



Fall-Nr.:	20-8611
Stelle:	Generalsekretariat Baudepartement
Instanz:	Baudepartement
Publikationsdatum:	31.12.2020
Entscheiddatum:	17.12.2020

BDE 2020 Nr. 128

Art. 93 Abs. 4 BauG. Die für das ganze Gemeindegebiet geltende Gestaltungsvorschrift für Stützmauern über 1,50 m Höhe im Baureglement verstösst gegen übergeordnetes kantonales Recht (Art. 93 Abs. 4 BauG). Der Umfang der Vorschriften ist auf das Verunstaltungsverbot (Art. 93 Abs. 1 BauG) beschränkt. Die entsprechende Auflage in der Baubewilligung ist aufzuheben (Erw. 3). // (Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben.)

BDE 2020 Nr. 128 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



20-8611

Entscheid Nr. 128/2020 vom 17. Dezember 2020

Rekurrenten

A.____ und B.____

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

gegen

Vorinstanz

Baukommission X.____ (Entscheid vom 19. Oktober 2020)

Betreff

Baubewilligung (Umgestaltung Stützmauer mit Auflage der
Bepflanzung)



Sachverhalt

A.

a) A.____ und B.____ sind Eigentümer von Grundstück Nr. 001, Grundbuch X.____, an der A.____strasse 4 in Y.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde X.____ vom 28. April 1999 in der Wohnzone W2b. Es ist mit einem Einfamilienhaus (Vers.-Nr. 002) und einem Nebengebäude (Vers.-Nr. 003) überbaut.

b) Mit Beschluss vom 4. Juli 2016 bewilligte die Baukommission X.____ in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren eine rund 2,5 m hohe Stützmauer südlich der Garageneinfahrt mit der Auflage, diese innert eines Jahres von oben und unten intensiv zu bepflanzen. Nachdem die Auflage innert Frist und auf mehrmalige Aufforderung hin nicht bzw. nicht hinreichend umgesetzt wurde, forderte die Baukommission die Bauherrschaft mit Beschluss vom 2. Juli 2018 schriftlich auf, der Auflage bis 31. Juli 2018 nun nachzukommen. Ein dagegen erhobener Rekurs wies das Baudepartement mit Entscheid Nr. 25/2019 vom 26. April 2019 ab und verlangte die Bepflanzung innert eines Monats ab Rechtskraft des Entscheids. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Entscheid B 2019/102 vom 20. Februar 2020 ab, soweit es darauf eintrat.

B.

a) Mit Baugesuch vom 9. August 2020 beantragten A.____ und B.____ bei der Baukommission X.____ die Baubewilligung für eine Umgestaltung der bestehenden rund 2,50 m hohen Stützmauer südlich der Garageneinfahrt auf Grundstück Nr. 001. Dabei soll gemäss den Baugesuchsunterlagen die untere Granit-Blocksteinmauer bestehen bleiben und der weitere Aufbau mit naturgrauen Mauersteinen erfolgen. Auf einer Höhe von rund 1,75 m wird zur Aufgliederung eine Berme mit einer Tiefe von rund 60 cm erstellt.

b) Mit Beschluss vom 19. Oktober 2020 erteilte die Baukommission X.____ die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen und ordnete insbesondere die intensive Bepflanzung der Stützmauer von unten und oben an.

C.

Gegen diesen Beschluss erhoben A.____ und B.____, vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt, St.Gallen, mit Schreiben vom 3. November 2020 Rekurs beim Baudepartement. Es werden folgende Anträge gestellt:

1. Folgende Teile der Baubewilligung der Baukommission X.____ vom 19. Oktober 2020 (Nr. 98/2020) betreffend das Baugesuch "Stützmauer" seien ersatzlos aufzuheben:
 - Ziff. 2: Die Stützmauer ist von unten und oben intensiv zu bepflanzen;



- Ziff. 3: Pflicht zur Einreichung eines Ausführungsplans "Bepflanzung".
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz.

Zur Begründung wird geltend gemacht, Art. 31 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde X.____ vom 29. Juli 2015 (nachfolgend BauR) sei mit dem übergeordneten kantonalen Recht nicht vereinbar. Solche über das Verunstaltungsverbot hinausgehende Gestaltungsvorschriften für das gesamte Gemeindegebiet seien unzulässig, weshalb eine entsprechende Bepflanzung nicht verlangt werden könne. Von einer Verunstaltung gehe auch die Vorinstanz nicht aus. Im Übrigen liege eine rechtsungleiche Behandlung vor.

D.

Mit Vernehmlassung vom 4. Dezember 2020 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, das vorliegende Baubewilligungsverfahren diene der Umgehung einer rechtskräftigen Baubewilligung mit dem Ziel, die darin enthaltene vom Baudepartement sowie Verwaltungsgericht bestätigte Auflage (Bepflanzung der Stützmauer) nicht umzusetzen. Die Auflage der Gestaltung von Stützmauern sei Praxis der Baubehörde, weshalb im Sinn der Rechtsgleichheit und zur Durchsetzung der bereits früher verfügten Auflage daran festgehalten werde.

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.

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 Baubewilligungsentscheid erging am 19. Oktober 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.

3.

Die Rekurrenten machen eine fehlende gesetzliche Grundlage für die Auflage der intensiven Bepflanzung der Stützmauer geltend. Die für das gesamte Gemeindegebiet aufgestellte positive Gestaltungsvorschrift von Art. 31 Abs. 2 BauR stehe im Widerspruch zu Art. 93 Abs. 4 BauG und könne deshalb – über den Umfang des Verunstaltungsverbots hinaus – nicht angewendet werden.

3.1 Nach Art. 31 Abs. 2 BauR dürfen Abgrabungen und Auffüllungen nicht verunstaltend wirken und haben sich dem natürlichen Terrainverlauf anzupassen. Hangsicherungen sind möglichst mit natürlichen Materialien vorzunehmen, Stützmauern über 1,5 m Höhe aufzugliedern sowie von unten und oben intensiv zu bepflanzen. Für Steilböschungen mit einem Böschungsverhältnis über 2:3 und mit mehr als 1,5 m Höhendifferenz gilt die selbe Bepflanzungspflicht.

3.2 Nach Art. 93 Abs. 1 BauG sind Bauten und Anlagen, Ablagerungen und andere Eingriffe in das Gelände untersagt, die das Orts- oder Landschaftsbild verunstalten. Das kantonale Recht regelt die Frage der Ästhetik von Bauten und Anlagen, insbesondere den Begriff der Verunstaltung, abschliessend. Die Gemeinde kann zwar für bestimmte Teile ihres Gebiets strengere (Gestaltungs-)Vorschriften aufstellen (Art. 93 Abs. 4 BauG). Die Gemeinden sind jedoch nicht ermächtigt, generell-abstrakte Gestaltungsvorschriften, die über das in Art. 93 Abs. 1 BauG gesetzte Mass hinausgehen, für das ganze Gemeindegebiet zu erlassen. Daraus folgt, dass die im ganzen Gemeindegebiet anwendbaren kommunalen Gestaltungsvorschriften, welche über das Verunstaltungsverbot hinaus gehen, gegenüber den Regeln des Baugesetzes keine selbständige Bedeutung haben und nicht über die Bestimmungen des Baugesetzes hinaus gehen dürfen (BDE Nr. 13/2017 vom 21. Juni 2017 Erw. 3.2 mit Hinweisen; Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2008/I/ 8 mit Hinweisen).

3.3 Bei der generellen Pflicht zur intensiven Bepflanzung von Stützmauern über 1,50 m Höhe von unten und oben handelt es sich um eine positive Gestaltungsvorschrift. Folglich steht Art. 31 Abs. 2 BauR – soweit er über das allgemeine Verunstaltungsverbot hinausgeht – im Widerspruch zu Art. 93 BauG, womit er unzulässig ist und seine Anwendung untersagt bleibt. Auch nach Art. 99 Abs. 2 PBG sind über das Verunstaltungsverbot hinausgehende Gestaltungsvorschriften ausserhalb von Kern- und Schutzzonen sowie weiteren konkret bezeichneten Gebieten ebenfalls nicht möglich. Im Übrigen stimmen die Bestimmungen von Art. 93 BauG sowie Art. 99 PBG



inhaltlich im Wesentlichen überein (vgl. Handbuch der Rechtsabteilung des Baudepartementes zum PBG, St.Gallen, Stand 17. Januar 2020, Bemerkungen zu Art. 99; W.RITTER, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 99 N 5 ff.). Die von der Vorinstanz verfügte Auflage zur Bepflanzung der geänderten Stützmauer ist folglich unzulässig, auch wenn es sich um die langjährige Praxis der Vorinstanz handelt, welche im Jahr 2016 bei der Bewilligung der bestehenden Stützmauer ebenfalls angewendet und damals von den Rekurrenten noch akzeptiert wurde.

3.4 Mangels Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 2 BauR wäre vorliegend somit einzig zu beurteilen, ob die Stützmauer verunstaltend wirkt. Dass das Verunstaltungsverbot verletzt wäre – wovon nur auszugehen wäre, wenn die geplante Änderung der Stützmauer als qualifiziert hässlich bezeichnet werden müsste – wird aber selbst von der Vorinstanz nicht geltend gemacht. Eine Verunstaltung ist sodann nicht ersichtlich, auch wenn die vorliegende Stützmauer ziemlich hoch ist und man über deren Ästhetik geteilter Meinung sein kann. Im Übrigen hat die Vorinstanz die geänderte Stützmauer vorliegend bewilligt und es ist nicht davon auszugehen, dass die Vorinstanz ohne die Bepflanzung von einer Verunstaltung ausgegangen wäre.

3.5 Auch wenn nicht ohne Weiteres erhellt, weshalb die Rekurrenten wegen des Vollzugs einer ursprünglich akzeptierten Auflage die bewilligte Stützmauer bereits nach dieser kurzen Zeit ändern möchten, kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz durch die Einreichung eines Baugesuchs allein vorliegend noch keine Umgehung einer rechtskräftigen Baubewilligung erblickt werden. Zudem handelt es sich um das erste Änderungs-gesuch, welches zwar den gleichen Ort und Gegenstand betrifft, aber dennoch zu einer (wesentlichen) Änderung der bestehenden Stützmauer führt, da nur die unterste Blocksteinreihe bestehen bleibt und gemäss den Baugesuchsunterlagen kleinteiligere Steine verwendet werden und eine deutlich tiefere Berme entstehen soll. Wenn die Vorinstanz tatsächlich von einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung einer bereits beurteilten Sache hätte ausgehen wollen, hätte sie auf das Baugesuch – statt es zu bewilligen – nicht eintreten müssen. Bei dieser Vorgeschichte darf allerdings erwartet werden, dass die Rekurrenten nach Rechtskraft der Baubewilligung umgehend die Umgestaltung der Stützmauer vornehmen werden. Andernfalls müsste tatsächlich von einer Umgehung der bereits seit längerem rechtskräftigen Auflage zur Begrünung der bestehenden Stützmauer ausgegangen werden. Diesfalls hätte die Vorinstanz den Widerruf der vorliegenden Baubewilligung sowie den umgehenden Vollzug der verfügten Auflage zu prüfen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, näher auf den von den Rekurrenten erhobenen Vorwurf der Ungleichbehandlung einzugehen.



4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die für das gesamte Gemeindegebiet geltende Gestaltungs- bzw. Bepflanzungsvorschrift gemäss Art. 31 Abs. 2 BauR gegen Art. 93 Abs. 4 BauG verstösst. Ziffer 2 und Ziffer 3 – soweit sie den Ausführungsplan Bepflanzung betrifft – des Dispositivs der angefochtenen Baubewilligung der Baukommission X.____ vom 19. Oktober 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 Entscheidegebühr beträgt Fr. 3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wären die amtlichen Kosten der Politischen Gemeinde X.____ aufzuerlegen. Auf deren Erhebung ist jedoch zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

5.2 Der von B.____ am 16. November 2020 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist zurückzuerstatten.

6.

Rekurrenten und Vorinstanz 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 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^{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.– plus 4 % Barauslagen, insgesamt also Fr. 2'860.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) festzulegen; sie ist von der Vorinstanz zu bezahlen.

6.3 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 von A.____ und B.____ wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

b) Ziffer 2 und Ziffer 3 – soweit sie den Ausführungsplan Bepflanzung betrifft – des Dispositivs des Beschlusses der Baukommission X.____ vom 19. Oktober 2020 werden aufgehoben.

2.

a) Auf die Erhebung der amtlichen Kosten in der Höhe von Fr. 3'000.– bei der Politischen Gemeinde X.____ wird verzichtet.

b) Der am 16. November 2020 von B.____ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

3.

a) Das Begehren von A.____ und B.____ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird gutgeheissen. Die Politische Gemeinde X.____ entschädigt A.____ und B.____ ausseramtlich mit insgesamt Fr. 2'860.– zuzüglich Mehrwertsteuer.

b) Das Begehren der Politischen Gemeinde X.____ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin