



Fall-Nr.:	B 2016/224
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	05.02.2020
Entscheiddatum:	05.12.2018

Entscheid Verwaltungsgericht, 05.12.2018

Baurecht, Art. 22 Abs. 1 RPG. Die Baubewilligungsbehörde hat das nachträgliche Baugesuch für die Umnutzung der Dachfläche auf einer angebauten Garage zu einer Terrasse und das dazu errichtete Geländer ohne Durchführung eines Auflage- und Einspracheverfahrens abgewiesen. Das Baudepartement hat den von den Baugesuchstellern erhobenen Rekurs gutgeheissen und die Angelegenheit zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens – beschränkt auf die Behandlung des Geländers als Absturzsicherung – an die Politische Gemeinde zurückgewiesen. Das Verwaltungsgericht weist die von der Politischen Gemeinde erhobene Beschwerde ab. Macht eine Bauherrschaft eine bestimmte Nutzung zum Gegenstand ihres Gesuchs, wäre das Bauvorhaben indes objektiv auch für eine andere, weitergehende Nutzung geeignet, so ist es der Baubewilligungsbehörde unbenommen, und unter Umständen sogar geboten, in der Baubewilligung klärend zu verfügen, welche konkrete Nutzung bewilligt und welche allfällige angesichts der Bauausführung ebenfalls mögliche, aber nicht beantragte und folglich nicht bewilligte Nutzung nicht zulässig ist. Es bleibt der Beschwerdeführerin anheimgestellt, im Rahmen des Entscheides über das Baugesuch für die Absturzsicherung gegebenenfalls die Nutzung des Dachs als Terrasse zu verbieten. Die Rechtslage kann nicht im Melde-, sondern nur im ordentlichen Baubewilligungsverfahren geklärt werden (Verwaltungsgericht, B 2016/224).

Entscheid vom 5. Dezember 2018

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte



St.Galler Gerichte

Politische Gemeinde X.____, Gemeinderat,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Hans-Walther Rutz, Ländernachstrasse 50,
Postfach 225, 9443 Widnau,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmli Brunnenstrasse 54,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

und

A.____ und B.____,

Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Markus Möhr, GM Rechtsanwälte, St. Jakob-
Strasse 37, 9000 St. Gallen,

Gegenstand

Baubewilligung

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. A.____ und B.____ sind Eigentümer des in der Gemeinde X.____ gelegenen Grundstücks Nr. 0000____. Das Grundstück liegt gemäss Zonenplan in der Wohnzone W2b. Es ist mit einem zweigeschossigen Einfamilienhaus mit Satteldach überbaut. Im Nordosten ist eine Garage mit Flachdach an das Einfamilienhaus angebaut. Für diesen Anbau gilt nach Art. 10 Abs. 6 des Baureglements der Gemeinde X.____ ein verminderter Grenzabstand von 1 m. Mit Schreiben vom 13. Mai 2015 teilte die Politische Gemeinde X.____ den Grundeigentümern mit, auf ihrem Grundstück sei ohne Baubewilligung das



Flachdach der Garage, welche mit vermindertem Grenzabstand erstellt worden sei, zu einer Dachterrasse umgebaut beziehungsweise umgenutzt worden, und forderte sie zur Einreichung eines Baugesuchs auf (act. 9/8/5). Hierauf reichte A.__ mit dem für das baurechtliche Meldeverfahren vorgesehenen Formular und Beilageplänen ein nachträgliches Baugesuch für ein bereits erstelltes Schutzgeländer, bestehend aus einem Metallrahmen mit Glasfüllungen, auf dem Garagendach ein (act. 9/8/1-4). Die Bauverwaltung teilte mit Schreiben vom 18. Juni 2015 mit, das Baugesuch "Erstellung Geländer auf dem Garagendach" werde zufolge Nichtanwendbarkeit des Meldeverfahrens in das ordentliche Verfahren verwiesen. Ferner gab der Bauverwalter an, eine Nutzung der Dachfläche sei bei einer Baute mit vermindertem Grenzabstand erst mit einem Grenzabstand des Geländers von 3 m möglich, und verlangte mit einer Frist von 10 Tagen die Einreichung eines revidierten Baugesuchs (act. 9/8/6). Dieser Aufforderung leisteten A.__ und B.__ keine Folge. Am 21. August 2015 verfügte die Politische Gemeinde X.__ u.a. die Einstellung der Bauarbeiten und setzte A.__ und B.__ nochmals Frist zur Einreichung eines revidierten Baugesuchs an (act. 9/8/7). Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Nach weiterem schriftlichen Meinungsaustausch beantragten A.__ und B.__ am 22. Januar 2016 den Erlass einer anfechtbaren Verfügung (act. 9/8/11), worauf die Politische Gemeinde X.__ "die Umnutzung der Dachfläche auf der angebauten Garage zu einer Terrasse und das dazu errichtete Geländer bestehend aus Metallrahmen und Glasfüllungen" mit Verfügung vom 4. April 2016 ohne Durchführung eines Auflage- und Einspracheverfahrens abwies (Beilage zu act. 9/1).

B. Den gegen den Bauabschlag geführten Rekurs hiess das Baudepartement mit Entscheid vom 24. Oktober 2016 im Sinn der Erwägungen gut (Dispositiv Ziffer 1a). Es hob die Bauabschlagsverfügung vom 4. April 2016 auf (Dispositiv Ziffer 1b) und wies die Streitsache zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die Politische Gemeinde zurück (Dispositiv Ziffer 1c). Auf die Erhebung der Entscheidgebühr bei der Politischen Gemeinde X.__ wurde verzichtet (Dispositiv Ziffer 2a) und A.__ der geleistete Kostenvorschuss zurückerstattet (Dispositiv Ziffer 2b). Die Politische Gemeinde X.__ wurde verpflichtet, A.__ und B.__ für das Rekursverfahren ausseramtlich mit CHF 2'750 zuzüglich Mehrwertsteuer zu entschädigen (Dispositiv Ziffer 3a). Einen Augenschein führte das Baudepartement nicht durch.



C. Die Politische Gemeinde X.__ (Beschwerdeführerin) erhob gegen den am 25. Oktober 2016 versandten Rekursentscheid des Baudepartements (Vorinstanz) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 8. November 2016 und Ergänzung vom 2. Dezember 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge seien die Ziffern 1a-c, 2b und 3a des angefochtenen Entscheids aufzuheben.

Mit Vernehmlassung vom 22. Dezember 2016 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. A.__ und B.__ (Beschwerdegegner) beantragten mit Vernehmlassung ihres Rechtsvertreters vom 10. Januar 2017, die Beschwerde sei, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 26. Januar 2017 Stellung zu den Vernehmlassungen. Die Beschwerdegegner äusserten sich dazu am 7. Februar 2017.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Nach Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 VRP steht der zuständigen Behörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft das Beschwerderecht zur Wahrung öffentlicher Interessen zu. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist eine politische Gemeinde zur Beschwerde legitimiert, wenn sie durch Setzung eigener Verwaltungsakte lokale öffentliche Interessen zu wahren hat, insbesondere in Bausachen (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, N 450 ff.; VerwGE B 2013/213 vom 19. Februar 2015 E. 2, www.gerichte.sg.ch). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt; die Beschwerdeführerin hat die Verfügung (Bauabschlag) erlassen, welche die Vorinstanz mit dem angefochtenen Entscheid aufgehoben hat. Die Beschwerdeführerin ist somit zur Erhebung der Beschwerde berechtigt. Sie hat die Beschwerde gegen den am 25. Oktober 2016 versandten Rekursentscheid mit Eingabe vom 8. November 2016 rechtzeitig erhoben. Die Beschwerde erfüllt zusammen mit der



Ergänzung vom 2. Dezember 2016 in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 VRP und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt, der angefochtene Entscheid beruhe bezüglich der inhaltlichen Weisung, das Baugesuch der Beschwerdegegner auf die Behandlung des Geländers als Absturzsicherung zu beschränken, auf einem unrichtig oder unvollständig festgestellten Sachverhalt. Überdies stelle die Weisung, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren für ein Baugesuch mit irreführender beziehungsweise mit einer klar vom objektiven Ist-Zustand der Nutzung und den objektiven Nutzungsmöglichkeiten der Dachfläche des Garagenanbaus als Terrasse abweichenden Projektbezeichnung durchzuführen, eine unhaltbare Ermessenskontrolle beziehungsweise einen Ermessensmissbrauch dar. In das Entscheidermessen der Beschwerdeführerin werde willkürlich eingegriffen. Die Vorinstanz unterstütze mit ihrem Rückweisungsentscheid ein treuwidrig als Absturzsicherung gestelltes Bauvorhaben. Ein Baugesuchsteller könne die Baubewilligungsbehörde bei ihrer Prüfungstätigkeit nicht mittels blosser Absichtserklärungen binden; die Bewilligungsbehörde habe – erst recht bei einem nachträglichem Baugesuch – von der tatsächlichen Nutzung und den objektiven Nutzungsmöglichkeiten auszugehen. Es sei kein Unterscheid zwischen dem Gelände des Balkons und der Absturzsicherung auszumachen, weshalb es grotesk sei, wenn das eine Gelände lediglich ein Schutzgelände zu Reinigungszwecken des Garagendachs darstelle, während das andere ein Balkongelände sei. Es sei nach erteilter Bewilligung für das Schutzgelände nicht kontrollierbar, zu welchem Zweck sich eine Person auf dem Garagendach aufhalte. Die Auslegung von Art. 10 Abs. 6 des Baureglements sei klar und gelte nur für Garagen und Abstellräume, nicht aber für Terrassen. Die Vorinstanz hätte zumindest vorfrageweise die durch die Beschwerdeführerin vorgenommene Auslegung von Art. 10 Abs. 6 Baureglement überprüfen müssen. Sei die Bewilligungsfähigkeit von vornherein auszuschliessen, würden sich jegliche Betrachtungen über den Einbezug von Nachbarn erübrigen. Das Verwaltungsgericht könne die Auslegung von Art. 10 Abs. 6 Baureglement und damit die Bewilligungsfähigkeit des Bauprojekts materiell abschliessend beurteilen. Es sei



überdies ein Eingriff in ihr Entschneidermessen, wenn Planabweichungen von der Vorinstanz als blosses "gestalterisches Versehen" bezeichnet würden.

2.2. Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur auf der Grundlage einer Baubewilligung errichtet werden. Bauvorhaben und Nutzungsänderungen, die nicht durch eine rechtskräftige Baubewilligung abgedeckt sind, sind formell rechtswidrig. Bevor eine Behörde die Beseitigung einer formell rechtswidrigen Baute anordnet, hat sie im Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu prüfen, ob die Baute nachträglich bewilligt werden kann. Kann die Baute nachträglich nicht bewilligt werden, ist sie auch materiell rechtswidrig. Formell und materiell rechtswidrige Bauten sind grundsätzlich zu beseitigen. Vor Erlass des Abbruchbefehls hat die Behörde indes im Einzelfall zu prüfen, ob der Anordnung des Abbruchs die allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts entgegenstehen (B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1198; B. Waldmann, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, Rz. 6.4 ff., 6.28 ff.; Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, 5. Aufl. 2011, Rz. 10.2.1, 10.2.3, 10.2.4.1; P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl. 2016, S. 356 f.).

2.3. Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, bestimmt die Bauherrschaft mit ihrem Baugesuch, ob und in welchem Umfang ein baubewilligungspflichtiger Sachverhalt bewilligt werden soll (Dispositionsprinzip; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsgericht, 7. Aufl. 2016, Rz. 985 f.). Folglich kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts eine Aufforderung der Baubehörde, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, weder durchgesetzt noch angefochten werden (GVP 1998 Nr. 9 S. 35). Kommt eine Bauherrschaft der an sich richtigen behördlichen Anweisung, für eine bauliche Änderung oder vorgenommene bewilligungspflichtige Nutzungsänderung ein Baugesuch nachzureichen, nicht nach, bleibt dieser einzig die Möglichkeit beziehungsweise Pflicht, stattdessen von Amtes wegen ein Nutzungsverbot zu prüfen sowie ein Wiederherstellungsverfahren einzuleiten (VerwGE B 2012/143 vom 24. Januar 2013 E. 4.1.1, www.gerichte.sg.ch; anders dagegen etwa im Kanton Zürich: Fritzsche/Bösch/Wipf, a.a.O., Rz. 10.2.3, wo es als möglich erachtet wird, die Baueingabe im Fall fehlender Mitwirkung der Bauherrschaft durch die Baubehörde erstellen zu lassen; vgl. dagegen die Möglichkeit zur Ersatzvornahme im Wiederherstellungsverfahren nach



Art. 159 Abs. 2 des seit 1. Oktober 2017 in Kraft stehenden Planungs- und Baugesetzes, PBG, sGS 731.1). Es ist der Bewilligungsbehörde aber verwehrt, über eine Nutzung zu entscheiden, um welche gar nicht nachgesucht wird (BGE 127 II 215 E. 5). Macht eine Bauherrschaft eine bestimmte Nutzung zwar zum Gegenstand ihres Gesuchs, wäre das Bauvorhaben indes objektiv auch für eine andere, weitergehende Nutzung geeignet, so ist es der Baubewilligungsbehörde unbenommen und unter Umständen sogar geboten, in der Baubewilligung klärend zu verfügen, welche konkrete Nutzung bewilligt und welche allfällige angesichts der Bauausführung ebenfalls mögliche, aber nicht beantragte und folglich nicht bewilligte Nutzung nicht zulässig ist.

2.4. Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist ein auf behördliche Aufforderung hin eingereichtes nachträgliches Baugesuch, welches die Beschwerdegegner auf ein Gesuch betreffend ein Schutzgeländer auf einem Garagendach beschränkt haben, und welches die Beschwerdeführerin ohne Durchführung des von ihr selbst angeordneten ordentlichen Baubewilligungsverfahrens abgewiesen hat. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht Gegenstand des Verfahrens ist angesichts der Umschreibung des nachträglichen Baugesuchs durch die Beschwerdegegner und deren während des ganzen Verfahrens bekräftigten Aussage, das Geländer nur als Absturzsicherung für den Unterhalt des Garagendachs, nicht aber für die Nutzung des Dachs als Terrasse angebracht zu haben (vgl. zur entsprechenden Bestätigung im Beschwerdeverfahren: act. 11), die – vergangene, gegenwärtige oder künftige – Umnutzung des Garagendachs in eine Terrasse. Auf das derart umschriebene nachträgliche Baugesuch und darauf, dass das Garagendach nicht als Terrasse genutzt wird, sind die Beschwerdegegner zu behaften. Es bleibt der Beschwerdeführerin vorliegend anheimgestellt, im Rahmen des anstehenden Entscheids über das Baugesuch für die Absturzsicherung ein Verbot für die Nutzung des Dachs als Terrasse zu prüfen und gegebenenfalls zu erlassen (vgl. dazu zur Rechtslage vor 1. Oktober 2017: Art. 130 Abs. 1 des kantonalen Baugesetzes, nGS 32-47; seit 1. Oktober 2017: Art. 159 Abs. 1 lit. c PBG; Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, 2003, Rz. 1201). Von einer Verletzung von Art. 61 Abs. 1 VRP oder einem willkürlichen Eingriff in das Ermessen der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz kann keine Rede sein.



2.5. Soweit die Beschwerdeführerin der Ansicht ist, die Bewilligungsfähigkeit der Nutzung des Garagendachs als Terrasse sei von vornherein auszuschliessen und ein entsprechendes Baugesuch u.a. auch zufolge der fehlenden Grenzabstandsvereinbarung abzuweisen, geht sie ebenfalls fehl (vgl. zur immissionsrechtlichen Bedeutung der Nutzung eines Flachdachs eines baurechtswidrigen Gebäudes als Terrasse: VerwGE B 2018/189 vom 21. November 2018 E. 6.4). Wie die Vorinstanz in E. 2.5 ihres Rekursentscheids zu Recht festgestellt hat, ist Art. 10 Abs. 6 des kommunalen Baureglements auslegungsbedürftig, womit die nachträgliche Bewilligungsfähigkeit einer Nutzung des Garagendachs als Terrasse nicht von vornherein völlig auszuschliessen ist, zumal das neue Recht seit 1. Oktober 2017 auf zwei Seiten offene und ungedeckte Gartensitzplätze von der Bewilligungspflicht ausnimmt (Art. 136 Abs. 2 lit. b PBG). Ebenso ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Beschwerdeführerin offenbar selber davon ausging, die Frage sei nicht derart klar, andernfalls hätte sie direkt die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verfügt anstatt die Beschwerdegegner aufzufordern, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Daran ändert wie dargelegt nichts, dass die Beschwerdegegner in der Folge nur um nachträgliche Bewilligung einer Absturzsicherung ersucht haben und nicht um nachträgliche Bewilligung einer Dachterrasse. Die Frage der Bewilligungsfähigkeit einer Dachterrasse nach Art. 10 Abs. 6 Baureglement ist wie dargelegt und von der Vorinstanz zu Recht erkannt nicht Anfechtungsgegenstand und auch vorfrageweise oder aus prozessökonomischen Gründen nicht zu prüfen, zumal kein Auflage- und Einspracheverfahren durchgeführt wurde (vgl. dazu nachfolgende E. 2.6).

2.6. Ebenfalls nicht stichhaltig sind die Darlegungen der Beschwerdeführerin, weshalb vorliegend kein Auflage- und Einspracheverfahren durchzuführen sei. Die unmittelbare Abweisung eines Baugesuchs ohne Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens wird die Ausnahme bleiben (B. Waldmann, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], a.a.O., Rz. 6.7). Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzulegen, weshalb vorliegend auf die Durchführung des Verfahrens zu verzichten sei, zumal sie beziehungsweise ihre Bauverwaltung es war, welche die nachträgliche Durchführung des ordentlichen Baubewilligungsverfahrens anordnete (act. 9/8/6). Die Durchführung des Meldeverfahrens klärt die Rechtslage nicht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 900); eine Klärung kann nur im Rahmen der Durchführung des ordentlichen



Baubewilligungsverfahrens unter Berücksichtigung allfälliger Einsprachen von Nachbarn herbeigeführt werden. Vorliegend kann wie dargelegt keine Rede davon sei, die Rechtslage bezüglich der Dachnutzung sei nach Art. 10 Abs. 6 Baureglement derart klar, dass von vornherein feststehe, dass das (realisierte) Bauvorhaben nicht bewilligungsfähig sei. Eher könnte man sich mit der Vorinstanz fragen, ob die Absturzsicherung als solche überhaupt baubewilligungspflichtig ist. Die Vorinstanz hat das diesbezügliche Rechtsanwendungsermessen der Beschwerdeführerin, hierfür ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, mit ihrem Entscheid gewährt, was nicht zu beanstanden ist. Es ist denn auch richtig, in Streitfällen (die Behörde wurde offenbar auf Anzeige eines Nachbarn auf das Gelände aufmerksam) ein (ordentliches) Baubewilligungsverfahren durchzuführen, um die Rechtslage für sämtliche Beteiligten unter Einbezug allfälliger rechtmittellegitimierter Nachbarn verbindlich zu klären. Das Vorgehen, wie es die Beschwerdeführerin in act. 6, S. 14 f. anführt (Klärung der Auslegung von Art. 10 Abs. 6 Baureglement ausserhalb eines Baubewilligungsverfahrens und erst anschliessend, falls das Verwaltungsgericht zum Urteil gelangt, die Terrassennutzung sei trotz des verminderten Grenzabstands von 1 m zulässig, Durchführung des Auflage- und Einspracheverfahrens), würde offensichtlich zwingende Verfahrensbestimmungen und die Rechte rechtmittelbefugter Nachbarn verletzen (zur Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung: Art. 81 und 83 ff. BauG; zur heutigen Rechtslage: Art. 139 und 152 ff. PBG).

3. Gestützt auf vorstehende Ausführungen ist die Beschwerde abzuweisen. Auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Verfahrenskoordination und der Bedeutung von Abweichungen in den Plänen gegenüber dem bereits Realisierten muss angesichts des Ergebnisses nicht näher eingegangen werden.

4.

4.1. (...).

4.2. (...).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.



2. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von CHF 3'000 werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Auf die Erhebung wird verzichtet.

3. Die Beschwerdeführerin entschädigt die Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit CHF 2'080 zuzüglich acht Prozent Mehrwertsteuer.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Zürn

Scherrer