



**Fall-Nr.:** B 2019/124  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 12.03.2020  
**Entscheiddatum:** 23.01.2020

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 23.01.2020**

**Baurecht. Art. 108 Abs. 1 und 159 Abs. 1 lit. d PBG (sGS 731.1). Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung (Ausnahmebewilligung) für die Erweiterung einer Liftaufbaute durch die Bewilligungsbehörde und Verfügung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Das Verwaltungsgericht bestätigte die Rechtmässigkeit der Bewilligungsverweigerung sowie die Wiederherstellungsverfügung. Es hielt unter anderem fest, eine Ausnahmebewilligung komme bereits deswegen nicht in Betracht, weil mit der Bewilligung der Erweiterung der Liftaufbaute über die die reglementarische Firsthöhe hinaus eine weitere Ausnahme zu einer bereits früher in der gleichen Angelegenheit rechtskräftig bewilligten Ausnahme zugelassen würde. Dies lasse sich mit dem Sinn und Zweck einer Ausnahmebewilligung nicht vereinbaren (Verwaltungsgericht, B 2019/124). Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde mit Urteil vom 17. Dezember 2020 abgewiesen (Verfahren 1C\_131/2020).**

**Entscheid vom 23. Januar 2020**

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterinnen Reiter und Zindel; Gerichtsschreiber Schmid

Verfahrensbeteiligte

**A.**\_\_\_,

**B.**\_\_\_,

**Beschwerdeführer,**



## St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Bettina Deillon, relevanz.legal,  
Teufener Strasse 11, Postfach 1733, 9001 St. Gallen,

gegen

**Baudepartement des Kantons St. Gallen**, Lämmli brunnenstrasse 54,  
9001 St. Gallen,

**Vorinstanz,**

**C.**\_\_\_,

**Beschwerdegegner,**

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Marie-Theres Huser, Kirchenweg 5, Postfach,  
8034 Zürich,

**Politische Gemeinde D.**\_\_\_,

**Beschwerdebeteiligte,**

Gegenstand

**Baugesuch (Nachtragseingabe, Erweiterung der bewilligten technischen Bauteile,  
GS-Nr. 000, Alte E. \_\_\_-strasse)**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

A. \_\_\_ und B. \_\_\_, D. \_\_\_, sind Eigentümer des in der Wohnzone 2a gelegenen, mit einem Wohnhaus überbauten Grundstücks Nr. 000, Grundbuch D. \_\_\_. Nördlich dieses Grundstücks befindet sich, getrennt durch die Alte E. \_\_\_-Strasse, das Grundstück Nr. 001 von C. \_\_\_. Mit Beschluss vom 9. Mai 2017 bewilligte der Gemeinderat D. \_\_\_ ein Baugesuch von A. \_\_\_ und B. \_\_\_ für den Umbau des Wohnhauses in drei separate Wohnungen. Die Baubewilligung, welche unangefochten in Rechtskraft erwuchs,



beinhaltet auch eine den First des Wohnhauses überragende Liftaufbaute (vgl. act. G 8/12/7 f.). Nachdem anlässlich einer Baukontrolle bei der Liftaufbaute eine Abweichung von den bewilligten Plänen festgestellt worden war, beantragten A.\_\_ und B.\_\_ mit Nachtragsbaugesuch vom 9. November 2017 bei der Gemeinde D.\_\_ die nachträgliche Bewilligung der Erweiterung der Liftaufbaute gegen Süden (act. G 8/12/6).

Eine gegen dieses Gesuch von C.\_\_ erhobene Einsprache (act. G 8/12/5) hiess der Gemeinderat D.\_\_ mit Beschluss vom 8. Mai 2018 gut, verweigerte die nachträgliche Baubewilligung für die Erweiterung der Liftaufbaute und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an (act. G 8/12/1). Den gegen diesen Beschluss von Rechtsanwältin Dr. iur. Bettina Deillon, St. Gallen, für A.\_\_ und B.\_\_ erhobenen Rekurs (act. G 8/1 und 8/5) wies das Baudepartement, nachdem es mit den Verfahrensbeteiligten am 7. November 2018 einen Augenschein vor Ort durchgeführt hatte (act. G 8/16), mit Entscheid vom 22. Mai 2019 ab (act. G 2/1).

### **B.**

#### **B.a.**

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob Rechtsanwältin Deillon für A.\_\_ und B.\_\_ mit Eingabe vom 5. Juni 2019 Beschwerde mit dem Rechtsbegehren, der Entscheid sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (act. G 1). In der Beschwerdeergänzung vom 2. Juli 2019 bestätigte und begründete die Rechtsvertreterin das gestellte Rechtsbegehren. Zusätzlich beantragte sie die Rückweisung der Angelegenheit an die Beschwerdebeteiligte zur Erteilung der Baubewilligung für das Nachtragsbaugesuch vom 9. November 2017 (Ziff. 2), unter Kosten- und Entschädigungsfolge sowohl für das Beschwerde- als auch für das Rekursverfahren zulasten Lasten des Beschwerdegegners bzw. der Beschwerdebeteiligten (Ziff. 3). In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellte sie den Antrag, Verwaltungsrichter Kurt Steiner habe für die Behandlung der Beschwerdesache in den Ausstand zu treten (act. G 5).

#### **B.b.**

Die Vorinstanz beantragte in der Vernehmlassung vom 26. August 2019 Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf den angefochtenen Entscheid und äusserte sich ergänzend zu den Vorbringen in der Beschwerde (act. G 7). Rechtsanwältin lic. iur. Marie-Theres Huser, Zürich, beantragte in der Vernehmlassung vom 16. September 2019 (act. G 10) für den Beschwerdegegner Abweisung der Beschwerde (Ziff. 1). Eventualiter sei die Beschwerdebeteiligte anzuweisen, die Baubewilligung vom 9. Mai 2017 hinsichtlich der Vertikalerschliessung des über der



## St.Galler Gerichte

Garage liegenden Estrichs mit Lift zu widerrufen sowie eine Rückbauverfügung für die ganze Dachaufbaute im Sinn der Erwägungen zu verfügen (Ziff. 2). Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführer (Ziff. 3). Die Beschwerdebeteiligte beantragte in der Vernehmlassung vom 18. September 2019 Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf ihren Entscheid vom 8. Mai 2018 sowie die Ausführungen der Vorinstanz (act. G 11).

### **B.c.**

In der Stellungnahme vom 29. Oktober 2019 bestätigte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführer ihre Anträge und Ausführungen (act. G 15). Hierzu äusserte sich die Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners mit Eingabe vom 8. November 2019 (act. G 18).

### **B.d.**

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten in den Eingaben des vorliegenden Verfahrens wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

### **1.**

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 5. Juni 2019 (act. G 1) erfolgte rechtzeitig und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 2. Juli 2019 (act. G 5) formal und inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Die Beschwerdeführer sind zur Ergreifung des Rechtsmittels berechtigt (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **2.**

#### **2.1.**

Gegenstand des Rekursverfahrens und des Rekursentscheids bildete einzig die Frage, ob die Beschwerdebeteiligte die Baubewilligung für die Erweiterung der Liftaufbaute nachträglich zu Recht verweigerte (vgl. dazu Planausschnitte in act. G 5 Rz. 20 und 21). Im Beschwerdeverfahren können lediglich Sachverhalte, die Gegenstand des Rekursverfahrens gebildet hatten, beurteilt werden (vgl. Cavelti/Vögeli,



Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 478 und 579 f.). Auf den - die rechtskräftige Baubewilligung vom 9. Mai 2017 betreffenden - Eventualantrag des Beschwerdegegners (act. G 10 Anträge Ziff. 2) sowie die entsprechenden Darlegungen (insbesondere act. G 10 Ziff. 1.2.3, 1.2.6 und 2.2.4) ist somit im vorliegenden Verfahren nicht weiter einzugehen. Auch ein Beizug der Akten betreffend das Baugesuch vom 20. April 2017, wie ihn die Beschwerdeführer beantragen (act. G 5 II. Rz. 8), kann von daher unterbleiben.

Der erstinstanzliche Entscheid der Beschwerdebeteiligten erging am 8. Mai 2018 (act. G 8/12/1) und damit nach Inkrafttreten des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1, PBG) am 1. Oktober 2017 (nGS 2017-049). Auf das strittige Bauvorhaben ist somit das PBG anwendbar.

### **2.2.**

Unbestritten blieb, dass das Wohnhaus der Beschwerdeführer mit einer Firsthöhe von 11.13 m die gemäss Regelbauweise in der Zone W2a zulässige Firsthöhe von 10 m (Art. 9 Baureglement der Gemeinde D. \_\_ [BauR]) überschreitet und der Liftaufbau sowie dessen Erweiterung die erwähnte Firsthöhe nochmals zusätzlich um 95 cm überragen. Gemäss Art. 27 Abs. 1 BauR ist die Firsthöhe von allen Gebäudeteilen einzuhalten. Ausgenommen hiervon sind nach Art. 27 Abs. 2 BauR technische Bauteile wie Liftüberfahrten, Lüftungsanlagen, Oblichter, Antennen, Solaranlagen oder Kamine. Als "technisch bedingte" oder "technisch notwendige" Aufbauten wie Kamine, Ventilationszüge, Liftaufbauten, Antennen, Solarzellen, Sonnenkollektoren usw. sind nach der Praxis nur jene 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 (VerwGE B 2018/219 vom 28. Februar 2019 mit Hinweis auf VerwGE B 2009/104 vom 28. Januar 2010 E. 2.3.4 und VerwGE B 2004/149 vom 22. März 2005 E. 2c, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch), sowie B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 657; siehe auch Art. 83 Abs. 2 PBG).

### **2.3.**

Nach Art. 159 Abs. 1 lit. d PBG verfügt die zuständige Gemeindebehörde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, wenn durch die Errichtung von Bauten und Anlagen ohne Bewilligung oder auf andere Weise ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Können Bauten und Anlagen aufgrund materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden (vgl. Art. 159 Abs. 1 lit. c PBG), folgt daraus aber noch nicht notwendigerweise, dass sie abgebrochen werden



müssen. Vielmehr sind in jedem Fall die allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts, insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens zu berücksichtigen (vgl. B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1210). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit besagt, dass eine Abbruchverfügung nur erlassen werden darf, wenn diese Massnahme bei objektiver Betrachtung als die einzig geeignete erscheint, um einen aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Sie hat zu unterbleiben, wenn die Abweichung von den Bauvorschriften nur geringfügig ist, wenn der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt oder wenn die berührten öffentlichen Interessen den Schaden, der einem Eigentümer aus dem Abbruch erwächst, nicht zu rechtfertigen vermögen. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch der bösgläubige Bauherr berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nur in verringertem Mass berücksichtigen (BGE 123 II 255, 111 Ib 224; GVP 1982 Nr. 17; BGer 1P.708/2006 vom 13. April 2007 E. 5; Heer, a.a.O., Rz. 1211).

### 3.

#### 3.1.

Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, die Höhe der Liftaufbaute ab Fussboden Estrich von 3.12 m entspreche in etwa der Höhe der Liftkabine (2.19 m) plus einem Hohlraum oberhalb der Liftkabine (0.74 m). Die streitige Erweiterung sei eine Art "Vorzimmer" der Liftaufbaute, welche den Ausstieg in aufrechter Haltung aus der Liftkabine ermögliche. Die Erweiterung diene dem Zugang zum Estrich mittels Lift. Sie vergrössere grundsätzlich den nutzbaren Raum im Estrich und ermögliche einen ungehinderten Zugang zu diesem mittels Lift. Demgegenüber diene sie in keiner Weise der darunterliegenden Wohnung. Dies wäre nur dann der Fall, wenn mit der Erweiterung lediglich die oberste Wohnung hätte zugänglich gemacht werden sollen und der Lift aus technischen Gründen über das Dach hinaus hätte geführt werden müssen. Die oberste Wohnung sei aber offensichtlich auch ohne Erweiterung mittels Lift zugänglich. Von einer technisch notwendigen Erweiterung könne deshalb nicht gesprochen werden. Dies selbst dann nicht, wenn die Erweiterung als notwendig für die Funktionsfähigkeit des Lifts im Estrich erachtet würde. Unter diesen Umständen hätte die Erweiterung der Liftaufbaute die reglementarische Firsthöhe einhalten müssen. Im Weiteren würde selbst eine fälschlicherweise (falsche Anwendung von Art. 27 Abs. 2 BauR) erteilte Baubewilligung (vom 9. Mai 2017) keinen Anspruch auf



Erweiterung eines allenfalls zu Unrecht bewilligten Zustands begründen. Die Interessen von Nachbarn, die im Schutzbereich von Bauvorschriften ständen, gingen in der Regel dem Interesse des Bauherrn, eine rechtswidrige Baubewilligung zu erhalten, vor (VerwGE B 2009/149 vom 28. Januar 2010 E. 2.3.4 ff.). Die Beschwerdebeteiligte habe somit die Baubewilligung für die Erweiterung der Liftaufbaute zu Recht verweigert (act. G 2/1 S. 5-9).

Die im Streit liegende *Erweiterung der Liftaufbaute* überrage die Firsthöhe des rechtskräftig bewilligten Wohnhauses (11.13 m) um weitere rund 0.95 m und messe in der Tiefe ca. 1 m bzw. 1.75 m. Bereits die bewilligte Firsthöhe überrage die reglementarischen Vorgaben um 1.13 m. Folglich könne die zusätzliche Erweiterung der Liftaufbaute nicht als geringfügige Abweichung von den Bauvorschriften qualifiziert werden. Während der Bauarbeiten habe sich nun ergeben, dass sich ein Ausstieg aus dem Lift im Estrich als schwierig gestalten würde bzw. in der Planung nicht bedacht worden sei. Mit Blick auf die augenfällige Abweichung von den Baugesuchsunterlagen (Erweiterung der Liftaufbaute auch in der Tiefe um 1 m bzw. 1.75 m) sei mindestens von einem fahrlässigen Vorgehen der Bauherrschaft auszugehen, was ein gutgläubiges Handeln ausschliesse (act. G 2/1 S. 9 f.).

Nicht belegt sei, dass die von der Beschwerdebeteiligten angeordnete Massnahme (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) den Ausstieg aus dem Lift im Estrich verunmöglichen sowie die Funktionsfähigkeit des Lifts für das gesamte Wohnhaus einschränken würde. Hingegen habe festgestellt werden können, dass die Erschliessung aller Stockwerke auch ohne Lifterweiterung gewährleistet sei. Auch sei nicht ersichtlich, inwiefern die Entfernung der Erweiterung die Funktionsfähigkeit des Lifts für die unterhalb des Estrichs liegenden Stockwerke beeinträchtigen sollte. Ebenso sei nicht auszuschliessen, dass selbst der Estrich mittels Lift zugänglich bleiben werde, auch wenn ein Ausstieg in aufrechter Haltung ohne die Erweiterung nicht möglich sei. Im Weiteren seien die von den Beschwerdeführern angeführten Wiederherstellungskosten von CHF 250'000 nicht ausgewiesen und erschienen massiv zu hoch. Mit der Beschwerdebeteiligten sei vielmehr davon auszugehen, dass diesbezüglich nur untergeordnete bauliche Massnahmen zu treffen seien. Dies auch deshalb, weil die Bauarbeiten nach Einreichung des nachträglichen Baugesuchs eingestellt worden seien bzw. die Erweiterung zum Zeitpunkt des Augenscheins noch nicht fertiggestellt gewesen sei. Der Einhaltung der bewilligten Dimension der Dachaufbaute komme ein öffentliches Interesse zu. Hinzu komme, dass die Interessen des Beschwerdegegners erheblich betroffen seien, da die Lifterweiterung von dessen Liegenschaft aus gut sichtbar sei. Es rechtfertige sich nicht, die privaten Interessen der



Beschwerdeführer am Bestand der illegalen Erweiterung der Liftaufbaute bzw. am Verzicht auf die Wiederherstellung höher zu gewichten als das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Bauvorschriften und der Rechtsgleichheit. Die Wiederherstellung erweise sich als zumutbar. Da sie auch geeignet sei und keine mildere Massnahme ersichtlich sei, sei die Wiederherstellungsanordnung als verhältnismässig zu beurteilen (act. G 2/1 S. 10 f.).

### 3.2.

Die Beschwerdeführer halten fest, im Rahmen des ursprünglichen Baugesuchs vom 20. April 2017 habe für die vorgesehene gewerbliche und private Estrichnutzung die Zugänglichkeit des oberhalb der Garage im Dachgeschoss gelegenen Estrichs komfortabler gestaltet und daher mit Lift sichergestellt werden sollen. Gegenstand der Nachtragseingabe vom 9. November 2017 sei denn nun auch die zur Sicherstellung der Betriebsbereitschaft des Lifts unabdingbare Ergänzung der Einhausung der bereits bewilligten Liftüberfahrt gewesen. Dafür sollte die Überdachung in Richtung Süden verlängert und das dadurch oberhalb des bewilligten Dachraums entstehende zusätzliche Volumen eingewandert werden. Der angefochtene Rekursentscheid sei in mehrfacher Hinsicht willkürlich. Die Verweigerung der Bewilligung des Nachtragsgesuchs beeinträchtige die Funktionsfähigkeit des rechtskräftig bewilligten Lifts über alle Geschosse und komme im Ergebnis einem Widerruf der Bewilligung vom 9. Mai 2017 gleich. Gemäss Rekursentscheid seien diese Argumente aufgrund des nicht nachgewiesenen guten Glaubens nur beschränkt zu berücksichtigen. Der gute Glaube werde indes von Gesetzes wegen vermutet. Wenn der nicht nachgewiesene gute Glaube als Argument dafür missbraucht werde, im Rekursverfahren vorgebrachte Argumente nicht bzw. nur beschränkt zu berücksichtigen, stelle dies eine krasse Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Im Weiteren folge aus Art. 27 BauR, dass die Erstellung von Liftüberfahrten generell zulässig sei und sie von Gesetzes wegen als technische Bauteile gelten würden, welche die reglementarische Firsthöhe nicht einhalten müssten. Die Dimensionen der technischen Bauteile würden durch Art. 27 BauR nicht beschränkt. Auch die Einhausung stelle ein technisches Bauteil im Sinn dieser Bestimmung dar. Wenn die Rekursinstanz den klaren Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 BauR ("technische Bauteile") unter Heranziehung von Entscheiden des Verwaltungsgerichts, welche zur Frage der "technischen Notwendigkeit" ergangen und daher für den vorliegenden Fall gar nicht massgebend seien, verbiege, stelle dies eine unzulässige Auslegung contra verba mittels unzulässigen Zirkelschlusses dar. Die von den Beschwerdeführern vertretene Auslegung von Art. 27 Abs. 2 BauR, wonach die nachträglich zur Bewilligung eingegebene Einhausung der Liftüberfahrt zur bereits bewilligten Liftüberfahrt zu zählen sei, führe lediglich dazu, dass Bestand und künftige



Funktionsfähigkeit des bereits bewilligten Lifts sichergestellt werden könnten, ohne dass die dafür erforderlichen Dimensionen überschritten würden. Die gesamte Estrichfläche sei bereits im Jahr 1980 bewilligt worden und werde durch das Nachtragsbaugesuch nicht vergrössert. Auch wenn die jetzige Firsthöhe nicht den Vorgaben des aktuellen BauR entspreche, sei zu berücksichtigen, dass das Wohnhaus rechtmässig bewilligt worden sei und die Bestandes- und Erweiterungsgarantie nach Art. 109 PBG geniesse. Die Einhausung der bereits bewilligten Liftüberfahrt erweise sich als bloss untergeordnete Massnahme, welche die optische Wahrnehmbarkeit der Liftüberfahrt nur minim verändere. Mit dem ersten Baugesuch vom 20. April 2017 hätten die Beschwerdeführer einen (funktionsfähigen) Lift zur Erschliessung des Estrichgeschosses unterbreiten wollen. Dieser Schluss dränge sich umso mehr auf, wenn berücksichtigt werde, dass der in der westlichen Gebäudehälfte gelegene Teil des Estrichs entgegen den Feststellungen im Augenscheinprotokoll ausschliesslich mit Lift erschlossen werden könne. Dies habe die Rekursinstanz aktenwidrig nicht berücksichtigt. Die Beschwerdeführer hätten baulich einfach das umgesetzt, was sie in guten Treuen bereits für bewilligt gehalten hätten. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (Wiederherstellung) sei das Interesse der Beschwerdeführer für die Beibehaltung der Einhausung für die Liftüberfahrt von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden. Die angeordnete Wiederherstellungsmassnahme würde zu einem undichten Dach und einem infolge Witterungseinflusses insgesamt nicht mehr nutzbaren Lift führen, der im Vertrauen auf die im ersten Bewilligungsverfahren erteilte Bewilligung erstellt worden sei. Bei Entfernung der Einhausung werde die Funktionsfähigkeit des Lifts für das gesamte Wohnhaus eingeschränkt. Das obere Lift Drittel rage ohne Witterungsschutz aus dem Dach und das deswegen undichte Dach werde dazu führen, dass der Lift nicht mehr funktioniere. Die Beschwerdeführerin habe die Rekursachbearbeiterin anlässlich des Augenscheins zweimal gefragt, ob sie zur Prüfung der geschätzten Rückbaukosten eine Offerte benötige, was zweimal ausdrücklich verneint worden sei (act. G 5 und 15).

### **3.3.**

#### **3.3.1.**

Zur Rüge der Beschwerdeführer, dass auf ihre Rekursbegründung nicht eingegangen bzw. diese inhaltlich nicht berücksichtigt worden sei (act. G 5 Rz. 25-30), ist festzuhalten, dass der Rekursentscheid die Grundsätze betreffend Einhaltung der Firsthöhe darlegte und festhielt, dass es sich bei der zur Diskussion stehenden Erweiterung der Liftaufbaute nicht mehr um einen technischen Bauteil handle, für welchen die Firsthöhe nicht einzuhalten wäre. Das Argument, wonach die



Verweigerung der Bewilligung des Nachtragsgesuchs die Funktionsfähigkeit des rechtskräftig bewilligten Lifts über alle Geschosse beeinträchtigt und im Ergebnis einem Widerruf der Bewilligung vom 9. Mai 2017 gleichkomme (vgl. act. G 5 Ziff. 27-29), erachtete der Rekursentscheid ausdrücklich als nicht belegt (act. G 2 S. 10 Mitte). Damit tat die Vorinstanz ihren materiellen Standpunkt unmissverständlich kund. Ebenfalls Stellung bezog der Rekursentscheid zu den mit CHF 250'000 geltend gemachten Wiederherstellungskosten und erachtete sie als nicht belegt. Unzutreffend ist daher der Einwand der Beschwerdeführer, der nicht nachgewiesene gute Glaube sei als Argument missbraucht worden, dieses Vorbringen im Rekurs nicht oder nur beschränkt zu berücksichtigen (act. G 5 Ziff. 29). Den fehlenden guten Glauben führte der Rekursentscheid bezüglich der erwähnten Argumente nur ergänzend ("... auch ...") an (act. G 2 S. 11 E. 5.2 letzter Absatz). Die Vorinstanz brachte somit die wesentlichen Fragen zur Sprache und legte ihren Standpunkt dar. Der Rekursentscheid zeigt die für die Vorinstanz wesentlichen Überlegungen in zureichender Weise auf und setzt sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinander (vgl. dazu statt vieler BGer 1C\_138/2014 vom 3. Oktober 2014, E. 4.1 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführer hatten Gelegenheit, sich im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hierzu vernehmen zu lassen, was sie in der Folge auch taten. Ein Begründungsmangel bzw. eine Gehörsverletzung liegt angesichts dieser Gegebenheiten nicht vor.

### 3.3.2.

Hinsichtlich der von den Beschwerdeführern vertretenen Bewilligungsfähigkeit der Einhausung für die Liftüberfahrt (act. G 5 Rz. 31) ist vorab festzuhalten, dass eine Einhausung - wenn auch ohne die nunmehr zur Diskussion stehende Erweiterung - bereits im ursprünglichen Baugesuch enthalten und im Beschluss vom 9. Mai 2017 bewilligt worden war (vgl. act. G 2/1 Sachverhalt B.a, sowie act. G 8/12/8 Grundrissplan 1:50 Nachtragseingabe [rot markiert]). Von daher darf davon ausgegangen werden, dass der Lift entgegen der offenbaren Auffassung der Beschwerdeführer (act. G 5 Rz. 49) - auch ohne die erstellte Erweiterung - ausreichend witterungsgeschützt und dementsprechend funktionsfähig realisiert werden kann (vgl. Foto Nr. 8 des Rekursaugenscheins; act. G 8/16 Beilage). Die Erweiterung der Dachaufbaute ermöglicht nach den Feststellungen der Vorinstanz im Wesentlichen den Ausstieg aus der Liftkabine im Estrich in aufrechter Haltung (vgl. act. G 2 E. 4.4). Aber selbst wenn die Lifttüre nach Entfernung der Erweiterung (teilweise) der Witterung ausgesetzt wäre (vgl. act. G 5 Rz. 33 und 67; act. G 15 Rz. 4), könnte diesem Umstand kein Einfluss auf die Beantwortung der streitigen Frage zukommen. Diesfalls wäre von den Beschwerdeführern ein Witterungsschutz in Form einer Abdeckung bzw.



Abdichtung anzubringen. Insbesondere vermöchte der erwähnte Umstand nicht zu belegen, dass ohne die streitige Erweiterung (Einhausung) auch die Funktionsfähigkeit des Lifts für die beiden Wohnungen im Erd- und Untergeschoss tangiert wäre, wie die Beschwerdeführer geltend machen (act. G 5 Rz. 49 und 69).

Im Weiteren ergab sich am vorinstanzlichen Augenschein vom 7. November 2018, dass sich im östlichen Teil des Estrichs eine Tür im Fussboden und eine Ziehtreppe befinden (act. G 8/16 S. 3 Ziff. 3 sowie Fotos 1 und 13). Wenn die Beschwerdeführer bestätigen, dass der oberhalb der Garage gelegene östliche Teil des Estrichs durch die Ziehtreppe erreicht werden kann, eine liftunabhängige Erschliessung des in der westlichen Gebäudehälfte gelegenen Estrichteils jedoch verneinen (act. G 8/17 Ziff. 2; act. G 5 Ziff. 61), so erscheint dies als reine Schutzbehauptung. Es ist jedenfalls nicht nachvollziehbar, inwiefern vom östlichen Teil des Estrichs her nicht auch der westliche Teil sollte erreicht werden können; solches ergibt sich auch nicht aus den Akten (vgl. Fotos 1-12 in act. G 8/16 Beilage und Pläne in act. G 8/12). Zur Begründung ihres Vorbringens, wonach der über dem westlichen Gebäudeteil gelegene Estrichteil lediglich mit Lift erschlossen werde (act. G 5 Ziff. 61) weisen die Beschwerdeführer denn auch einzig auf das Fehlen eines *direkten Zugangs von ihrer Wohnung* zum Estrich hin (vgl. act. G 15 Rz. 6), stellen jedoch die Erreichbarkeit des Estrichs über dem westlichen Gebäudeteil (vom östlichen Teil aus) als solche nicht in Frage. Selbst wenn aber ein Zugang vom östlichen in den westlichen Teil wegen des Lifteinbaus nicht mehr möglich sein sollte, könnte dieser planungsbedingte Umstand nicht die nachträgliche Bewilligung einer unzulässigen Dachaufbaute wie der im Streit stehenden rechtfertigen. Die Erschliessung wäre diesfalls auf andere, rechtmässige Weise zu realisieren.

In den erwähnten verwaltungsgerichtlichen Entscheiden ist regelmässig von "technisch bedingten" oder "technisch notwendigen" Aufbauten die Rede (vorstehende E. 2.2), während Art. 27 Abs. 2 BauR schlicht von "technischen" Bauteilen spricht. Wenn ein Bauteil "technisch" im Sinn von Art. 27 Abs. 2 BauR ist, so muss er - wenn er nicht zugleich die technische Ausrüstung selbst darstellt bzw. enthält - zumindest auch "technisch bedingt" im Sinn der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sein. Andernfalls wäre das Prädikat "technisch" ohne Funktion bzw. sinnlos oder aber auf den konkreten Sachverhalt nicht zutreffend. Auch wenn vorliegend die streitige Erweiterung für sich allein keine technische Ausrüstung des Lifts enthält, könnte sie allenfalls noch "technisch" (durch den Lift) "bedingt" sein. Der angefochtene Entscheid vermöchte indes nachvollziehbar zu begründen, weshalb es sich bei der Erweiterung



nicht um einen Teil der Liftüberfahrt handelt. Die Erweiterung kann mithin nicht mehr als *technischer Bauteil* im Sinn von Art. 27 Abs. 2 BauR gelten, zumal sie weder dem darunterliegenden Gebäude funktionell dient noch das (durch die Ziehtreppe bereits erschlossene) Dachgeschoss erschliesst. Das zusätzliche Öffnen des Schrägdachs und die Erweiterung der Einhausung zwecks zusätzlicher (komfortabler) Ausstiegsmöglichkeit sowie das gegen Süden eingebaute Fenster sind somit nicht technisch bedingt, sondern dienen der Verbesserung der Zugänglichkeit (und nicht der Erschliessung) der nutzbaren Fläche im Estrich. Die Tatsache, dass die Dimensionen technisch bedingter Aufbauten nicht beschränkt sind (vgl. act. G 5 Rz. 37), vermag zu keinem anderen Schluss zu führen. Für das Verwaltungsgericht besteht unter den dargelegten Gegebenheiten insgesamt kein Anlass, die nachvollziehbare und vertretbare Würdigung der Vorinstanz (vgl. BGer 1C\_434/2012, a.a.O., E. 3.5) hinsichtlich der Anwendung von Art. 27 Abs. 2 BauR zu korrigieren. Eine unzulässige Auslegung dieser Bestimmung gegen den klaren Wortlaut bzw. ein unzulässiger Zirkelschluss (act. G 5 Rz. 43) sind aus den dargelegten Gründen nicht ersichtlich.

### 3.3.3.

Mit Bezug auf die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands blieb unbestritten, dass diese die Ausstiegsmöglichkeit im Dachstockwerk (Estrich) - aufgrund der geringen maximalen Raumhöhe - zwar einschränken und erschweren, aber auch nicht gänzlich verunmöglichen würde. Nicht nachvollziehbar erscheint in diesem Zusammenhang das Vorbringen der Beschwerdeführer, dass die angeordnete Massnahme die Funktionsfähigkeit des Lifts in den anderen Stockwerken beeinträchtigen würde (act. G 5 Rz. 69). Dies umso weniger, als kein Rückbau der am 9. Mai 2017 rechtskräftig bewilligten Einhausung des Lifts (vgl. act. G 5 Rz. 66) zur Diskussion steht. Selbst wenn das Vorbringen der Beschwerdeführer zutreffen sollte, dass die Entfernung der Erweiterung zu einem Eindringen von Wasser führen würde (act. G 5 Rz. 69), liegt es - wie bereits dargelegt - an ihnen, die notwendigen baulichen Vorkehrungen zu treffen und die Anschlüsse zwischen Lifteinhausung und Dach entsprechend anzupassen. Vorinstanz und Beschwerdebeteiligte weisen zu Recht darauf hin, dass eine mildere Massnahme (anstelle des angeordneten Rückbaus) ausser Betracht fällt, zumal die bewilligte Baute die reglementarische Firsthöhe bereits ohne die Liftaufbauerweiterung überschreitet. Auf den guten Glauben bei Realisierung der Erweiterung kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte (vgl. Art. 3 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZGB [SR 210]). Die Beschwerdeführer hatten für die in Frage stehenden Umbauten einen Architekten/Bauleiter beauftragt, der mit



den einschlägigen Rechtsgrundlagen vertraut war und bei allfälligen Unklarheiten in der Anwendung derselben weitere Abklärungen hätte vornehmen müssen. Ihm hätte bekannt sein müssen, dass Abweichungen von der Baubewilligung vom 9. Mai 2017 im in Frage stehenden Umfang einer vorgängigen Projektänderungsbewilligung bedurft hätten. Auf den guten Glauben kann sich der Architekt daher nicht berufen. Aus dem Umstand, dass mit der Baubewilligung vom 9. Mai 2017 eine Aufbaute unter der Beurteilung, es handle sich um eine technisch bedingte Liftaufbaute, bewilligt worden war, können die Beschwerdeführer entgegen ihrer Auffassung (act. G 5 Rz. 61 f.) nicht ihren guten Glauben für die unbewilligte Erweiterung ableiten. Dies gilt auch für ihr Vorbringen, dass *ihnen selbst* das Nichterkennen der Unvollständigkeit der mit Baugesuch vom 20. April 2017 eingereichten Pläne als Nicht-Baufachleuten nicht zum Vorwurf gemacht werden könne (act. G 5 Rz. 63). Den Beschwerdeführern sind das Verhalten und die fehlende Gutgläubigkeit des von ihnen beauftragten Architekten anzurechnen.

Aus den Plänen des Nachtragsbaugesuchs (act. G 8/12/8) ergibt sich im Übrigen anschaulich, dass es bei der streitigen Erweiterung nicht mehr nur um kleinere Anpassungen bzw. untergeordnete bauliche Massnahmen (act. G 5 Rz. 57) geht. Vielmehr würde diese Erweiterung der bewilligten Baute über die geltende Firsthöhe hinaus die bereits bestehende Rechtswidrigkeit verstärken bzw. den umbauten Raum vergrössern. Sie liesse sich jedenfalls nicht mehr durch die Bestandes- und Erweiterungsgarantie rechtfertigen (vgl. Art. 109 Abs. 2 PBG). Die Frage, ob das Grundstück des Beschwerdegegners durch die baurechtswidrige Baute eine "empfindliche Wertminderung" erfährt, wie er geltend macht (act. G 10 S. 9), braucht im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht näher untersucht werden. Denn selbst wenn die behauptete Wertminderung zu verneinen wäre und die Abweichungen der vorliegenden Art die nachbarlichen Interessen nicht untragbar beeinträchtigen würden, wären das gewichtige öffentliche Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung und der Durchsetzung der Baubewilligungen nicht mehr gewährleistet, wenn die streitigen Abweichungen toleriert würden. Von daher ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer (act. G 15 Rz. 10) - auch der Einwand eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Beschwerdegegners unzutreffend. Würde im Streitfall auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet, so wäre inskünftig bei ähnlich gelagerten Verstössen eine Durchsetzung der Bauordnung nicht mehr sichergestellt und die rechtsgleiche Behandlung der Grundeigentümer nicht mehr gewährleistet.



Ihr Vorbringen in der Beschwerdebeurteilung, wonach ein Ersatz der gesamten Liftanlage im Fall eines Rückbaus der Erweiterung nötig werde (act. G 5 Rz. 72), belegen die Beschwerdeführer in der Eingabe vom 29. Oktober 2019 mit einer Schätzung der mutmasslichen Kosten (act. G 15 Rz. 9). Die von ihnen geltend gemachten approximativen Wiederherstellungskosten werden von Vorinstanz und Beschwerdegegner (act. G 10 Ziff. 2.3.2 und G 18 Ziff. 2 f.) als nicht ausgewiesen erachtet. Dem Protokoll des Augenscheins vom 7. November 2018 sowie der Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 13. November 2018 (act. G 8/17) lässt sich nicht entnehmen, dass noch eine Offerte für die Rückbaukosten eingereicht werden sollte, wie die Beschwerdeführer geltend machen (act. G 5 Ziff. 73); dies wird von Seiten der Vorinstanz im Übrigen auch bestritten (act. G 9 S. 2). So oder anders kann aber die von den Beschwerdeführern in diesem Zusammenhang beantragte Befragung der Rekursachbearbeiterin als Zeugin (act. G 15 Rz. 7) unterbleiben, weil die Höhe notwendiger Wiederherstellungskosten, selbst wenn sie im Betrag von CHF 250'000 ausgewiesen wären, aufgrund des fehlenden guten Glaubens nur in geringfügigem Mass berücksichtigt werden könnte. Es geht nicht an, fahrlässig oder wissentlich Bauvorschriften (Baubewilligungspflicht von Erweiterungen) ausser Acht zu lassen und sich anschliessend der Wiederherstellung unter Berufung auf hohe Kosten zu widersetzen. Die mutmassliche Höhe der Rückbaukosten braucht insofern nicht weiter geklärt zu werden, als es sich vor dem geschilderten Hintergrund zum vornherein nicht rechtfertigt, die finanziellen Interessen des Baugesuchstellers am Bestand der illegalen Baute bzw. am Verzicht auf die Wiederherstellung höher zu gewichten als das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Bauvorschriften und der Rechtsgleichheit.

### **3.3.4.**

Die Baubehörde kann nach Art. 108 Abs. 1 PBG im Einzelfall mit Erteilung einer Ausnahmegewilligung von Vorschriften dieses Erlasses oder des Baureglements abweichen, wenn besondere Verhältnisse vorliegen oder die Durchsetzung der Vorschrift unzumutbar und unbillig wäre. Die Ausnahmegewilligung ist zulässig, wenn sie nicht gegen den Sinn und Zweck der Vorschrift verstösst (Art. 108 Abs. 1 lit. a PBG), keine überwiegenden öffentlichen Interessen verletzt (Art. 108 Abs. 1 lit. b PBG) und die Nachbarschaft nicht unzumutbar benachteiligt (Art. 108 Abs. 1 lit. c PBG). Vorliegend kommt eine Ausnahmegewilligung insofern nicht in Betracht, als mit der Bewilligung der Erweiterung der Liftaufbaute über die die reglementarische Firsthöhe hinaus eine weitere Ausnahme zu der bereits gemachten Ausnahme (vgl. rechtskräftige



Baubewilligung vom 9. Mai 2017) zugelassen würde. Dies liesse sich mit dem Sinn und Zweck einer Ausnahmegewilligung nicht vereinbaren.

#### 4.

##### 4.1.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten der Beschwerdeführer (Art. 95 Abs. 1 VRP). Angemessen erscheint eine Entscheidgebühr von CHF 3'500 (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf diesen Betrag wird der Kostenvorschuss von CHF 4'000 angerechnet und der verbleibende Betrag von CHF 500 an die Beschwerdeführer zurückerstattet.

##### 4.2.

Bei diesem Verfahrensausgang entfällt ein Anspruch der Beschwerdeführer auf ausseramtliche Entschädigung. Vorinstanz und Beschwerdebeteiligte haben ebenfalls keinen Anspruch auf ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 VRP in Verbindung mit Art. 98<sup>bis</sup> VRP; Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 829); beide stellten auch keinen Antrag. Hingegen hat der Beschwerdegegner Anspruch auf Entschädigung für das Beschwerdeverfahren. Das Verwaltungsgericht spricht bei Fehlen einer Kostennote praxisgemäss Pauschalentschädigungen nach Ermessen gemäss Art. 6 und Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung zu (sGS 963.75, HonO). Mit Blick auf vergleichbare Verfahren und unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse ist eine Entschädigung des obsiegenden Beschwerdeführers für das Beschwerdeverfahren mit CHF 3'000 zuzüglich 4% Barauslagen angemessen (= CHF 120). Die Erstattung der Mehrwertsteuer (Art. 29 HonO) wurde nicht beantragt.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### 2.

Die Beschwerdeführer bezahlen amtliche Kosten von CHF 3'500, unter Anrechnung des von ihnen geleisteten Kostenvorschusses und Rückerstattung des verbleibenden Betrages von CHF 500 an sie.



### 3.

Die Beschwerdeführer entschädigen den Beschwerdegegner mit CHF 3'000 zuzüglich Barauslagen von CHF 120, ohne Mehrwertsteuer.