



Fall-Nr.: B 2009/104
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 28.01.2010
Entscheiddatum: 28.01.2010

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Januar 2010

Baurecht, Art. 61 Abs. 2 BauG (sGS 731.1), Art. 17 Abs. 3, 21 Abs. 1 und 3 des Baureglements (BauR) der Gemeinde E. Ein Treppenhaus ist keine notwendige Dachaufbaute oder technisch notwendige Baute im Sinn des BauR, weshalb es das oberste Vollgeschoss nicht ausserhalb eines Attikageschosses überragen darf (Verwaltungsgericht, B 2009/104).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

X. und Y.

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. K.

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmlisbrunnenstrasse 54, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,



und

Baugenossenschaft A.,

B. AG

Beschwerdegegnerinnen,

sowie

Politische Gemeinde E.

Beschwerdebeteiligte,

betreffend

Baubewilligung (Mehrfamilienhaus-Überbauung

mit Sammelgarage)

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Das Grundstück Nr. XXXX, Grundbuch E., liegt nach dem Zonenplan der Gemeinde E. in der Wohnzone für zweigeschossige Bauten (W2) und innerhalb des Plangebietes des Überbauungsplans M. vom 12. Februar 2007. Eigentümerin ist die B. AG, E. Nördlich des Grundstücks Nr. 2362 bzw. des Seitenasts der M.strasse befindet sich in leicht angehobener Lage das Grundstück Nr. 0000, Grundbuch E., das ebenfalls der



Wohnzone W2 zugeteilt ist. Das Grundstück ist mit einem im Jahr 2004 erstellten Einfamilienhaus überbaut, Eigentümer sind X. und Y..

Am 2. Juli 2008 reichte die Baugenossenschaft A. beim Gemeinderat E. ein Baugesuch für die Erstellung von drei Mehrfamilienhäusern auf dem Grundstück Nr. XXXX ein. Während der öffentlichen Auflage des Baugesuchs, die vom 15. bis 28. Juli 2008 dauerte, erhoben X. und Y. Einsprache mit dem Begehren, das Baugesuch sei abzuweisen. Dabei wurde zusammenfassend geltend gemacht, das Bauvorhaben weise mehr als die zulässigen zwei Vollgeschosse auf, seine architektonische Gestaltung widerspreche Art. 4 der besonderen Vorschriften (besV) des Überbauungsplans M. und es wirke im bestehenden Einfamilienhausquartier zudem verunstaltend.

Am 21. Januar 2009 erteilte der Gemeinderat E. der Baugenossenschaft A. die Baubewilligung und wies die Einsprache von X. und Y. ab.

B./ Mit Eingaben vom 4. Februar und 12. März 2009 erhoben X. und Y. durch ihren Rechtsvertreter Rekurs beim Baudepartement mit dem Antrag, der angefochtene Einspracheentscheid vom 21. Januar 2009 sei aufzuheben und die Baubewilligung für ein Mehrfamilienhaus mit Sammelgarage/Autoeinstellhalle auf dem Grundstück Nr. XXXX sei nicht zu erteilen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Rekursgegner.

Am 6. Mai 2009 führte das Baudepartement in Anwesenheit der Beteiligten einen Augenschein an Ort und Stelle durch.

Mit Entscheid vom 4. Juni 2009 wies das Baudepartement den Rekurs ab. Es erwog, dass die umstrittenen Aufbauten auf den drei Mehrfamilienhäusern bewilligungsfähig seien. Es handle sich dabei um regelbaukonforme Dachaufbauten, die keine Auswirkung auf die rechtliche Beurteilung des Attikageschosses selbst hätten. Demzufolge weise das Bauvorhaben nicht mehr als die zulässigen zwei Vollgeschosse auf. Weiter sei die Überbauung auch vor dem in Art. 4 besV statuierten Einordnungsgebot nicht zu beanstanden.



C./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 19. Juni 2009 erhoben X. und Y. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, der Rekursentscheid des Baudepartements vom 4. Juni 2009 und die Baubewilligung vom 21. Januar 2009 seien aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. In ihrer Beschwerdeergänzung vom 30. Juli 2009 machen die Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, dass bei allen drei Bauten an der Nordseite das Treppenhaus im obersten Geschoss die Bestimmung zur Qualifikation von Attikageschossen als Dachgeschosse (Art. 17 Abs. 3 des Baureglements der Gemeinde E. vom 3. November 1994, abgekürzt BauR) verletze. Folglich überschreite das Bauvorhaben die Anzahl zulässiger Vollgeschosse und sei nicht bewilligungsfähig. Auf die einzelnen Vorbringen in der Beschwerde wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Das Baudepartement beantragt in seiner Vernehmlassung vom 11. August 2009 die Abweisung der Beschwerde.

Auch die Gemeinde E. schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 3. September 2009 auf Abweisung der Beschwerde.

Die Baugenossenschaft A. und die B. AG beantragen mit Stellungnahmen vom 17. bzw. 18. August 2009 die Ablehnung der Beschwerde.

Die Beschwerdeführer erhielten Gelegenheit, zu den Vernehmlassungen der Verfahrensbeteiligten Stellung zu nehmen. Dies taten sie mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 21. September 2009.

Auf die weiteren Vorbringen der Beteiligten wird, soweit wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerdeführer sind zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingaben entsprechen zeitlich, formal und



inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Streitgegenstand ist die Baubewilligung für die Neubauten auf dem Grundstück Nr. XXXX.

2.1. Unbestritten ist, dass die drei geplanten Mehrfamilienhäuser in der Zone W2 liegen und alle neben dem Untergeschoss, dem Erdgeschoss und dem Obergeschoss ein als Attikageschoss bezeichnetes oberstes Geschoss aufweisen. Weiter ist aktenkundig, dass dieses oberste Geschoss in der Mitte der Nordseite bis zur Hauptfassade vorspringt und somit nicht unter einem Winkel von 45° a.T. vom Schnittpunkt der Fassadenflucht mit der Dachhaut über dem obersten Vollgeschoss zurückliegt. Dieser vorspringende Gebäudeteil beinhaltet das Treppenhaus und die Liftanlage und weist eine Grundfläche von 5,04 m x 3,6 m auf. Bei einer Gesamtlänge von 24 m nimmt der vorspringende Gebäudeteil somit 21 % der nördlichen Gebäudeseite ein.

2.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, aufgrund des vorspringenden Gebäudeteils könne das Attikageschoss nicht als Dachgeschoss qualifiziert werden, da es entgegen der Vorschrift von Art. 17 Abs. 3 BauR nicht allseitig unter dem besagten Winkel von 45° a.T. falle. Insbesondere sei das Treppenhaus und die Liftanlage auch nicht als Dachaufbau oder technisch notwendige Bauteile im Sinne von Art. 21 Abs. 1 bzw. Abs. 3 BauR zu verstehen. Zur Begründung führen sie an, Art. 21 Abs. 1 BauR spreche von Dachaufbauten und Dacheinschnitten, wobei unter Dachaufbauten nur Lukarnen und Schleppgauben auf Giebeldächern zu verstehen seien. Dies ergebe sich zwar nicht direkt aus dem Baureglement von E., sei jedoch in vergleichendem Blick auf Baureglemente anderer St. Galler Gemeinden mit entsprechender Skizzendarstellung ersichtlich. Dort seien regelmässig nur Dachaufbauten bei Giebeldächern dargestellt. Konkret wird auf Art. 20 und den Anhang des Baureglements der Gemeinde Rapperswil-Jona verwiesen. Die Erwähnung des Attikageschosses im Randtitel zu Art. 21 BauR könne nur so verstanden werden, dass die Bestimmung von Abs. 3 über technisch notwendige Bauteile auch für Attikageschosse anwendbar sei. Des weiteren beziehe sich Art. 21 Abs. 3 BauR ausschliesslich auf Bauelemente mit einer technischen Funktion oder auf Bauteile, die durch solche technische Anlagen im engeren Sinne bedingt sind. Ein Treppenhaus sei jedoch weder eine technische Anlage



noch durch eine solche bedingt und könne demzufolge nicht in den Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 3 BauR fallen. Eine entgegenstehende Auffassung sei vor Art. 61 Abs. 2 des Baugesetzes (sGS 731.1, abgekürzt BauG) nicht haltbar, weil diese Bestimmung Treppenhäuser zur nutzbaren Geschossfläche zähle und in die Ausnützungsberechnung einbeziehe. Die Planung eines Treppenhauses sei letztlich eine Frage der baulichen Gestaltung und es sei keineswegs zwingend notwendig, das entsprechende Element in Verletzung von Art. 17 Abs. 3 BauR bis an die Hauptfassade vorspringen zu lassen.

Demgegenüber wendet die Vorinstanz ein, die ausdrückliche Nennung der Attikageschosse im Randtitel von Art. 21 BauR bedinge, dass diese Bestimmung auch auf Attikageschosse anwendbar sei. Somit sei der umstrittene Gebäudeteil schon nach Art. 21 Abs. 1 BauR bewilligungsfähig. Hinzu komme, dass der Gemeinderat E. Treppenhäuseraufbauten im Bereich von Dachgeschossen stets gestützt auf Art. 21 Abs. 3 BauR bewillige. Diese Praxis sei angesichts der nicht abschliessenden Aufzählung einzelner technisch bedingter Aufbauten in Art. 21 Abs. 3 BauR nicht zu beanstanden und decke sich mit der Praxis des Baudepartementes. Dem stehe auch die Aufzählung der Treppenhäuser als nutzbare Geschossfläche gemäss Art. 61 Abs. 2 BauG nicht entgegen. Art. 61 Abs. 2 BauG sei nur in Bezug auf die Ausnützungsberechnung von Bedeutung, nicht hingegen bei der Auslegung der Dachgeschossbestimmungen. Zusammenfassend sei das umstrittene Bauvorhaben und insbesondere die Aufbaute für das Treppenhaus und die Liftanlage sowohl nach Art. 21 Abs. 1 BauR wie auch nach Art. 21 Abs. 3 BauR bewilligungsfähig.

2.3. In der Zone W2, in der sich die Parzelle Nr. 2362 befindet, sind zwei Vollgeschosse zulässig. Betreffend der Dachgestaltung und der Umschreibung von Geschossen bestehen im BauG keine Vorschriften. Entsprechende Regelungen sind den kommunalen Bauvorschriften zu entnehmen (vgl. dazu B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 656 und 690 ff.). Nach Art. 17 Abs. 1 BauR zählt als Vollgeschoss jedes Stockwerk, das weder als Untergeschoss noch als Dachgeschoss gilt. Als Dachgeschosse gelten nach Art. 17 Abs. 3 BauR Geschosse, die im Dachraum liegen und einen Kniestock (Oberkante Fussboden des Dachgeschosses bis Schnittpunkt Fassadenflucht Dachhaut, aussen gemessen) von höchstens 1,10 m aufweisen oder als Attikageschoss unter einem Winkel von 45° a.T. vom Schnittpunkt



der Fassadenflucht mit der Dachhaut über dem obersten Vollgeschoss zurückliegen. Dachaufbauten und Dacheinschnitte sind zulässig, wenn sie architektonisch gut gegliedert und gestaltet sind sowie höchstens 45 % der jeweiligen Gebäudeseite einnehmen (Art. 21 Abs. 1 BauR). Gemäss Art. 21 Abs. 3 BauR sind technisch notwendige Bauteile wie Kamine, Ventilationszüge, Liftaufbauten oder Antennenanlagen unabhängig von den Vorschriften über die Dachaufbauten, Gebäude- und Firsthöhe zulässig, wenn sie das Ortsbild nicht beeinträchtigen; sie sind möglichst klein zu halten, zusammenzufassen und der Sicht zu entziehen.

2.3.1. Zu prüfen ist somit, ob das oberste Geschoss als Dachgeschoss bzw. Attikageschoss im Sinne von Art. 17 Abs. 3 BauR zu qualifizieren ist. Dieser Punkt hängt wesentlich davon ab, ob der Gebäudeteil, der das Treppenhaus und die Liftanlage beinhaltet, als Dachaufbaute oder technisch notwendige Baute im Sinne von Art. 21 Abs. 1 bzw. Abs. 3 BauR verstanden werden kann. Im gegenteiligen Fall – wenn also der besagte Gebäudeteil als Einheit mit dem restlichen obersten Geschoss verstanden wird – sind die Voraussetzungen für ein Attikageschoss gemäss Art. 17 Abs. 3 BauR nicht erfüllt und es läge kein Dachgeschoss, sondern ein drittes - gemäss Zonenplan unzulässiges - Vollgeschoss vor.

Beim Begriff der Dachaufbaute und der technisch notwendigen Baute im Sinne von Art. 21 Abs. 1 bzw. Abs. 3 BauR handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Auslegung durch die Vorinstanz der Rechtskontrolle durch das Verwaltungsgericht zugänglich ist (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 724). Dabei gilt auch für die Auslegung im Verwaltungsrecht der Methodenpluralismus, wobei keinem Auslegungselement prinzipieller Vorrang zukommt, die teleologische Auslegung jedoch besonderes Gewicht besitzt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 216 ff.).

2.3.2. Die Ausgangsfrage liegt vorliegend in der Zulässigkeit der geplanten Kombination von Attikageschoss im Sinne von Art. 17 Abs. 3 BauR und Dachaufbaute gemäss Art. 21 Abs. 1 BauR auf dem Flachdach des letzten Vollgeschosses eines Gebäudes. Die Beschwerdeführer rügen, unter Dachaufbauten im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BauR seien nur Lukarnen und Schlepptgauben auf Giebeldächern zu verstehen.



St.Galler Gerichte

Dies würde letztlich die besagte Kombination von Attikageschoss und Dachaufbaute ausschliessen.

Dachaufbauten sind nach allgemeinen baurechtlichen Grundsätzen untergeordnete Bauteile, welche die Dachfläche von Voll-, Dach- oder Attikageschossen gegen aussen durchbrechen (Heer, a.a.O., Rz. 657). Der Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 BauR deutet demzufolge nicht auf eine Beschränkung von Dachaufbauten auf Lukarnen und Schleppgauben bei Schrägdächern hin. Auch der Verweis der Beschwerdeführer auf analoge Bestimmungen bzw. entsprechende Skizzen weiterer Gemeinden ändert an dieser Auffassung nichts. Da betreffend die Dachgestaltung keine kantonalen Vorschriften vorliegen, sind die politischen Gemeinden in der Ausgestaltung der kommunalen Bauvorschriften frei. Baureglemente anderer Gemeinden sind nicht verbindlich bzw. kein Ausdruck von zwingendem kantonalem Baurecht. Die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs erfolgt denn auch nicht einzig nach dessen Wortlaut oder nach Massgabe der beigelegten Skizzen. Die Gesetzssystematik sowie Sinn und Zweck einer Norm müssen ebenfalls einbezogen werden. Der Gegenüberstellung zweier dem Gesetzeskontext entzogener Normen kann somit zum vornherein keine abschliessende Bedeutung zukommen. In diesem Sinne lässt sich somit eine Kombination von Attikageschoss nach Art. 17 Abs. 3 BauR und Dachaufbaute gemäss Art. 21 Abs. 1 BauR nicht ausschliessen.

Auch aus dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 BauR lässt sich keine einschränkende Zulässigkeit von Dachaufbauten in Verbindung mit Attikageschossen ableiten. Die Bestimmungen sind nicht ausdrücklich als sich gegenseitig ausschliessende Alternativen ausgestaltet.

In systematischer Hinsicht kann festgehalten werden, dass die Anmerkung von Attikageschossen im Randtitel zu Art. 21 BauR ebenfalls keine eindeutige Eingrenzung von Dachaufbauten im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BauR auf Lukarnen und Schleppgauben bei Giebeldächern zulässt. Zwar ist es im Sinne der Beschwerdeführer durchaus vertretbar, dass aus dem besagten Randtitel eine Differenzierung zwischen dem Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 1 und Abs. 3 BauR abgeleitet werden kann. Letztlich ist jedoch nicht mit Sicherheit festzulegen, ob damit nicht einzig der Ausschluss von Dachaufbauten gemäss Art. 21 Abs. 1 BauR auf der Dachfläche der



Attikabaute selbst gemeint ist. Vorliegend geht es jedoch gerade um eine Dachaufbaute, die sich über das Flachdach des zweiten Vollgeschosses erhebt und nicht über die Dachfläche des Attikageschosses. Weiter bedingt auch die Normierung von Attikageschossen in Art. 17 Abs. 3 BauR – die streng genommen eine Unterart von Dachaufbauten auf Flachdächern darstellen – keine Beschränkung des Normierungsgegenstands von Art. 21 Abs. 1 BauR auf Gebäude ohne Attikageschoss bzw. mit Schrägdach. Art. 17 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 1 BauR normieren unterschiedliche Sachverhalte. Art. 17 Abs. 3 BauR legt fest, unter welchen Voraussetzungen ein Geschoss als Dachgeschoss qualifiziert werden kann. Demgegenüber normiert Art. 21 Abs. 1 BauR die Gestaltung der Dachfläche eines Gebäudes. Art. 17 Abs. 3 BauR kann also nicht als abschliessende Normierung von Dachaufbauten auf Flachdächern verstanden werden.

Eine schlüssige Auslegung von Art. 17 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 1 BauR ist somit aus deren Sinn und Zweck herzuleiten. Vorschriften betreffend die Dachgestaltung und die Umschreibung der Geschosse gehören zum klassischen Baupolizeirecht und schützen sowohl öffentliche wie auch private nachbarliche Interessen. Sie dienen insbesondere auch der Nutzungsbeschränkung und ästhetischen Anliegen (vgl. E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1985, S. 432 mit Hinweisen; GVP 1996 Nr. 2; vgl. Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. Aufl., Zürich 2003, Reg. 13, S. 44 mit besonderem Hinweis auf die ästhetischen Gründe).

Fraglich ist, ob die vorliegende Kombination aus Attikageschoss gemäss Art. 17 Abs. 3 BauR und Dachaufbaute gemäss Art. 21 Abs. 1 BauR eine bauliche Gestaltung ermöglicht, die mit Sinn und Zweck des erwähnten Normengefüges nicht vereinbar ist.

Zwischen dem vorspringenden Gebäudeteil und dem restlichen – als Attikageschoss gemäss Art. 17 Abs. 3 BauR grundsätzlich zulässigen - obersten Gebäudeteil besteht unbestreitbar eine funktionelle Einheit. Das Treppenhaus und die Liftanlage ermöglichen erst den Zugang zum eigentlichen Wohngebäude und erweitern somit dessen Nutzfläche. Auch gemäss Art. 61 Abs. 2 BauG zählen Treppenhäuser zu den nutzbaren Geschossflächen. Optisch betrachtet (Ansicht Ost und West) handelt es sich beim vorspringenden Gebäudeteil grundsätzlich um eine Verlängerung der Fassaden



des grundsätzlich als Attikageschoss ausgestalteten Dachraums. Beide Gebäudeteile weisen senkrechte Fassaden und die gleiche Höhe auf.

Die Bewilligung des visuell und funktionell vom Attikageschoss nicht abgrenzbaren vorspringenden Gebäudeteils - der entgegen Art. 17 Abs. 3 BauR nicht unter dem besagten Winkel von 45° a.T. liegt - als Dachaufbaute im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BauR würde letztlich eine Umgehung der besagten Vorschriften bezüglich Attikageschosse ermöglichen. Die Nutzungsbeschränkung und ästhetische Prägung, die mit Art. 17 Abs. 3 BauR angestrebt wird, würde vereitelt. Das BauR sieht keine Ausnahme bezüglich der gestalterischen Vorschriften von Art. 17 Abs. 3 BauR betreffend Attikageschosse als Dachgeschosse vor. Die gleichzeitige Bewilligung eines Attikageschosses im Sinne von Art. 17 Abs. 3 BauR und einer Dachaufbaute gemäss Art. 21 Abs. 1 BauR würde vorliegend letztlich ein drittes Vollgeschoss zulassen (analog zur Kombination von Schrägdach und Attikageschoss vgl. VerwGE B 2004/120 vom 25.01.2005 E. 2.b., publiziert in: www.gerichte.sg.ch).

2.3.3. Aus dem Gesagten folgt, dass der umstrittene vorspringende Gebäudeteil nicht als eine vom Attikageschoss gemäss Art. 17 Abs. 3 BauR getrennte Dachaufbaute im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BauR qualifiziert werden kann.

2.3.4. Damit ist zu prüfen, ob der vorspringende Gebäudeteil, bestehend aus einem Treppenhaus und Liftanlage, als technisch notwendige Baute im Sinne von Art. 21 Abs. 3 BauR verstanden werden kann. Der Begriff der technisch notwendigen Baute ist aus systematischen Überlegungen im Hinblick auf eine sinnvolle Abgrenzung zu Art. 21 Abs. 1 BauR einschränkend auszulegen. Als technisch notwendig sind nur Dachaufbauten zu qualifizieren, die dem darunter liegenden Gebäude funktionell dienen, für dessen Betrieb erforderlich sind und nicht anders als über das Dach geführt werden können (zur Auslegung des analogen Begriffes der technisch unumgänglichen Aufbaute VerwGE B 2004/149 vom 22. März 2005 E. 2.c., publiziert in: www.gerichte.sg.ch).

Der vorliegend strittige Gebäudeteil, bestehend aus Treppenhaus und Liftanlage, dient dem Zugang zum Attikageschoss. Er erweitert somit – wie oben erwähnt - grundsätzlich den nutzbaren Raum im Dachgeschoss bzw. Attikageschoss und dient



nicht bloss dem darunter liegenden Gebäude. Letzteres wäre nur der Fall, wenn das Treppenhaus und die Liftanlage lediglich das zweite Vollgeschoss zugänglich machen sollten, jedoch aus technischen Gründen darüber hinaus erstellt werden müssten. Demzufolge kann der umstrittene vorspringende Gebäudeteil nicht als technisch bedingte Baute im Sinne von Art. 21 Abs. 3 BauR qualifiziert werden.

An dieser Auffassung vermag nichts zu ändern, dass die Gemeinde E. ihre eigenen Regelbauvorschriften offenbar verschiedentlich in rechtswidriger Weise angewendet und Baubewilligungen unter Missachtung von Art. 21 Abs. 3 BauR erteilt hat. Zwar wird bei einer eigentlichen gesetzwidrigen Praxis – soweit die Behörde es ablehnt, diese aufzugeben – ein Anspruch auf begünstigende Gleichbehandlung im Unrecht grundsätzlich anerkannt (Häfelin/Müller/ Uhlmann, a.a.O., Rz. 518 ff.). Bestehen jedoch widersprechende überwiegende öffentliche Interessen bzw. überwiegende berechtigte Interessen eines privaten Dritten, so kann eine Gleichbehandlung im Unrecht nicht bejaht werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 522). Die Interessen der benachbarten Dritten, die im Schutzbereich von Bauvorschriften stehen, gehen in der Regel dem Interesse eines Bauherren, rechtswidrige Baubewilligungen zu erhalten, vor (vgl. dazu BGE 108 Ia 214 f.).

2.3.5. Abschliessend ist noch darauf hinzuweisen, dass die Gemeinde E. am 17. November 2009 ein neues Baureglement öffentlich aufgelegt hat (abgekürzt nBauR).

Zwar ist eine positive Vorwirkung von noch nicht in Kraft getretenem Recht grundsätzlich unzulässig und eine negative Vorwirkung kann nur dann angenommen werden, wenn sie im geltenden Recht vorgesehen ist (Häfelin/Müller/ Uhlmann, a.a.O., Rz. 346 ff.). Eine gewisse Vorwirkung bzw. Vorberücksichtigung kann sich jedoch aus dem Einbezug von noch nicht in Kraft getretenem Recht in der Auslegung des unbestimmten geltenden Rechts ergeben. Eine solche Vorberücksichtigung wird – teilweise unter gewissen Voraussetzungen - ohne nähere Begründung sowohl von einem Teil der Literatur anerkannt wie auch vom Bundesgericht praktiziert (vgl. A. Guckelberger, Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung, Berlin 1996, S. 165 ff. mit weiteren Hinweisen). Auf das vorliegende Ergebnis hätte eine allfällige Berücksichtigung des neuen Baureglements jedoch keine Auswirkung. In Art. 26 Abs. 1 nBauR wird neu die Möglichkeit von Dachaufbauten bei



Flachdachkonstruktionen explizit normiert, doch ist diese Neuerung für die Frage der Zulässigkeit der Kombination von Attikageschoss und Dachaufbauten, wie sie vorliegend zu prüfen war, nicht weiterführend. In Art. 26 Abs. 2 nBauR wird die Zulässigkeit von sog. notwendigen Bauteilen normiert, wobei auch Treppen- und Liftaufbauten genannt werden. Indem Art. 26 Abs. 2 nBauR nicht mehr ausschliesslich "technisch notwendige" Bauten normiert, sondern allgemein "notwendige Bauten", kann daraus nichts in Bezug auf die Auslegung von Art. 21 Abs. 3 BauR abgeleitet werden.

2.3.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der umstrittene vorspringende Gebäudeteil in Bezug auf die Voraussetzungen für ein Attikageschoss gemäss Art. 17 Abs. 3 BauR als Einheit mit dem restlichen obersten Geschoss zu behandeln ist. Indem das oberste Geschoss in der Mitte der Nordseite nicht unter einem Winkel von 45° a.T. vom Schnittpunkt der Fassadenflucht mit der Dachhaut über dem obersten Vollgeschoss zurückliegt, kann es somit nicht als Dachgeschoss im Sinne von Art. 17 Abs. 3 BauR qualifiziert werden. Die Neubauten auf dem Grundstück Nr. 2362 sind somit hinsichtlich der Geschosshöhe nicht bewilligungsfähig. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen, und der Rekursentscheid des Baudepartements vom 4. Juni 2009 sowie die Baubewilligung des Gemeinderats E. vom 21. Januar 2009 sind aufzuheben.

3. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdegegnerinnen aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.-- ist angemessen (Art. 13, Ziff. 622 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Die Beschwerdegegnerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Der Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- ist den Beschwerdeführern zurückzuerstatten.

Die amtlichen Kosten des Rekursverfahrens von Fr. 3'000.-- sind den Beschwerdegegnerinnen aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdegegnerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag.

Die Beschwerdegegnerinnen haben die Beschwerdeführer für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren ausseramtlich zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 2 in



Verbindung mit Art. 98bis VRP). Nachdem der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer keine Honorarnote eingereicht hat, ist die Entschädigung nach richterlichem Ermessen festzusetzen (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Eine Entschädigung für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren von Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt ist gerechtfertigt (Art. 22 Abs. 1 lit. a und b HonO). Die Beschwerdegegnerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag.

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der Rekursentscheid des Baudepartements vom 4. Juni 2009 sowie die Baubewilligung des Gemeinderats E. vom 21. Januar 2009 werden aufgehoben.
- 2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 3'000.-- bezahlen die Beschwerdegegnerinnen, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag. Der Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- wird den Beschwerdeführern zurückerstattet.
- 3./ Die amtlichen Kosten des Rekursverfahrens von Fr. 3'000.-- werden den Beschwerdegegnerinnen auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.
- 4./ Die Beschwerdegegnerinnen haben die Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren mit Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.

V. R. W.



Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt Dr. K.)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerinnen
- 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.