungsvorbehalt im Bundesrecht oder im kantonalen Recht begründet ist. Mit der Bestimmung von Art. 28<sup>bis</sup> 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 17/2018 vom 5. April 2018 Erw. 2.6.1). Mit hin entfaltet die vorliegende Baubewilligung, welche ohne notwendige Bewilligung gemäss Art. 28<sup>bis</sup> GSchVG erteilt wurde, keine Rechtswirkung. Es fehlt somit am notwendigen Gesamtentscheid, woran auch eine nachträgliche Beibringung dieser Bewilligung nichts ändern würde. Der entsprechende Sistierungsantrag der Rekursgegnerin ist



folglich abzuweisen. Der Rekurs erweist sich diesbezüglich als begründet, womit die angefochtenen Beschlüsse der Vorinstanz vom 2. September 2019 und 21. September 2020 aufzuheben sind.

## **5.**

Bei diesem Ergebnis erübrigten sich eigentlich weitere Ausführungen. Aus verfahrensökonomischen Gründen scheint es jedoch angezeigt, auf einige wesentliche Einwände der Rekurrenten im Folgenden noch kurz einzugehen.

**5.1** Die Rekurrenten beanstanden die Unvollständigkeit der Baugesuchsunterlagen. Im Zeitpunkt des Entscheids habe insbesondere der Versickerungsnachweis gefehlt.

**5.1.1** Art. 21 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz (sGS 731.11; abgekürzt PBV) sieht den Kanalisationsplan als Bestandteil des Baugesuchs vor. Gemäss Art. 26 GSchVG prüft die politische Gemeinde bei der Erteilung der Baubewilligung, ob die abwassertechnischen Voraussetzungen erfüllt sind. Als Bestandteil der hinreichenden Erschliessung ist die Kanalisation zwingend Teil des Baugesuchs. Dies gilt auch für die Meteorwasserplanung; Versickerungs- und Retentionsnachweis müssen somit mit dem Baugesuch vorliegen (vgl. BDE 54/2020 vom 24. Juni 2020 Erw. 3.3.8). Vorliegend liegen zwar ein Kanalisationsgesuch sowie ein Kanalisationsplan vor. Gemäss Kanalisationsbewilligung vom 2. September 2019 erfolgt gestützt auf Art. 8 des Abwasserreglements der Stadt Z. vom 21. Mai 2015 der Versickerungsversuch vor Baubeginn bzw. mit dem Baugrubenaushub. Falls dieser Versuch ein positives Ergebnis zeigt, müssen Dach- und Sickerwasser über eine Versickerungsanlage geführt werden. Falls eine Versickerung aufgrund der hydrogeologischen Verhältnisse nicht möglich ist, muss das gesamte Dachwasser über eine Retentionsanlage geführt werden (Ziff. 5). Sodann sind die Versickerungs- und Retentionsmöglichkeiten voll auszuschöpfen. Dazu sind insbesondere die Flachdächer extensiv zu begrünen und die Umgebungsflächen wasserdurchlässig auszugestalten (Ziff. 6).

**5.1.2** Demnach fehlt es vorliegend im Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung am Versickerungs- bzw. Retentionsnachweis. Entsprechend sind auch die Bedingungen und Auflagen der Bewilligung vom 2. September 2019 teils vage formuliert und mit Unsicherheiten behaftet. Der Gemeinde war es ohne Versickerungsnachweis nicht möglich, zu überprüfen, ob die abwassertechnischen Voraussetzungen für das Bauvorhaben erfüllt sind. Auch diesbezüglich sind somit weitergehende Abklärungen notwendig, welche sinnvollerweise mit denjenigen der gewässerschutzrechtlichen Bewilligung (vgl. Erw. 4) koordiniert werden sollten.

**5.2** Sodann ist umstritten, ob das geplante Bauvorhaben die Ausnützungsziffer überschreitet. Die Rekurrenten machen diesbezüglich insbesondere geltend, bei zahlreichen Nebenräumen handle es sich um anrechenbare Flächen.



**5.2.1** Nach Art. 61 Abs. 1 BauG ist die Ausnützungsziffer die Verhältniszahl der Summe aller anrechenbaren Geschossflächen zur anrechenbaren Parzellenfläche. Nach Art. 62 Abs. 2 BauG zählen zu den anrechenbaren Geschossflächen die nutzbaren Geschossflächen einschliesslich Gänge, Treppenhäuser und Mauerquerschnitte. Nicht anrechenbar sind unter anderem Keller-, Estrich- und nichtgewerbliche Einstellräume, unterirdische gewerbliche Lagerräume sowie Gemeinschaftsräume in Mehrfamilienhäusern. Massgebend ist nicht die Bezeichnung eines Raums in den Planunterlagen oder die Absicht der Baugesuchsteller, sondern die nach objektiven Kriterien beurteilte Verwendungsmöglichkeit eines Raums (vgl. bereits GVP 1978 Nr. 3). Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Nutzung eines Raums zu Arbeitszwecken eine natürliche Belichtung nicht zwingend erforderlich. Das Fehlen von Fenstern in den Plänen schliesst eine Eignung zur Nutzung als Arbeitsraum nicht aus. Sodann muss die Belüftung nicht zwingend über Fenster erfolgen (Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2009/25 vom 15. Oktober 2009 Erw. 3.5.4; siehe auch BDE Nr. 68/2013 vom 8. November 2013 Erw. 2).

**5.2.2** Vorliegend befindet sich im Erdgeschoss (EG) ein mit "Weintheke/Keller" bezeichneter Raum mit einer Fläche von 17,06 m<sup>2</sup>, welcher nicht angerechnet wird. Dabei fällt auf, dass der annähernd quadratische Raum zwar keine Fenster aufweist, aber wohl auf zwei Seiten verglast werden soll. Der sich inmitten der Wohnung befindliche "Weinkeller" ist damit bei objektiver Betrachtungsweise entgegen den Planunterlagen als anrechenbarer Wohnraum zu qualifizieren, zumal die Wohnung im EG bereits über einen grosszügigen Abstellraum (12,22 m<sup>2</sup>) auf der gleichen Ebene verfügt. Insgesamt weisen die Rekurrenten zudem zu Recht darauf hin, dass die nicht anrechenbaren Nebenräume je Wohnung sehr grosszügig dimensioniert sind. Die gemäss Baugesuchsunterlagen eine Nettowohnfläche von 144,18 m<sup>2</sup> aufweisende Wohnung im Obergeschoss (OG) verfügt beispielsweise gesamthaft über nicht anrechenbare Nebenräume von rund 85 m<sup>2</sup> (Hobbyraum 40,41 m<sup>2</sup>, Keller 24,7 m<sup>2</sup>, Waschen 20,6 m<sup>2</sup>), was einem Anteil von beinahe 59 Prozent entspricht. Dies erscheint selbst bei Wohnungen im oberen Preissegment, welche gemäss Angaben der Bauherrschaft nicht als Renditeobjekt gebaut werden sollen, als übermässig, zumal ein Grossteil der Räume nicht unterirdisch liegen und über eine kleine Fensteröffnung sowie teilweise Türen ins Freie verfügen. Unabhängig davon, ob das am 1. März 2021 in Kraft getretene Baureglement vorliegend überhaupt anwendbar wäre (vgl. Übergangsbestimmung in Art. 64), kann die Rekursgegnerin deshalb nichts aus der Bestimmung über die Mindestmasse in Art. 47 BauR zu ihren Gunsten ableiten. Grundsätzlich anrechenbar sind entsprechend ihrer Form, Grösse, Lage und Befensterung auch die Räume "Waschen" im OG und UG sowie die Räume "Basteln/Hobby" im UG. Letztere könnten sodann sogar ohne natürliche Belichtung nach objektiven Kriterien ohne Weiteres z.B. als Arbeitsräume genutzt werden, zumal sie auch über einen eigenen Zugang von aussen verfügen. Bei einer gesamt-



heitlichen Betrachtung sind die entsprechenden Räume folglich – zumindest teilweise – als anrechenbare Flächen zu qualifizieren, auch wenn die geringen Fensterflächen die wohngygienischen Anforderungen für sich alleine nicht erfüllen würden.

## **6.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass es vorliegend aufgrund der fehlenden kantonalrechtlichen Bewilligung gemäss Art. 28<sup>bis</sup> GSchVG am notwendigen Gesamtentscheid fehlt und damit die angefochtene Baubewilligung keine Rechtswirkung entfaltet. Die angefochtenen Beschlüsse mit Baubewilligung und Einspracheentscheiden der Vorinstanz vom 2. September 2019 und 21. September 2020 sind deshalb aufzuheben. Die Rekurse 1 und 2 erweisen sich als begründet und sind im Sinn der Erwägungen gutzuheissen.

## **7.**

**7.1** Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die Entscheidunggebühr beträgt für beide Rekursverfahren insgesamt Fr. 4'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten der Rekursgegnerin zu überbinden.

**7.2** Die von den Rekurrenten am 1. Oktober 2019 sowie 10. November 2020 geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 1'800.– sind zurückzuerstatten.

## **8.**

Rekurrenten, Rekursgegnerin und Vorinstanz stellen ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

**8.1** 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<sup>bis</sup> VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98<sup>ter</sup> VRP).

**8.2** Die Rekurrenten 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<sup>bis</sup> 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 für beide Rekursverfahren auf Fr. 4'000.– festzulegen; sie ist von der Rekursgegnerin zu bezahlen. Da kein begründeter Antrag um Zusprechung der Mehrwertsteuer gestellt wurde, wird diese aufgrund des per 1. Januar 2019 geänderten Art. 29 HonO nicht zum Honorar hinzugerechnet.



**8.3** Da die Rekursgegnerin mit ihren Anträgen unterliegt, hat sie von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Ihr Begehren ist deshalb abzuweisen.

**8.4** Die Vorinstanz hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten (R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St.Gallen 2004, S. 176). Sie bringt keine Gründe vor, die ein Abweichen von dieser Regel rechtfertigen. Ihr Begehren ist daher abzuweisen.

## **Entscheid**

### **1.**

**a)** Der Rekurs Nr. 19-7374 von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

**b)** Der Rekurs Nr. 20-7999 von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

**c)** Die Beschlüsse der Baukommission Z.\_\_\_\_ mitsamt Baubewilligung und Einspracheentscheiden vom 2. September 2019 und 21. September 2020 werden aufgehoben.

### **2.**

**a)** Die C.\_\_\_\_ bezahlt für die beiden Rekurse eine Entscheidgebühr von insgesamt Fr. 4'000.–.

**b)** Der am 1. Oktober 2019 von B.\_\_\_\_ im Rekursverfahren Nr. 19-7374 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

**c)** Der am 10. November 2020 von B.\_\_\_\_ im Rekursverfahren Nr. 20-7999 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

### **3.**

**a)** Die Begehren von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten werden gutgeheissen. Die C.\_\_\_\_ entschädigt A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ ausseramtlich mit insgesamt Fr. 4'000.–.

**b)** Die Begehren der C.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten werden abgewiesen.

**c)** Die Begehren der Politischen Gemeinde Z. um Ersatz der ausseramtlichen Kosten werden abgewiesen.



Der Vorsteher des Volkswirtschaftsdepartementes

Beat Tinner  
Regierungsrat