



|                           |                                   |
|---------------------------|-----------------------------------|
| <b>Fall-Nr.:</b>          | 19-5637                           |
| <b>Stelle:</b>            | Generalsekretariat Baudepartement |
| <b>Instanz:</b>           | Baudepartement                    |
| <b>Publikationsdatum:</b> | 28.05.2020                        |
| <b>Entscheiddatum:</b>    | 01.05.2020                        |

## **BDE 2020 Nr. 35**

**Art. 12 VRP, Art. 56 Abs. 1 BauG, Art. 8 Abs. 1 BV. Als Fassaden gelten nur die tragenden, im Regelfall bis auf die Fensteröffnungen geschlossenen und Witterungsschutz bietenden Gebäudeabschlüsse, wie Aussenwände und Dächer, die zusätzlich auch die energetisch erforderliche Isolation nach Aussen aufweisen. Der eigentlichen Gebäudefassade vorgelagerte Bauteile (offene oder geschlossene Balkone, Geländer etc.) oder nicht thermisch relevante Balkonverglasungen werden nicht als Aussenfassade betrachtet. Dementsprechend ist ein Dachgeschoss von dieser Fassade und nicht von den vorgelagerten Bauteilen zurück zu versetzen (Erw. 5). Die bisherige Praxis der Vorinstanz, wonach beim Fassadenbegriff auch auf das Erscheinungsbild der vorgelagerten Bauteile abgestützt werden dürfe, wurde als unrechtmässig eingestuft (Erw. 6.3). Weil die Vorinstanz die Änderung der Praxis in Aussicht gestellt hatte und dem Prinzip der Gesetzmässigkeit Vorrang beizumessen ist, wurde ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht verneint (Erw. 6.5). // (Dieser Entscheid wurde mit VerwGE B 2020/86 vom 6. November 2020 bestätigt.)**

BDE 2020 Nr. 35 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



19-5637

## Entscheid Nr. 35/2020 vom 1. Mai 2020

---

Rekurrent

**A.**\_\_\_\_  
vertreten durch lic.iur.HSG Liliane Kobler, Rechtsanwältin,  
Museumstrasse 35, 9004 St.Gallen

gegen

---

Vorinstanz

**Gemeinderat Z.**\_\_\_\_ (Entscheid vom 1. Juli 2019)

---

Betreff

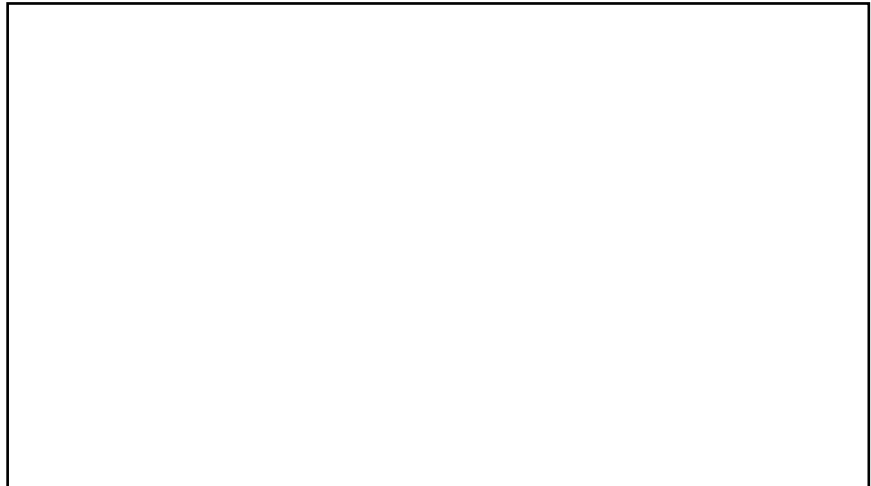
Baugesuch (Terrassendach)



## Sachverhalt

### A.

Die Stockwerkeigentümergeinschaft B.\_\_\_\_ ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001, Grundbuch Z.\_\_\_\_. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 3. April 1996 im nord-westlichen Bereich in der Wohnzone (W3) und im südöstlichen Teil in der Wohn-Gewerbe-Zone (WG3). Es ist auf dem der W3 zugehörigen Bereich mit einem Mehrfamilienhaus überbaut. A.\_\_\_\_ ist Miteigentümer innerhalb der Stockwerkeigentümergeinschaft B.\_\_\_\_. In seinem Sondernutzungsrecht steht die nordwestliche Hälfte des Attikageschosses mit der südwestlich vorgelagerten Terrassenhälfte.



Auszug aus dem Zonenplan

### B.

**a)** A.\_\_\_\_ beabsichtigte die Erstellung eines Terrassendachs auf seiner Terrassenhälfte und suchte hierfür das Gespräch mit der Gemeinde. Sowohl an der Besprechung vom 15. Januar 2019, als auch an einer weiteren Sitzung vom 16. Mai 2019, an der auch seine Rechtsvertreterin lic.iur.HSG Liliane Kobler, Rechtsanwältin, St.Gallen, teilnahm, wurde A.\_\_\_\_ seitens Gemeinde mitgeteilt, dass man einem allfälligen Baugesuch nicht stattgeben könne.

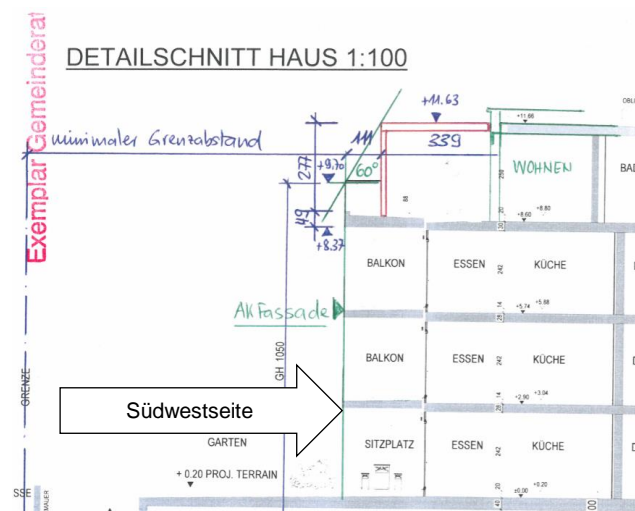
**b)** Mit Baugesuch vom 5. April 2019 (bei der Gemeinde am 16. Mai 2019 eingegangen) beantragte A.\_\_\_\_ beim Gemeinderat Z.\_\_\_\_ dennoch die Baubewilligung für die Erstellung eines Terrassendachs auf seiner Terrassenhälfte mit Verglasung und Beschattung oben und seitlich. Die Metallkonstruktion mit einer Grundfläche von 3,39 m x 7 m sollte gegenüber der gläsernen dunklen Balkonbrüstung an der Südwestseite der Terrasse so zurückversetzt werden, dass ihr höchster Punkt von der Balkonbrüstung unter einem Winkel von 60 Grad zurückliegen würde. Gemäss Angaben in den Bauplänen sollte die Balkonbrüstung der Terrasse zusammen mit denjenigen des 1. und 2.



Obergeschosses zur Ausserkante Fassade (AK-Fassade) des Mehrfamilienhauses zählen bzw. Bestandteil der Fassade an der Südwestseite sein.



Fotomontage zum Terrassendach auf dem Mehrfamilienhaus M.\_\_\_\_strasse 1 in Z.\_\_\_\_ mit der Nordost- und Südwestseite



Detailschnitt Baugesuch vom 5. April 2019

c) Innert der Auflagefrist vom 27. Mai bis 11. Juni 2019 gingen keine Einsprachen gegen das Bauvorhaben ein.

d) Mit Beschluss vom 1. Juli 2019 verweigerte der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ die Baubewilligung. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, das Bauvorhaben sei mit Art. 7 Abs. 3 des Baureglements der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 18. September 2006 (abgekürzt BauR) nicht vereinbar. Nach dieser Bestimmung würden Geschosse, die von der maximalen Gebäudehöhe aus gemessen unter einem Winkel von 60 Grad von der Fassade zurückliegen, als Dachgeschosse (max. Umhüllung) gelten. Sie dürften einen Kniestock von max. 1 m innen gemessen (Oberkant fertig Boden bis Schnittpunkt Innenwand mit Dachuntersicht) nicht überschreiten, wobei diese Beschränkungen nur auf den Gebäudelängsseiten gelten würden. Für Attikabauten



werde die Umhüllungslinie bei der tatsächlichen Fassade angesetzt. Als Fassade sei derjenige Bauteil zu bezeichnen, der statisch tragende Funktionen aufweise und die Wärmedämmung beinhalte. Alle Teile eines Attikageschosses hätten innerhalb der definierten Umhüllung zu liegen, was beim Bauvorhaben nicht der Fall sei. Für die optische Wahrnehmung der Fassade sei nicht nur die Längsfassade massgebend. Es seien auch die Seitenfassaden miteinzubeziehen. Die Ausführungspläne und die Fotodokumentation würden belegen, dass die Balkone bei den Seitenansichten nicht als Teil der Fassaden, sondern als Vorbauten wahrnehmbar seien. Dies insbesondere dadurch, dass die Balkone beim Mehrfamilienhaus an der M.\_\_\_\_strasse 1 offen, materiell und farblich anders als die Hauptfassade (gedämmte Fassade) gestaltet worden seien. Die Beurteilung entspreche der gängigen Praxis der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_. Die vom Gesuchsteller angeführten Art. 92 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) und Art. 56 des Baugesetzes vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) seien zur Festlegung der Grenzabstände anwendbar. Für die Beurteilung des Attikageschosses seien diese nicht massgeblich.

### **C.**

Gegen diesen Beschluss erhob A.\_\_\_\_ durch seine Rechtsvertreterin mit Schreiben vom 16. Juli 2019 Rekurs beim Baudepartement. Mit Rekursergänzung vom 13. August 2019 werden folgende Anträge gestellt:

1. Der Entscheid des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ gemäss Protokollauszug vom 1. Juli 2019 betreffend das Baugesuch Nr. 2019-0050 des Rekurrenten (Erstellung Terrassendach – Verweigerung Baubewilligung) sei aufzuheben.
2. Die Angelegenheit sei zur Erteilung und Ausfertigung der Baubewilligung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich gesetzlich geschuldeter Mehrwertsteuer von 7,7%.

Zur Begründung wird zur Hauptsache geltend gemacht, aus der Formulierung von Art. 7 Abs. 3 BauR ergebe sich nicht, dass sich die für die Umhüllungslinie massgebende Fassade über die Materialisierung definiere. Der Begriff der Fassade werde auch im PBG nicht näher umschrieben. Hingegen werde er in der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (abgekürzt IVHB) umschrieben. Jener Fassadenbegriff gelte auch im PBG, was sich beispielsweise an der Definition des Grenzabstands zeige, wonach die kürzeste im Grundriss gemessene Entfernung zwischen Grenze und Fas-



sade als Grenzabstand gelte. Auch hier sei die Fassade die Mantelfläche, gebildet aus den lotrechten Geraden durch die äussersten Punkte des Baukörpers über dem massgebenden Terrain. Die Vorinstanz habe somit nicht den Fassadenbegriff verwendet, wie er im PBG und dem gemeinsamen BauR der Gemeinden V.\_\_\_\_, W.\_\_\_\_, X.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_ sowie dem Anhang 1 zur IVHB definiert werde. Vielmehr habe sie einen weiteren weder im kommunalen noch im kantonalen Baurecht abgestützten eigenen Fassadenbegriff erschaffen, indem sie für die Umhüllungslinie bei der "tatsächlichen" Fassade ansetze und damit auf eine Funktions- und Materialbeschreibung abstelle. Die Vorinstanz gehe noch weiter, indem sie in rechtlich unhaltbarer Weise auch die optische Betrachtungsweise zur Beurteilung der Frage heranziehe, welche Fassade für die Umhüllungslinie massgebend sei. Obwohl im Entscheid klar festgehalten werde, dass die Balkone Teil der Hauptbaute seien, führe die Vorinstanz im Widerspruch dazu aus, dass die Balkone bei den Seitenansichten optisch nicht als Teil der Fassaden, sondern als Vorbauten wahrnehmbar seien. Das Baugesuch werde somit faktisch aufgrund der optischen Seitenansicht abgewiesen, was sich weder auf das PBG noch auf das BauR abstützen lasse. Die Vorinstanz verkenne, dass der Fassadenbegriff sowohl bei der Regelung des Grenzabstands als auch beim Attikageschoss der gleiche sei. Obwohl in den Gemeinden V.\_\_\_\_, W.\_\_\_\_, X.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_ das gleiche BauR anwendbar sei, würden Bauvorhaben wie dasjenige des Rekurrenten in den anderen Gemeinden ohne weiteres bewilligt. Selbst in Z.\_\_\_\_ sei es trotz angeblich gängiger Praxis zu Bewilligungen gekommen, namentlich an der M.\_\_\_\_strasse 2 und der N.\_\_\_\_strasse 3. Vor diesem Hintergrund werde deshalb die Durchführung eines Augenscheins beantragt. In der Folge werden vom Rekurrenten weitere Objekte in Z.\_\_\_\_ und den Gemeinden W.\_\_\_\_, X.\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_ aufgezählt. Das Baugesuch sei bei rechtmässiger Auslegung des Fassadenbegriffs bewilligungsfähig. Art. 7 BauR sei seitens der Vorinstanz willkürlich angewendet worden.

#### **D.**

**a)** Mit Schreiben vom 20. August 2019 lässt die Stockwerkeigentümergeinschaft B.\_\_\_\_, vertreten durch die C.\_\_\_\_ Treuhand, mitteilen, sie habe an der letzten Eigentümerversammlung die Zustimmung für die Erstellung des Terrassendachs erteilt.

**b)** Mit Vernehmlassung vom 18. September 2019 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, es gehe vorliegend bloss um die Frage, ob das Bauvorhaben gegen Art. 7 Abs. 3 BauR verstosse und somit das Attikageschoss zum Vollgeschoss mache. Hingegen gehe es nicht um den Grenzabstand oder ähnliches. Aus den Gesuchsunterlagen und der Baubewilligung vom 17. September 2013 zum Mehrfamilienhaus an der M.\_\_\_\_strasse 1 könne entnommen werden, dass auch die damalige Gesuchstellerin davon ausgegangen sei, dass es sich in den Obergeschossen um Balkone handle. Diese würden zu den Vorbauten und nicht zur Hauptbaute zählen, zumal sie über die Fassade vorspringen täten. Weil die Balkone im bewilligten Baugesuch mehr als 50 %



der Fassadenlänge ausmachen, seien sie im Lichte von Art. 10 Abs. 8 BauR gegenüber den Grenz- und Strassenabständen nicht abstandsprivilegiert. Die unterhalb des Bauvorhabens auf den Ebenen des ersten und zweiten Obergeschosses errichteten, gedeckten und bis zum Erdgeschoss abgestützten Balkone seien auf zwei Seiten offen. Es handle sich deshalb nicht um Loggien, sondern um in den Luftraum ragende Vorbauten. Die Balkone würden denn auch nicht innerhalb des Grundrisses des Gebäudes liegen und damit nicht zu einem darunterliegenden Vollgeschoss zählen. Als Folge davon sei die maximale Umhüllung nach Art. 7 Abs. 3 BauR nicht ab der Aussenkante der Balkone, sondern vielmehr ab der Fassade der Hauptbaute zu messen. Sollten frühere Bewilligungen einmal abweichend erteilt worden sein, so rechtfertige dies keine Gleichbehandlung im Unrecht zu Gunsten des Rekurrenten.

#### **E.**

**a)** Mit der Einladung zum Augenschein wurde die Vorinstanz ersucht, sich am Augenschein zum Bewilligungszeitpunkt der Mehrfamilienhäuser an der M.\_\_\_strasse 2, O.\_\_\_strasse 4 und N.\_\_\_strasse 3 in Z.\_\_\_ zu äussern. Für den Fall, dass man eine Bewilligung in Anwendung des aktuellen Baureglements erteilt habe, sei am Augenschein mit den bewilligten Bauplänen aufzuzeigen, dass es sich bei den jeweiligen obersten Geschossen um Attikageschosse im Sinn des aktuellen Baureglements handle. Der Augenschein wurde am 5. Dezember 2019 in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten durchgeführt. Am Augenschein waren sich die Anwesenden einig, dass von den vom Rekurrenten angeführten Objekten in Z.\_\_\_ nur dasjenige an der M.\_\_\_strasse 2 vergleichbar sei. Seitens der Vorinstanz wurde geltend gemacht, beim Objekt an der M.\_\_\_strasse 2 würden die Loggien von aussen als Teil der Fassade in Erscheinung treten. In der damaligen Beurteilung des Bauvorhabens habe man auf die Materialisierung abgestellt. Wenn die Fassade mit der Loggia eine Einheit bilde, so werde ab dem äussersten Punkt gemessen, wenn es um die Klärung der Frage gehe, ob das oberste Geschoss als Attikageschoss von diesem Punkt unter einem Winkel von 60 Grad zurückzusetzen sei. Jeder Bauwillige in der Gemeinde Z.\_\_\_ werde diesbezüglich gleich beraten. Der Rekurrent hielt dem entgegen, es liege kein sachlicher Grund vor, den 60-Grad-Winkel in einigen Fällen von der gedämmten Fassade und in anderen Fällen von einer anderen Stelle aus zu messen. Damit liege eine Ungleichbehandlung vor.

**b)** Auf Wunsch der Verfahrensbeteiligten wurde dem Augenscheinprotokoll mit Schreiben vom 6. Januar 2020 eine vorläufige Einschätzung zu den Erfolgsaussichten des Rekurses beigelegt. Der zuständige Sachbearbeiter kam hierbei zum Schluss, dass dem Rekurs keine Aussicht auf Erfolg beizumessen sei.

**c)** Mit Stellungnahme vom 5. Februar 2020 hält die Vorinstanz an ihrer Sichtweise fest, wonach sich die beiden Mehrfamilienhäuser an der M.\_\_\_strasse 1 und M.\_\_\_strasse 2 deutlich in der architektoni-



schen Gestaltung und optischen Unterordnung der Wohnaussenbereiche unterscheiden. Beim Mehrfamilienhaus an der M.\_\_\_\_strasse 2 liege die Fassade aufgrund der architektonischen Gestaltung und fehlenden optischen Unterordnung an der Aussenseite der dortigen Loggien. Diese würden deshalb nicht über die Fassade vorkragen und könnten deshalb als Loggien bezeichnet werden.

**d)** Mit Stellungnahme vom 21. Februar 2020 führt der Rekurrent zum Augenscheinprotokoll ergänzend aus, er habe entgegen der Darstellung im Protokoll den Standpunkt vertreten, dass Art. 56 BauG (heutiger Art. 92 Abs. 1 PBG) den Fassadenbegriff klar definiere. Es gebe daher keinen Spielraum, die Fassade als Linie zur Bestimmung des Attikarücksprungs anders zu bestimmen als die Linie für den Grenzabstand. Es gehe nicht an, in einigen Fällen aufgrund der Materialisierung die Aussenseite der Loggien oder Balkone als Fassade festzulegen und in anderen Fällen die Wand hinter den Loggien oder Balkonen. Ausserdem sei am Augenschein seitens der Vorinstanz nochmals bestätigt worden, dass auf die Materialisierung abgestellt werde. Dies sei unhaltbar, weil diese Sichtweise weder in den kommunalen noch in den kantonalen Vorschriften eine Stütze finde.

## **F.**

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten in den vorgenannten Eingaben und diejenigen in einer weiteren Eingabe des Rekurrenten vom 6. März 2020 wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Die Zuständigkeit des Baudepartementes ergibt sich aus Art. 43<sup>bis</sup> 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 PBG in Kraft getreten und das BauG aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Die Baubewilligung wurde am 1. Juli 2019 verweigert und damit nach dem Inkrafttreten des PBG. Auf das vorliegende Verfahren gelangt deshalb grundsätzlich das PBG zur Anwendung, soweit dessen Bestimmungen nicht erst im kommunalen Zonenplan und Baureglement umgesetzt werden müssen und das bis 30. September 2017 gültige BauG vorerst anwendbar bleibt (vgl. hierzu das Kreisschreiben "Übergangsrechtliche Bestimmungen im



Planungs- und Baugesetz" vom 8. März 2017 [nachfolgend Kreisschreiben Übergangsrecht], in: Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1).

### 3.

Der Rekurrent macht zunächst geltend, in den Gemeinden V.\_\_\_\_, W.\_\_\_\_, X.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_ werde das gleiche Baureglement angewendet. Dennoch würden Bauvorhaben wie dasjenige des Rekurrenten in anderen Gemeinden ohne weiteres bewilligt. Selbst in Z.\_\_\_\_ sei es nachweislich trotz "gängiger Praxis" der Vorinstanz zu Bewilligungen gekommen, namentlich an der M.\_\_\_\_strasse 2 und der N.\_\_\_\_strasse 3. In der Folge nennt der Rekurrent insgesamt neun Adressen von Vergleichsobjekten, an denen Terrassendächer erstellt worden seien. Es sei deshalb an diesen Adressen ein Augenschein durchzuführen.

**3.1** Im Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich die Untersuchungsmaxime. Die Verwaltungsbehörden haben den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig zu ermitteln und die Beweise zu erheben (CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 589 mit Hinweisen). Nach Art. 12 VRP ermittelt die Behörde oder das von ihr beauftragte Verwaltungsorgan den Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen (BDE Nr. 81/2015 vom 7. Dezember 2015 Erw. 3.1; Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2005/IV/33). Weil die Behörde von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen hat, ist sie nicht an die Vorbringen der Beteiligten gebunden. Sie darf daher die Beweisabnahme ablehnen, wenn der zu beweisen beabsichtigte Sachverhalt rechtlich unerheblich ist oder bereits feststeht, oder wenn die Behörde den Sachverhalt gestützt auf ihre eigene Sachkenntnis beziehungsweise jene ihrer fachkundigen Amtsstellen zu würdigen vermag (BDE Nr. 53/2016 vom 7. November 2016 Erw. 2.1).

**3.2** Soweit der Beweis Antrag auf die Durchführung eines Augenscheins in anderen Gemeinden zielt, ist er zum vornherein irrelevant, zumal der Rekurrent eine Ungleichbehandlung durch die Vorinstanz geltend macht. Sollten in anderen Gemeinden tatsächlich vergleichbare Objekte bewilligt worden sein, so stösst der Vorwurf gegen die Vorinstanz ins Leere. Ferner ist die Vorinstanz der Aufforderung in der Einladung zum Augenschein gefolgt und hat am Augenschein zunächst erklärt, dass von den vom Rekurrenten genannten Vergleichsobjekten nur diejenigen an der M.\_\_\_\_strasse 2 und der N.\_\_\_\_strasse 3 unter dem heute geltenden Baureglement genehmigt wurden und somit vergleichbar wären. Bei demjenigen an der N.\_\_\_\_strasse 3 würden die Balkone insgesamt weniger als 50 % der Fassadenlänge einnehmen, so dass es nicht vergleichbar sei. Vergleichbar sei nur das Mehrfamilienhaus an der M.\_\_\_\_strasse 2. Zu diesem Mehrfamilienhaus wurde ein Satz der bewilligten Baupläne am Augenschein vorgelegt und in der Folge einige Kopien für die Akten und den Rekurrenten erstellt. Mit den Kopien kann beurteilt werden, ob damals tatsächlich mit



dem Mehrfamilienhaus an der M.\_\_\_\_strasse 2 ein vergleichbares Objekt bewilligt wurde und dem Rekurrenten allenfalls unter dem Gesichtspunkt der bisherigen Praxis der Vorinstanz ein Anspruch auf eine Gleichbehandlung zusteht. Weitere Beweisabnahmen, namentlich die beantragte Durchführung eines Augenscheins an anderen Örtlichkeiten innerhalb und ausserhalb der Gemeinde Z.\_\_\_\_, erübrigen sich damit.

#### **4.**

Der Rekurrent macht geltend, es gebe nur einen Fassadenbegriff. Dieser Begriff werde in Art. 92 Abs. 1 PBG nicht näher umschrieben. Hingegen werde er in der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (abgekürzt IVHB) definiert.

**4.1** Es ist zunächst zu klären, ob das PBG oder allenfalls die IVHB für die Bestimmung des Begriffs der Fassade massgeblich sind. Gemäss Anhang zum Kreisschreiben Übergangsrecht ist die Bestimmung zum Grenzabstand in Art. 92 PBG nicht direkt anwendbar. Deren Anwendung erfordert eine Umsetzung im kommunalen Recht. Eine Umsetzung im kommunalen Recht ist unter anderem erforderlich, weil nach Art. 92 Abs. 1 PBG allseits der gleiche Grenzabstand gelten soll und damit die heutige kommunale Regelung in Art. 8 BauR mit der bisherigen Unterscheidung zwischen grossem und kleinem Grenzabstand entfallen würde. In Bezug auf die IVHB ist festzustellen, dass bis heute in 16 Kantone Beitrittsbeschlüsse gefasst haben. Der Kanton St.Gallen zählt nicht zu diesen Kantonen (<http://ivhb.ch/was-ist-ivhb>). Im Jahr 2010 stimmte der Kantonsrat vielmehr dem Antrag der Regierung zu, der IVHB nicht beizutreten. Die IVHB sei mit den im Rahmen der Totalrevision angestrebten Harmonisierungs- und Standardisierungsschritten nicht zu vereinbaren (siehe Bericht der Regierung vom 29. Juni 2010 "Hauptziele der Totalrevision des Baugesetzes und Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe", <https://www.ratsinfo.sg.ch/geschaefte/1969#overview>).

**4.2** Entsprechend ergibt sich, dass weder das PBG noch die IVHB vorliegend anwendbar sind. Für die Auslegung des Fassadenbegriffs ist damit das BauR und das BauG sowie die bisherige Praxis massgeblich. Zu prüfen bleibt, inwiefern hierfür der vom Rekurrenten angeführte Art. 56 Abs. 1 BauG beim strittigen Bauvorhaben von Bedeutung ist, zumal sich die besagte Bestimmung mit dem Grenzabstand von Bauten befasst.

#### **5.**

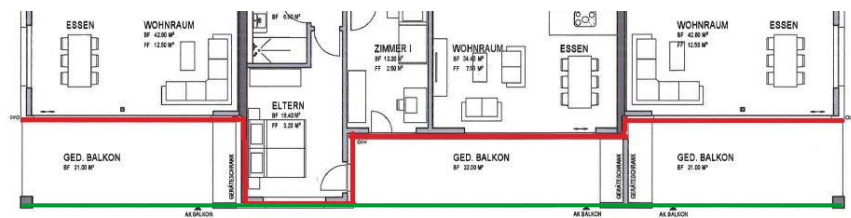
Die Vorinstanz hat die Bewilligung verweigert, weil das Terrassendach nicht mit Art. 7 Abs. 3 BauR vereinbar sei.

**5.1** Art. 7 BauR steht unter dem Titel "Definitionen". In Abs. 3 wird definiert, wann ein Geschoss als Dachgeschoss zu gelten hat und damit bei der Berechnung der Vollgeschosszahl nicht berücksichtigt werden muss:

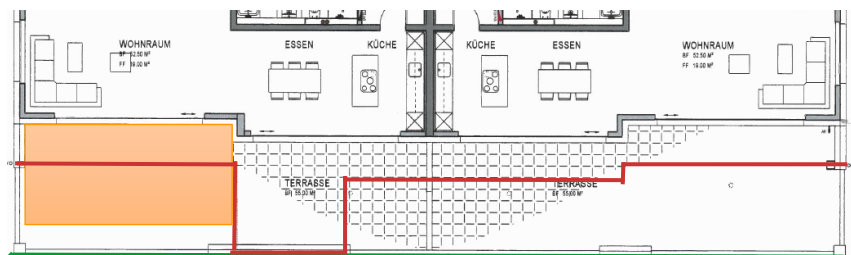
Geschosse, die von der maximalen Gebäudehöhe aus gemessen unter einem Winkel von 60° von der Fassade zurückliegen, gelten als Dachgeschosse (max. Umhüllung). Sie dürfen einen Kniestock von max. 1.0 m innen gemessen (Oberkant fertig Boden bis Schnittpunkt Innenwand mit Dachuntersicht) nicht überschreiten. Diese Beschränkungen gelten nur auf den Gebäudelängsseiten.

Weil in der W3 in Z. \_\_\_ drei Vollgeschosse zulässig sind und mit dem Erdgeschoss, dem 1. Obergeschoss und dem 2. Obergeschoss bereits drei Vollgeschosse beim Mehrfamilienhaus an der M. \_\_\_ strasse 1 vorhanden sind, darf die mit dem Terrassendach vorgesehene Erweiterung nicht dazu führen, dass das heutige Attikageschoss zu einem Vollgeschoss wird. Dies ist unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten.

**5.2** Uneinigkeit herrscht jedoch bei der Frage, wo die Fassade an der Südwestseite im vorgelagerten Bereich des Terrassendachs verläuft. Die nachfolgenden Abbildungen zeigen den Verlauf der Südwestfassade gemäss Auslegung der Vorinstanz (rote Linien) und dessen Verlauf gemäss Auslegung des Rekurrenten (grüne Linien). Der durch das geplante Terrassendach abgedeckte Bereich im Attikageschoss wurde orange eingefärbt.



2. Obergeschoss



Attikageschoss

(Quelle: mit Baubewilligung vom 2. September 2013 genehmigte Pläne zum 2. Obergeschoss und Attikageschoss des Mehrfamilienhauses an der M. \_\_\_ strasse 1)

**5.2.1** Aus dem angefochtenen Beschluss ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz die Umhüllungslinie bei Attikabauten bei der tatsächlichen Fassade ansetzt und als Fassade derjenige Bauteil bezeichnet wurde, der eine statisch tragende Funktion aufweist und die Wärmedämmung beinhaltet. Für Verwirrung dürfte gesorgt haben, dass wenig später der vom Rekurrenten im Baugesuch eingeführte Begriff der "Ausserkant-Fassade" durch die Vorinstanz aufgegriffen und hierzu erwähnt wurde,

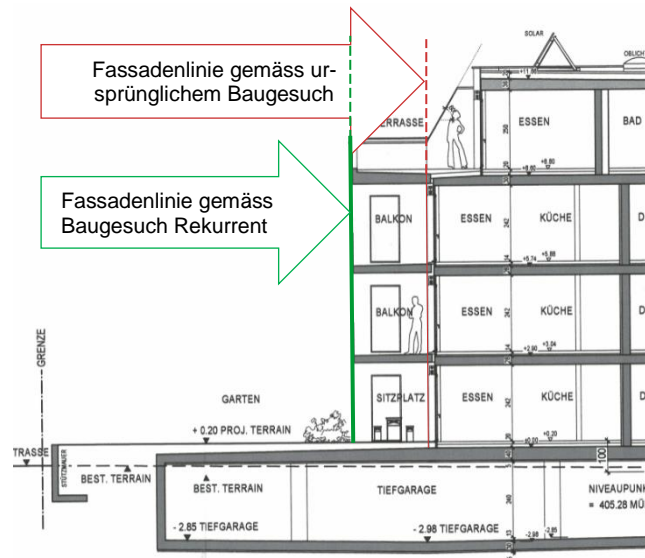


es sei korrekt, dass die Ausserkant-Fassade (Balkone) für die Beurteilung der Grenzabstände herangezogen werde und im vorliegenden Fall die Vorbauten (Balkone) grösser als 50 % der Fassadenlänge seien und somit zu Hauptbauten würden.

**5.2.2** Dieser Sichtweise ist entgegenzuhalten, dass Balkone als an der Fassade vorgelagerte Bauteile stets zu den Vorbauten zählen. Wenn die in Art. 10 Abs. 8 BauR festgelegte maximale Ausdehnung der Vorbauten von mehr als der Hälfte der Fassadenlänge überschritten wird, so werden sie dennoch nicht zu Hauptbauten. Einzige Konsequenz ist bei einer Überschreitung, dass in solchen Fällen die Privilegierung bei Vorbauten in Bezug auf die einzuhaltenden Strassen- und Grenzabstandsvorschriften entfällt. Für die Bemessung des Strassen- und Grenzabstands ist stets die Fassade massgeblich. Wenn Vorbauten die maximal zulässige Ausdehnung überschreiten, so muss die ganze Baute (Hauptbaute und Vorbaute) soweit zurückversetzt werden, bis kein Teil der Vorbaute mehr in den Strassen- oder Grenzabstand ragt.

**5.2.3** Damit besteht entgegen der Ansicht des Rekurrenten kein Widerspruch zwischen den Fassadenbegriffen, die in Art. 56 Abs. 1 BauG für den einzuhaltenden Grenzabstand, und in Art. 7 Abs. 3 BauR für die Definition des Dachgeschosses verwendet werden. In beiden Fällen ist der Abstand ab der Fassade zu messen. Nach Art. 56 Abs. 1 BauG ist der Grenzabstand die kürzeste Entfernung zwischen der Fassade und der Grenze. Der Abstand wird zwischen der Grenze und den äussersten Fassadenteilen eines Gebäudes gemessen. Ausgenommen sind privilegierte Bauteile wie Vorbauten gemäss den Vorschriften in den kommunalen Baureglementen (vgl. B. HEER, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 616). Aus dieser Definition ergibt sich, dass für die Bestimmung der Fassaden die äussersten Punkte des Baukörpers massgebend sind. Als Fassaden gelten nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und der Praxis nur die tragenden, im Regelfall bis auf die Fensteröffnungen geschlossenen und Witterungsschutz bietenden Gebäudeabschlüsse, wie Aussenwände und Dächer, die zusätzlich auch die energetisch erforderliche Isolation nach aussen aufweisen. Der eigentlichen Gebäudefassade vorgelagerte Bauteile, gleich wie offene oder geschlossene Balkone, Balkonbrüstungen, Geländer oder einfache, nicht thermisch relevante Balkonverglasungen, werden dabei nicht als Aussenfassade betrachtet (VerwGE B 2013/28 vom 12. Februar 2014 Erw. 4.4; BDE Nr. 6/2020 vom 6. Februar 2020 Erw. 5.4).

**5.2.4** Auch die D.\_\_\_\_ AG als damalige Gesuchstellerin legte diese Praxis dem ursprünglichen Baugesuch zum Mehrfamilienhaus an der M.\_\_\_\_strasse 1 zugrunde, zumal der durch Art. 7 Abs. 3 BauR für die Rückversetzung des Dachgeschosses vorgeschriebene 60-Grad-Winkel bei der Fassadenlinie angesetzt wurde, die sich aus den äussersten Fassadenteilen der Hauptbaute ergab und nicht bei derjenigen, die sich aus den äussersten Teilen der Vorbauten ergab.



**5.2.5** Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung des Baugesuchs zu Recht auf die Fassade mit der Wärmedämmung abgestützt hat und diese Fassade an der Südwestseite nicht geradlinig verläuft. Nur auf einer Länge von rund 3,80 m verläuft die Fassade auf der gleichen Flucht mit den äussersten Teilen der Vorbauten. Das geplante Terrassendach würde deutlich über die Fassade hinausragen und wäre deshalb klarerweise nicht mit einem 60-Grad-Winkel von derselben zurückversetzt. Es würde zudem als Einrichtung zum Schutz vor Witterung mit seiner vertikalen Ausdehnung die Umhüllung im Lichte von Art. 7 Abs. 4 BauR überschreiten. Damit erweist sich die Erweiterung des Dachgeschosses mit dem geplanten Terrassendach als nicht reglementskonform, weil das Dachgeschoss dann als Vollgeschoss zu gelten hätte und vier Vollgeschosse in der W3 unzulässig sind. Die Verweigerung der Baubewilligung erfolgte somit unter diesem Gesichtspunkt zu Recht.

## 6.

Der Rekurrent macht ausserdem eine Ungleichbehandlung geltend. Die Vorinstanz pflege einen nicht einheitlichen Fassadenbegriff und sei in der Vergangenheit in einzelnen Fällen ohne sachlichen Grund von der behaupteten Praxis abgewichen. Er habe deshalb ebenfalls Anspruch auf die Erteilung einer Baubewilligung.

**6.1** Die Vorinstanz anerkennt, dass sie in der Vergangenheit bei der Beurteilung von Baugesuchen nicht nur auf den (wärmetechnischen) Fassadenbegriff zurückgegriffen hat und Bewilligungen auch dann erteilt wurden, wenn Vorbauten wie Balkone von aussen als Teil der Fassade in Erscheinung traten. Am Augenschein wurden die Baupläne zum vergleichbaren Objekt an der M.\_\_\_\_strasse 2, Grundstück Nr. 002, vorgelegt. Das zugrundeliegende Baugesuch hat die Vorinstanz am 18. Juni 2018 genehmigt. Bei jenem Mehrfamilienhaus wurde für die nach Art. 7 Abs. 3 BauR notwendige Rückversetzung auf die optische Wahrnehmung (Materialisierung) der Gebäudehülle abgestellt. Dabei wurde die Fassade auf die von aussen sichtbaren und



ohne Wärmedämmung ausgestatteten Abschlüsse der Balkone (Loggien gemäss Angaben im Baugesuch) verlagert.



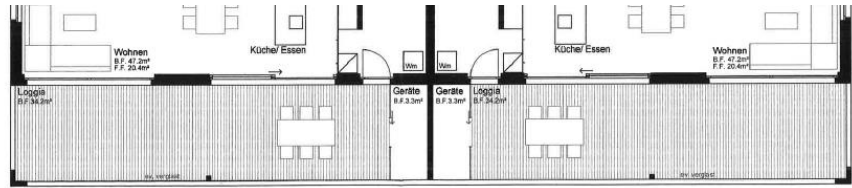
Fassade gemäss Beurteilung der Vorinstanz

Südwestseite des Mehrfamilienhauses an der M. \_\_\_strasse 2 (gemäss Fotodokumentation des Rekurrenten)

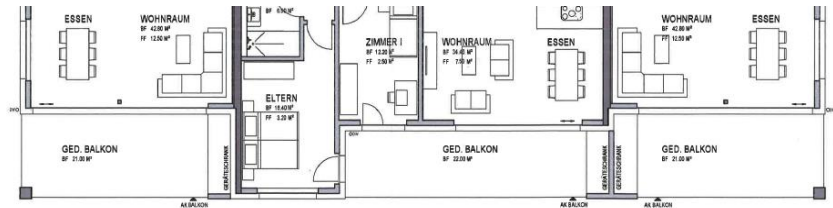


Nordost- und Südwestseite des Mehrfamilienhauses an der M. \_\_\_strasse 1

**6.2** Die Vorinstanz hat bei der Genehmigung des Mehrfamilienhauses an der M. \_\_\_strasse 2 und der Ermittlung der maximal zulässigen Ausdehnung des Dachgeschosses offenkundig nicht auf diejenige Fassade zurückgegriffen, die mit ihrer Wärmedämmung den Wohninnenbereich gegen den über drei Stockwerke überdachten Wohnausserbereich vollständig gegen Witterungseinflüsse schützt. Beim Mehrfamilienhaus an der M. \_\_\_strasse 1 wird bei der Ermittlung der maximal zulässigen Ausdehnung des Dachgeschosses hingegen auf die Fassade zurückgegriffen, die den Wohninnenbereich vollständig gegen Witterungseinflüsse schützt. Scheinbar hat zu dieser Unterscheidung beigetragen, dass der Wohnausserbereich beim Mehrfamilienhaus an der M. \_\_\_strasse 2 als Loggia eingestuft und in der Baueingabe auch so bezeichnet wurde.



Quelle: Pläne zum Erdgeschoss / Umgebung / Ober- u. Dachgeschoss 1:100 zum MFH an der M.\_\_\_\_strasse 2 gemäss Baugesuch



Quelle: Pläne zum EG-Attika, Schnitt 1:100 zum MFH an der M.\_\_\_\_strasse 1 gemäss ursprünglichem Baugesuch

Von der Funktion her betrachtet unterscheiden sich die angeblichen Loggien an der M.\_\_\_\_strasse 2 nicht von den gedeckten Balkonen an der M.\_\_\_\_strasse 1, zumal jene Balkone ebenfalls gegen drei Seiten vor Witterungseinflüssen geschützt werden. Bei den an die Nordwestfassade bzw. an die Südostfassade angrenzenden beiden äusseren Balkonen wird heute unter Einsatz von schiebbaren Glas- oder Kunststoffscheiben ein Witterungsschutz erreicht. In der Baueingabe waren diese Scheiben noch nicht eingezeichnet. Sowohl die Loggien als auch die gedeckten Balkone sind mit einer Wand, Fenster und Türen vollständig gegen den Wohninnenbereich abgegrenzt.

Entgegen der Bezeichnung im Plan zum Erdgeschoss/Umgebung/Ober- u. Dachgeschoss 1:100 zum Mehrfamilienhaus an der M.\_\_\_\_strasse 2 handelt es sich bei den über drei Stockwerke überdachten Wohnaussenbereichen jedoch nicht um Loggien. Auch wenn sich der Begriff der Loggia mit mehreren anderen architektonischen Fachbegriffen überschneidet, unterscheidet er sich vom Balkon dadurch, dass die Loggia hinter die Bauflicht zurückspringt und die Loggia im Gegensatz zum Balkon nicht über die Fassade krägt (vgl. FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Auflage, Wädenswil 2019, S. 1545).

**6.3** Die Einstufung der Wohnaussenbereiche beim Mehrfamilienhaus an der M.\_\_\_\_strasse 2 unter Berücksichtigung der einheitlichen Materialisierung erweist sich deshalb als falsch. Die Wohnaussenbereiche krägen auch hier über die Fassade hinaus und springen nicht wie bei Loggien hinter die Bauflicht zurück. Das von der Vorinstanz beigezogene Kriterium der einheitlichen Materialisierung der sichtbaren Gebäudehülle, um in Einzelfällen bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 3 BauR nicht auf die (wärmedämmende) Fassade zurückzugreifen, widerspricht dem Zweck der Bestimmung. Die Bestimmung dient insbesondere der Nutzungsbeschränkung, indem die Ausdehnung des Dachgeschosses im Sinn einer maximalen Umhüllung



begrenzt wird. Hierbei ist es unbeachtlich, ob die ohne Wärmedämmung ausgestatteten Abschlüsse der Balkone an der M.\_\_\_\_strasse 2 aus dem gleichen Material wie die Fassade oder wie an der M.\_\_\_\_strasse 1 aus anderem Material (dunkles Glas) bestehen.

**6.4** Der Umstand, dass das Gesetz in einem oder in wenigen Einzelfällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt noch keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Für einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird unter anderem verlangt, dass die zu beurteilenden Fälle in den tatbestandserheblichen Sachverhaltselementen übereinstimmen und dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung [SR 100; abgekürzt BV]; vgl. dazu Urteil des Bundesgerichtes 1C\_444/2014 vom 27. Januar 2015 Erw. 4.1 mit Hinweisen; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012, Rz. 1652 ff. und Rz. 1691 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 605 ff., 572 ff. insbesondere 599 ff.). Eine Ausnahme besteht somit höchstens dann, wenn eine ständige gesetzeswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und diese Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft von dieser Praxis nicht abzuweichen gedenkt (BGE 127 I 1 Erw. 3a; 122 II 446 Erw. 4).

**6.5** Die Vorinstanz hat in ihrer Stellungnahme zum Augenscheinprotokoll und nach einer vorläufigen Beurteilung des zuständigen Sachbearbeiters weiterhin ihre Überzeugung zum Ausdruck gebracht, es liege in ihrem Ermessen die architektonische Gestaltung und optische Unterordnung nicht nur bei der Definition der Vorbaute, sondern auch bei der Auslegung des Begriffs der Fassade nach Art. 7 Abs. 3 BauR zu berücksichtigen. Gleichzeitig hat sie auch festgehalten, sie werde einen anderslautenden Entscheid des Baudepartementes akzeptieren und die Bewilligungspraxis auf einen entsprechenden Entscheid ändern, wenn sich dieser mit allen vorgebrachten Argumenten überzeugend auseinandersetze. Vor diesem Hintergrund ist deshalb nicht ohne weiteres zu erwarten, dass die Vorinstanz in Zukunft an ihrer teilweise gesetzeswidrigen Praxis festhalten wird. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht somit nicht.

## **7.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bauvorhaben nicht mit Art. 7 Abs. 3 BauR im Einklang steht und kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht. Der Rekurs erweist sich deshalb als unbegründet und ist abzuweisen.

## **8.**

**8.1** 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. 3'500.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten dem Rekurrenten zu überbinden.



**8.2** Der vom Rekurrenten am 5. August 2019 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird angerechnet.

**9.**

Der Rekurrent und die Vorinstanz stellen ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

**9.1** 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).

**9.2** Weil der Rekurrent mit seinen Anträgen unterliegt, hat er von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Sein Begehren ist deshalb abzuweisen.

**9.3** 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.**

Der Rekurs von A.\_\_\_\_ wird abgewiesen.

**2.**

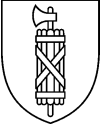
**a)** A.\_\_\_\_ bezahlt eine Entscheidgebühr von Fr. 3'500.–.

**b)** Der am 5. August 2019 von A.\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird angerechnet.

**3.**

**a)** Das Begehren von A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

**b)** Das Begehren der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.



Der Vorsteher

Marc Mächler  
Regierungsrat