

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2010/106 vom 26. Januar 2011

Sg Verwaltungsgericht, 2011-01-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2010_106

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2010/106 du 26 janvier 2011

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2010/106 del 26 gennaio 2011

Regeste

Bau- und Planungsrecht, Art. 77bis Abs. 2 BauG (sGS 731.1). Kann die Baubewilligung für ein materiell rechtswidriges, aber bereits realisiertes Bauvorhaben nicht mehr widerrufen werden, kann hinsichtlich seiner Bestandes- und Erweiterungsgarantie auf die materielle Rechtmässigkeit verzichtet werden. Wird bei einer (ursprünglich) materiell rechtswidrigen Baute die Attikanorm erheblich verletzt, kann eine an sich wenig bedeutende Erweiterung dazu führen, dass die Verstärkung der Rechtswidrigkeit insgesamt als wesentlich bezeichnet werden muss (Verwaltungsgericht, B 2010/106).

Erwägungen

E. 2

Die Beschwerdeführer machen in ihrer Eingabe vom 6. Mai 2010 geltend, sie hätten bereits gegen das erste Baugesuch vom 26. August 2008 Einsprache erhoben.

E. 2.1

Ihre erste Einsprache vom 14. September 2008 hat dazu geführt, dass das Bauvorhaben betreffend Teilüberdachungen der Terrassen der Mehrfamilienhäuser Vers.-Nrn. 1517, 1519 und 1520 am 23. Oktober 2008 verweigert wurde, wobei der Bauabschlag und der gutgeheissene Einspracheentscheid unangefochten in (formelle) Rechtskraft erwachsen sind. Dem entsprechenden Beschluss kommt damit Rechtsbeständigkeit zu, weshalb er grundsätzlich nicht mehr einseitig aufgehoben oder zum Nachteil des Adressaten abgeändert werden kann (Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, § 31 Rz. 10 f.). Demgegenüber war die Baubehörde der irrigen Meinung, der Bauherr könne das gleiche Baugesuch jederzeit wieder einreichen, worauf sie einzutreten habe. So beurteilte sie nur gerade acht Monate später nochmals das exakt gleiche Bauvorhaben, wobei sie dieses im zweiten Durchgang bewilligte und die dagegen erhobene Einsprache der Nachbarn abwies, ohne die formell rechtskräftige Verfügung vom 23. Oktober 2008 zu widerrufen. Ohne einen solchen Widerruf steht der Baubewilligung und dem Einspracheentscheid vom 2. Juli 2009 aber wie gesagt die Rechtskraft des Bauabschlags bzw. der Einspracheentscheid vom 23. Oktober 2008 entgegen.

E. 2.2

Das Baudepartement erachtete das (sinngemässe) Zurückkommen auf den rechtsbeständigen Beschluss gleichwohl als zulässig, weil den Einsprechern nach Ansicht der Baubehörde aus dem Bauvorhaben keinerlei Nachteile erwachsen würden und mit Blick auf das nachträgliche Gutachten vom 21. April 2009 davon ausgegangen werden müsse, dass dem Bauabschlag ein schwerer materieller Fehler anhafte. Dieser Meinung kann sich das Verwaltungsgericht nicht anschliessen. Davon abgesehen, dass sich dem Beschluss vom

2. Juli 2009 nichts entnehmen lässt, dass sich der Gemeinderat mit dem Widerruf des Beschlusses vom 23. Oktober 2008 befasst hätte, können die erlassende Behörde oder die Aufsichtsbehörde eine Verfügung nach Art. 28 VRP nur aufheben oder abändern, wenn der Widerruf die Betroffenen nicht belastet oder wenn er aus wichtigen Interessen geboten ist. Dabei sind die Interessen an der richtigen Durchsetzung der Rechtsordnung, der Schutz allfälliger Drittbetroffener und das Interesse der Betroffenen zu gewichten und gegeneinander abzuwägen (VerwGE B 2008/68 vom 14. Mai 2009, E. 5.1., mit Hinweisen, in: www.gerichte.sg.ch). Wird ein identisches Bauvorhaben, das dank der Intervention der Nachbarn rechtskräftig verhindert wurde, nur wenige Monate später erneut behandelt und entgegen dem ursprünglichen (und erneuten) Antrag der Nachbarn doch noch bewilligt, erleiden diese dadurch offensichtlich einen Nachteil. Auch ist nicht ersichtlich, worin das öffentliche Interesse liegen bzw. wieso ein stossendes und dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufendes Ergebnis vorliegen sollte, wenn bereits rechtswidrig erstellte Wohnhäuser nachträglich nicht noch erweitert werden dürfen. Daran ändert auch nichts, dass ein privater Baujurist, den die Gemeinde im Hinblick auf das zweite Baugesuch für die Rechtsprüfung beauftragt hatte, hinsichtlich der geplanten Erweiterungen zu einer anderslautenden Rechtsauffassung gelangt ist. Ein unterschiedlicher Standpunkt in einer Rechtsfrage wäre lediglich ein Grund dafür, fristgerecht ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen. Bloss eine andere Fachmeinung rechtfertigt es nicht, einen rechtskräftigen Entscheid zu widerrufen, lediglich damit ein auf eine Einsprache hin (rechtskräftig) verweigertes Baugesuch doch noch bewilligt werden kann.

E. 2.3

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde gutzuheissen und der Rekursentscheid und die Baubewilligung aufzuheben sind, soweit darauf einzutreten ist. Nachdem die Vorinstanz mit dem Rekursentscheid eine eigentliche Praxisänderung zur Bestandes- und Erweiterungsgarantie von rechtswidrigen Bauten und Anlagen begründet hat, rechtfertigt es sich, zur Streitsache auch materiell Stellung zu nehmen.

E. 3

Streitgegenstand ist die Baubewilligung der nachträglichen Dachterrassenüberdachungen bei drei von fünf Wohnhäusern der Überbauung "Fünf Schmetterlinge". Die Beschwerdeführer wehren sich unter anderem dagegen, dass ihre Rekurslegitimation auf das Nachbargrundstück Nr. 54 beschränkt wurde.

E. 3.1

Zur Einsprache bzw. zur Erhebung des Rekurses ist berechtigt, wer ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut (Art. 83 Abs. 2 BauG bzw. Art. 45 Abs. 1 VRP). Schutzwürdig ist es, wenn der Betroffene rechtlich geschützte Interessen geltend macht oder wenn eine Verfügung oder ein Entscheid seine tatsächliche Interessenlage mehr berührt als irgendeinen Dritten oder die Allgemeinheit (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 390 mit Hinweisen). Nicht entscheidwesentlich ist, ob der Beschwerdeführer zum Baugrundstück direkten Sichtkontakt hat (VerwGE B 2009/25 vom 15. Oktober 2009 E. 1.2., VerwGE B 2009/219 vom 24. August 2010 E. 3.2.2., beide in: www.gerichte.sg.ch). Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, den ein erfolgreich geführtes Rechtsmittel dem Betroffenen in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation einträgt, bzw. in der Abwendung materieller, ideeller oder sonstiger Nachteile, den ein Bestand der angefochtenen Verfügung oder des Entscheids mit sich bringen würde (Cavelti/Vögeli,

a.a.O., Rz. 391). Das Rechtsschutzinteresse muss hinsichtlich aller Gründe, die der Rekurrent oder Beschwerdeführer vorbringt, gegeben sein und geprüft werden (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 394; B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 934 mit weiteren Hinweisen; GVP 2006 Nr. 32).

E. 3.2

Ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung der Beschwerdebefugnis eines Nachbarn ist die räumliche Nähe seines Grundstücks zum umstrittenen Bauvorhaben. Die räumliche Beziehung ist insbesondere dann gegeben, wenn sie eine Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks nicht ausschliesst (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 414). Das Beschwerderecht wird grundsätzlich anerkannt, wenn die Liegenschaft des Nachbarn unmittelbar an das Baugrundstück angrenzt oder allenfalls nur durch einen Verkehrsträger davon getrennt wird. Dies gilt grundsätzlich auch bei Nachbarn bis im Abstand von etwa 100 m. Daneben wird eine besondere Betroffenheit in Fällen bejaht, in denen von einer Anlage aus mit Sicherheit oder mit grosser Wahrscheinlichkeit Immissionen auf Nachbargrundstücke ausgehen oder die Anlage einen besonderen Gefahrenherd darstellt und die Anwohner dabei einem besonderen Risiko ausgesetzt sind (BGE 1C_40/2010 vom 9. März 2010 E. 2.3 mit Hinweisen, BGE 1C_340/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.2 mit Hinweisen). Bei diesen Abstandsangaben handelt es sich allerdings um keine verbindlichen absoluten Werte. Es ist vielmehr eine Würdigung aller rechtlich erheblichen Sachverhaltselemente vorzunehmen.

E. 3.3

Die vorliegend zur Diskussion stehenden Mehrfamilienhäuser der Schmetterlingsüberbauung liegen 25 m, 65 m und 75 m von der Liegenschaft der Beschwerdeführer entfernt. Das erstere befindet sich vom Grundstück der Beschwerdeführer aus gesehen auf der östlichen Nachbarliegenschaft, die unmittelbar auf der anderen Seite der R.'strasse liegt. Von der baulichen Veränderung der Dachterrasse auf dem Nachbargebäude sind die Beschwerdeführer direkt und somit stärker betroffen als eine beliebige Drittperson. Anders liegt der Fall bei den beiden zurückversetzten Mehrfamilienhäusern Vers.-Nrn. 1519 und 1520, die sich weiter östlich hinter den beiden an der R.'strasse gelegenen Mehrfamilienhäusern Vers.-Nrn. 1517 und 1518 auf den Grundstücken Nrn. 54 und 57 befinden. Weder machen die Beschwerdeführer geltend, noch ist sonst wie ersichtlich, dass die geplanten baulichen Erweiterungen auf diesen beiden zurückversetzten Gebäuden eine Nutzungsänderung bewirken, die bei ihrem Grundstück zu zusätzlichen Immissionen wie Lärm, Beschattung, Mehrverkehr oder anderen wahrnehmbaren Beeinträchtigungen führen könnten. Zwar haben die teilweisen Terrassenüberdachungen und -einwandungen zur Folge, dass die Aussenräume intensiver genutzt werden, indem sich die Bewohner und allfällige Besucher länger und öfters, d.h. zusätzlich bei Regen und abends, wenn es kälter wird, auf den Terrassen aufhalten werden. Davon sind die Beschwerdeführer aber - anders als die Bewohner der dazwischenliegenden Mehrfamilienhäuser Vers.-Nrn. 1517 und 1518 - nicht unmittelbar und intensiver als irgendwelche Dritte oder die Allgemeinheit betroffen.

E. 3.4

Die Rekursinstanz hat die Legitimation der Beschwerdeführer bezüglich der Bauvorhaben auf den Grundstücken Nrn. 55 und 58 somit zu Recht verneint (vgl. dazu VerwGE B 2009/21 vom 11. Mai 2010 E. 2.3., in: www.gerichte.ch). Dies ändert aber nichts an den

vorstehenden Erwägungen, dass die Rechtskraft des Bauabschlags und des gutgeheissenen Einspracheentscheids vom 23. Oktober 2008 einer erneuten Überprüfung grundsätzlich entgegensteht. In jenem Verfahren hat die Baubehörde die Einsprachelegitimation der Nachbarn hinsichtlich der gesamten Überbauung bejaht und deren Einsprache geschützt, wogegen sich die Bauherrschaft innert Frist nicht gewehrt hat.

E. 4

Eine Baubewilligung ist zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen (Art. 87 Abs. 1 BauG). Beim Vorliegen einer Ausnahmesituation darf unter bestimmten Umständen eine Ausnahmegewilligung erteilt werden. Eine solche ausserordentliche Situation liegt vor, wenn bei der Handhabung der Bauvorschriften in Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalls den Bauherrn ein objektiver Nachteil besonders hart treffen würde (Heer, a.a.O., Rz. 736).

E. 4.1

Es ist unbestritten, dass die Baubehörde das Mehrfamilienhaus Vers.-Nr. 1517 bzw. die gesamte Schmetterlingsüberbauung ordentlich bewilligt hat, obwohl sämtliche Mehrfamilienhäuser mit ihren vier Vollgeschossen der zu Grunde liegenden Nutzungszone Kernzone Bauklasse 3 widersprechen sowie die Gebäudehöhe um rund 30 cm überschreiten und damit allesamt materiell rechtswidrig sind. Die Abweichung vom Baureglement liegt - wie die Vorinstanz ausführlich begründet hat - darin, dass die obersten Geschosse als Kombination eines Flach- und Satteldachs ausgeführt wurden und damit Art. 11 Abs. 3 des Baureglements der Politischen Gemeinde B. vom 20. Oktober 1992 bzw. 20. Dezember 2006 (abgekürzt BauR) verletzen, zumal das Reglement eine solche Vermischung nicht vorsieht (VerwGE B 2004/120 vom 25. Januar 2005 E. 2b, in: www.gerichte.sg.ch). An der daraus folgenden Rechtswidrigkeit ändert auch nichts, dass statt der ausgeführten Mischform höhere und voluminösere Gebäude mit Satteldach hätten errichtet werden können. Bauprojekte müssen so beurteilt werden, wie sie sich auf Grund der konkreten Pläne darstellen und nicht wie sie theoretisch, bei einer anderen Ausgestaltung der Dachform ebenfalls denkbar wären. Dazu kommt, dass beim Attikageschoss die über das zulässige Mass nach Art. 11 Abs. 3 BauR hinausgehenden Bauteile nur dann als technisch notwendige Dachaufbauten beurteilt werden können, wenn sie dem darunter liegenden Gebäudeteil dienen (VerwGE B 2009/104 vom 28. Januar 2010 E. 2.3.4., in: www.gerichte.ch). Dies ist vorliegend unbestrittenermassen nicht der Fall. Unbestritten ist auch geblieben, dass für die reglementswidrige Dachform keine Ausnahmegewilligung vorliegt. Zwar brachte die Bewilligungsbehörde im Rekursverfahren vor, sie sei bewusst vom Baureglement abgewichen. Dagegen spricht aber, dass der Baudispens in der Baubewilligung nicht ausdrücklich erwähnt und begründet wurde, was Voraussetzung für eine Ausnahmegewilligung wäre (K. Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürich 2003, S. 22). Davon abgesehen wäre es auch gar nicht ersichtlich, inwiefern die Bauherrschaft einen objektiven Nachteil erleiden würde, wenn sie das 5'000 m² grosse Baugebiet hätte regelkonform überbauen müssen. Hätte eine von den Regelbauvorschriften abweichende Überbauung realisieren werden sollen, hätte dafür ein Sondernutzungsplan nach Art. 22 BauG ff. erlassen werden können.

E. 4.2

Die Beschwerdeführer wenden zusätzlich ein, die Siedlung müsse auch formell als rechtswidrig gelten, weil nicht nachgewiesen sei, dass die Häuser den bewilligten

Bauplänen entsprechen würden. Die Verwaltungsbehörden und das Verwaltungsgericht erheben den rechtserheblichen Sachverhalt zwar von Amtes wegen (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 589), gleichwohl sind sie nicht verpflichtet, von sich aus nach Unrichtigkeiten in der Sachverhaltsfestlegung des vorinstanzlichen Entscheids zu suchen (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 634). Nachdem weder aus den Ausführungen der Beschwerdeführer hervorgeht noch sonst wie ersichtlich ist, dass und inwiefern die Siedlung "Fünf Schmetterlinge" bzw. das vorliegend zur Diskussion stehende Mehrfamilienhaus Vers.-Nr. 1517 abweichend von den rechtskräftigen Bauplänen erstellt worden sind, muss von der formellen Rechtmässigkeit des Gebäudes Vers.-Nr. 1517 ausgegangen werden.

E. 4.3

Sind Bauten und Anlagen rechtmässig erstellt worden, garantieren Art. 26 Abs. 1 der Bundesverfassung (Eigentumsgarantie, SR 101) und Art. 77bis Abs. 1 Satz 1 BauG deren Bestand, selbst wenn sie den geltenden Vorschriften und Plänen widersprechen. Die Bestandesgarantie schützt darüber hinaus werterhaltende Unterhaltsarbeiten. Nicht gedeckt sind Eingriffe in die Substanz und in die Grundstruktur der Baute, wie Umbauten, Erweiterungen und Zweckänderungen (Willi, a.a.O., S. 43 ff.). Der Wiederaufbau im bisherigen Umfang ist unter den Voraussetzungen von Art. 77bis Abs. 1 Satz 2 BauG garantiert. Art. 77bis Abs. 2 BauG legt die Bedingungen fest, wonach rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen auch umgebaut, erweitert und umgenutzt werden können.

E. 4.3.1

In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass Bauten und Anlagen, die materiell rechtmässig erstellt worden sind, bei Inkrafttreten neuer, strengerer Vorschriften Bestandesschutz geniessen (Willi, a.a.O., S. 29). Die Bestandesgarantie besagt insbesondere, dass formell und materiell rechtmässig unter altem Recht erstellte Bauten in ihrem Bestand geschützt bleiben, auch wenn sie nach neuem Recht unzulässig sind (Heer, a.a.O., Rz. 744; GVP 1990 Nr. 93 S. 244, GVP 1977 Nr. 6 S. 11 mit Hinweisen). Dies gilt auch für Umbauten, Zweckänderungen und Erweiterungen im Sinn von Art. 77bis Abs. 2 BauG (VerwGE B 2004/149 vom 22 März 2005 E. 3a, in: www.gerichte.sg.ch). Im Entscheid B 2007/10 vom 11. Juni 2007, E. 3.3.3. (in: www.gerichte.sg.ch) führte das Verwaltungsgericht dagegen mit Hinweis auf Willi, a.a.O., S. 25, aus, dass ein Bauwerk, das gestützt auf eine inhaltlich fehlerhafte baurechtliche Bewilligung erstellt worden sei, nach seiner Errichtung - obwohl materiell rechtswidrig - grundsätzlich durch die Bestandeskraft der Baubewilligung geschützt werde. Dies bedeute, dass sich der Eigentümer eines solchen Bauwerks auf die Besitzstandsgarantie berufen könne, wenn seine Baute zu einem späteren Zeitpunkt durch eine Änderung der materiellen Rechtslage (weitergehend) vorschriftswidrig werde. Daraus folge, dass die bestehende Baute im Sinn von Art. 77bis Abs. 1 BauG trotz einer Reglementsverletzung als seinerzeit rechtmässig erstellt gelte. Somit gelange auch Art. 77bis Abs. 2 BauG zur Anwendung. Mithin ist zu präzisieren, inwiefern die materielle Rechtmässigkeit Voraussetzung für die Bestandes- und Erweiterungsgarantie ist.

E. 4.3.2

Der Grund, weshalb für die Bestandesgarantie von Bauten und Anlagen generell materielle und formelle Rechtmässigkeit verlangt wird, liegt in der Eigenart des Verwaltungsrechts, dass Verfügungen - wie Baubewilligungen - im Grundsatz nicht materiell rechtskräftig werden und somit wie gesagt auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft noch geändert

oder widerrufen werden können, sofern sie sich als (ursprünglich oder nachträglich) fehlerhaft erweisen (Häfelin/Müller/Uhlmann, 6. Auflage, Zürich 2010, Rz. 994 ff.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 31 Rz. 23 ff.). Von entscheidender Bedeutung für die Zulässigkeit der Rücknahme der Baubewilligung ist insbesondere der Zeitpunkt der Entdeckung des Fehlers der Verfügung. Während der Bewilligungsempfänger die Rücknahme einer ursprünglich fehlerhaften Baubewilligung vor Baubeginn grundsätzlich noch hinzunehmen hat, ist dies nach Bauvollendung im Grundsatz nicht mehr möglich, wenn der Bauherr von der zu Unrecht erteilten Baubewilligung gutgläubig Gebrauch gemacht und erhebliche Investitionen getätigt hat (M. Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 170 ff.). In diesem Fall genießt das realisierte Projekt in gleicher Weise Bestandesgarantie wie ein mängelfreies Bauwerk (Ch. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 626). Kommt somit im Einzelfall eine Rücknahme der zu Unrecht erteilten Bewilligung nicht mehr in Betracht, kann das Bauwerk unverändert bestehen bleiben und ist unter besitzstandsrechtlichen Gesichtspunkten nicht anders zu behandeln als eine ursprünglich materiell rechtmässige Baute (Willi, a.a.O., S. 25).

E. 4.3.3

Aus dem Gesagten folgt, dass bei einem bereits realisierten Bauvorhaben, dessen Baubewilligung nicht mehr widerrufen werden kann, hinsichtlich seiner Bestandes- und Erweiterungsgarantie auf die materielle Rechtmässigkeit verzichtet werden kann. Insofern ist die Praxisänderung der vorinstanzlichen Rechtsprechung sachlich begründet, womit dieser auch das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht entgegenstehen (BGE 1C_185/2010 vom 27. Oktober 2010 E. 4.4). Kein Grund für die vorgenommene Praxisänderung wäre allerdings, dass es gegebenenfalls aufwendig sein kann, eine lange Zeit zurückliegende Baubewilligung auf ihre materielle Rechtmässigkeit hin überprüfen zu müssen. Eine solche (mühsame) Überprüfung wird zum Beispiel bei Änderungen von bestehenden zonenwidrigen Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone im Sinn von Art. 24c Abs. 2 des Raumplanungsgesetzes (SR 700) auch weiterhin nötig sein.

E. 4.3.4

Konkret wurde das Mehrfamilienhaus Vers.-Nr. 1517 gemäss rechtskräftiger Baubewilligung - wenn auch materiell baurechtswidrig - erstellt. Die Vorinstanz hat es mit Entscheid vom 21. April 2010 abgelehnt, die Baubewilligung aufsichtsrechtlich zurückzunehmen, und auch sonst steht eine nachträgliche Änderung der (formell) rechtskräftigen Baubewilligung nicht mehr zur Diskussion. Damit gilt das materiell rechtswidrige Mehrfamilienhaus als rechtmässig erstellt, womit ihm grundsätzlich auch die Bestandes- und Erweiterungsgarantie nach Art. 77bis BauG zukommt.

E. 5

Soll ein bestandesgeschütztes rechtswidriges Bauwerk umgebaut, zweckverändert oder erweitert werden, ist dies nach Art. 77bis Abs. 2 Satz 1 BauG nur zulässig, soweit dadurch die Rechtswidrigkeit weder vermehrt noch wesentlich verstärkt wird.

E. 5.1

Eine Vermehrung der Rechtswidrigkeit im Sinn von Art. 77bis Abs. 2 BauG liegt vor, wenn die Änderung zu einer Verletzung zusätzlicher Vorschriften führt, z.B. neben der bestehenden Verletzung des Grenzabstands auch noch zu einer Verletzung der Ausnutzungsziffer. Eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn eine bereits

verletzte Vorschrift in noch stärkerem Ausmass verletzt wird, indem z.B. ein bereits unterschrittener Grenzabstand noch weiter unterschritten oder, selbst wenn er gleich bleibt, durch zusätzliche Bauteile unterschritten wird. Gemäss Art. 77bis Abs. 2 BauG ist es somit beispielsweise möglich, ein Gebäude, das den geltenden Abstandsvorschriften widerspricht, aufzustocken, falls die Aufstockung hinsichtlich der Abstandsverletzung zu keiner wesentlichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit führt und mit den übrigen Vorschriften (Gebäudehöhe, Geschosszahl usw.) vereinbar ist. Möglich ist es beispielsweise auch, ein im Waldabstand liegendes Gebäude durch einen Anbau auf der waldabgewandten Seite zu ergänzen, weil dieser Anbau zu keiner wesentlichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit in Bezug auf den verletzten Waldabstand führt. Nicht durch Art. 77bis Abs. 2 BauG gedeckt ist dagegen zum Beispiel der Ausbau eines bestehenden Gebäudes, wenn dadurch die schon überschrittene Ausnutzungsziffer - vorbehaltlich Art. 77ter BauG - noch zusätzlich wesentlich überschritten oder der Ausbau zu einer Verletzung zusätzlicher Vorschriften führen würde (Heer, a.a.O., Rz. 750 f. mit Hinweis auf die Botschaft zum III. NG zum BauG, in: ABl 1994 S. 2255).

E. 5.2

Wann die Verstärkung der Rechtswidrigkeit wesentlich ist, beurteilt sich grundsätzlich anhand zweier Kriterien, zum einen nach der Schwere der Verletzung des Schutzzweckes der Norm und zum anderen nach dem Ausmass, in dem ein bestehender rechtswidriger Gebäude- oder Anlageteil erweitert werden soll. Unwesentlich ist eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit nur, wenn weder der Schutzzweck der Norm erheblich beeinträchtigt noch die Erweiterung des bestehenden rechtswidrigen Teils für sich allein oder zusammen mit dem weiteren Gebäude als bedeutsam bezeichnet werden muss (vgl. Heer, a.a.O., Rz. 752 mit Hinweisen).

E. 5.3

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen von Art. 77bis Abs. 2 BauG für die geplante Erweiterung als erfüllt betrachtet, derweil die Beschwerdeführer sowohl eine massive Verstärkung als auch eine Vermehrung der Rechtswidrigkeit rügen.

E. 5.3.1

Es ist unbestritten, dass die Schmetterlings-Überbauung - und damit auch das Gebäude Vers.-Nr. 1517 - die Bestimmungen betreffend die Gebäudehöhe nach Art. 11 BauR, betreffend die Berechnung der Geschosszahl nach Art. 9 BauR und betreffend die Dachaufbauten gemäss Art. 17 BauR verletzt. Eine zusätzliche Vorschrift wird nicht tangiert, indem die geplanten Dachterrassenüberdachungen neu auch noch die so genannte Mantellinie überschreiten, welche die Baubehörde für die Begründung der unzulässigen Kombination der Attika- und Schrägdachnormen herangezogen hat. Eine Vermehrung der Rechtswidrigkeit kann daher ausgeschlossen werden.

E. 5.3.2

Zur Beurteilung, ob die geplante Erweiterung zu einer wesentlichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit führt, ist auf jenen Bereich des Mehrfamilienhaus abzustellen, der die Bauteile zur materiell rechtswidrigen macht (GVP 2001 Nr. 95 S. 236), d.h. auf jene Teile des vierten Geschosses, die das Dach- zum Vollgeschoss machen und nicht auf das gesamte Gebäude.

E. 5.3.3

Beim zur Diskussion stehenden Mehrfamilienhaus Vers.-Nr. 1517 werden die Bestimmungen verletzt, wonach der Neigungswinkel von 45° von der Schnittlinie der Längsfassaden mit der Flachdachhaut nicht überschritten (Art. 11 Abs. 3 BauR) bzw. wonach Dachaufbauten nur höchstens die Hälfte der jeweiligen Gebäudeseite einnehmen dürfen (Art. 17 Abs. 1 BauR), indem das oberste Geschoss auf der Nordseite auf einer Länge von 18 m um 0,7 m zu weit vorspringt bzw. auf 9 m sogar fassadenbündig ist, ohne als Dachaufbaute gelten zu können. Auf der Südseite steht die Fassade auf der Gesamtlänge von 27 m um ungefähr 0,4 m zu weit vor. Zusätzlich wird die Gebäudehöhe um rund 30 cm überschritten. Diese Abweichungen sind insgesamt gravierend und führen nicht nur dazu, dass die Nachbarn mit einem erheblich grösseren Gebäude konfrontiert sind, als nach den Regelbauvorschriften erlaubt wäre, sondern auch dazu, dass der Zonenplan verletzt und die Nutzungsplanung um eine ganze Bauklasse überschritten wird.

E. 5.3.4

Die Vorinstanz verneint eine wesentliche Verstärkung der Rechtswidrigkeit, obwohl ausgerechnet der bereits massiv rechtswidrige Teil des Gebäudes nochmals um ein 27 m 2 grosses und rund 2,5 m hohes Dach auf drei Säulen samt Windschutzwand von 5,3 m 2 erweitert werden soll. Zur Begründung bringt sie an, das betroffene Geschoss könne auf Grund der bereits rechtswidrigen Ausmasse ohnehin nicht mehr als Dachgeschoss gelten, sondern müsse als zonenwidriges viertes Vollgeschoss bezeichnet werden. Dieser Argumentation kann sich das Gericht nicht anschliessen. Die Begründung der Vorinstanz, das oberste Stockwerk müsse ohnehin schon als Vollgeschoss gelten, würde nämlich dazu führen, dass jede weitere noch so grosse Verstärkung als unwesentlich bezeichnet werden müsste, solange damit die Grenze zu einem weiteren Vollgeschoss nicht überschritten würde. Dies widerspricht aber dem Sinn und Zweck von Art. 77bis Abs. 2 BauG, und das Gegenteil ist der Fall. Ist die bestehende Rechtswidrigkeit bereits erheblich, kann eine an sich wenig bedeutende Erweiterung bereits dazu führen, dass die Verstärkung der Rechtswidrigkeit insgesamt als wesentlich bezeichnet werden muss.

E. 5.3.5

Nachdem vorliegend das Mehrfamilienhaus im Bereich des so genannten Attikageschosses bereits massiv von den Regelbauvorschriften abweicht, kann bei einer zusätzlichen Erweiterung im ohnehin schon verletzten Neigungswinkel von 45° mit einer seitlichen Einwandung von mehreren Quadratmetern und einer zusätzlichen Überdachung der Dachterrasse über eine Länge von 9 m und einer Tiefe von 3 m offenkundig nicht mehr von einer unwesentlichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit gesprochen werden. Daraus folgt, dass die Beschwerde auch hinsichtlich der Baubewilligung der Terrassenüberdachungen des Mehrfamilienhauses Nr. 1517 geschützt werden müsste, selbst wenn der angefochtenen Baubewilligung nicht bereits die Rechtskraft des Beschlusses vom 23. Oktober 2008 entgegenstünde.

E. 6

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, soweit die Vorinstanz ihrerseits nicht auf den Rekurs eingetreten ist und der aufsichtsrechtlichen Anzeige keine Folge geleistet hat. Darüber hinaus ist die Beschwerde gutzuheissen, da der erneuten Beurteilung der identischen Streitsache (Teilüberdachung der Terrassen der Schmetterlingsüberbauung) die Rechtskraft des Bauabschlags bzw. des Einspracheentscheids vom 23. Oktober 2008 entgegensteht. Falls die Baubehörde das

bereits behandelte, identische Baugesuch als Wiedererwägungsgesuch im Sinn von Art. 27 VRP verstanden und sinngemäss als solches hätte behandeln wollen, hätte sie den rechtskräftigen Beschluss förmlich widerrufen müssen, bevor sie in gleicher Sache nochmals - und dieses Mal entgegengesetzt - hätte entscheiden können. Einem Widerruf nach Art. 28 VRP stünde allerdings entgegen, dass er zum einen die ursprünglich obsiegenden Einsprecher belasten würde und zum anderen nicht aus öffentlichen Interessen geboten wäre.

E. 7.1

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin zu einem Achtel bzw. sieben Achteln aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Die Baugesuchstellerin hat sich am Gerichtsverfahren zwar nicht beteiligt. Als "Verursacherin des Verfahrens" in einem von Einsprechern angestregten Rekurs- bzw. Beschwerdeverfahren kann sie sich aber nicht durch den Verzicht auf eine Antragstellung im Rechtsmittelverfahren vom Kostenrisiko befreien (R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 82). Eine Entscheidgebühr von Fr. 4'000.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Den Beschwerdeführern ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- anzurechnen und im Mehrbetrag zurückzuerstatten. Da die Rekursinstanz auf die Erhebung der amtlichen Kosten verzichtet hat, muss die Verlegung nicht überprüft werden.

E. 7.2

Art. 98bis VRP bestimmt, dass die ausseramtlichen Kosten nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verlegt werden. Eine besondere Regelung gilt beim teilweisen Obsiegen zweier Beteiligter. In Fällen, wo die Beteiligten in unterschiedlichem Mass obsiegen und unterliegen, wird die Entschädigung der mehrheitlich obsiegenden Partei multipliziert mit der Differenz der Bruchteile, für die beide Parteien kostenpflichtig werden. Dieser Grundsatz kommt auch zur Anwendung, wenn der einen Partei keine Entschädigung oder lediglich eine Umtriebsentschädigung zusteht (Hirt, a.a.O., S. 183 f.). Die Beschwerdeführer haben anders als die Beschwerdegegnerin den nötigen Antrag auf Entschädigung gestellt, dem Gemeinweisen steht grundsätzlich kein Entschädigungsanspruch zu (Hirt, a.a.O., S. 149 und 176). Die Beschwerdeführer waren im Beschwerdeverfahren nicht anwaltlich vertreten, weshalb ihnen eine Umtriebsentschädigung auszurichten ist (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP; Hirt, a.a.O., S. 196). Diese ist nicht mehrwertsteuerpflichtig (Hirt, a.a.O., S. 197). Eine Entschädigung von Fr. 500.-- ist angemessen. Mit Blick auf den oben erläuterten Grundsatz sind ihnen davon sechs Achtel bzw. drei Viertel zu vergüten. Im Rekursverfahren haben die Beschwerdeführer - wie die Beschwerdegegnerin - keinen Antrag auf Kostenersatz gestellt. Damit hat es sein Bewenden. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten wird, gutgeheissen und der angefochtene Entscheid des Baudepartments vom 21. April 2010 in Ziff. 1 aufgehoben. Aufgehoben wird auch der Beschluss des Gemeinderats B. vom 2. Juli 2009 betreffend die Baubewilligung Nr. 31/2009 und die Abweisung der Einsprache.
- 2./ An die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 4'000.-- bezahlen die Beschwerdeführer Fr. 500.-- und die Beschwerdegegnerin Fr. 3'500.--. Den Beschwerdeführern wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- angerechnet und im Mehrbetrag von Fr. 2'500.-- zurückerstattet.
- 3./ Die Beschwerdegegnerin bezahlt an die Parteikosten der

Beschwerdeführer Fr. 375.--. Weitere ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W. Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Versand dieses Entscheids an: - die Beschwerdeführer - die Vorinstanz - die Beschwerdegegnerin - die Beschwerdebeteiligte am: Rechtsmittelbelehrung: Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.