



<b>Fall-Nr.:</b>	22-7472
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
<b>Instanz:</b>	Bau- und Umweltdepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	31.01.2024
<b>Entscheiddatum:</b>	18.12.2023

## **BUDE 2023 Nr. 112**

**Baurecht, Art. 159 PBG. Nach Art. 159 Abs. 1 PBG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder Abänderung rechtswidrig erstellter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen widerspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird (Erw. 3.2.1). Ein blosses Benützungsverbot genügt regelmässig nicht, um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands definitiv zu erreichen. Abgesehen davon, dass damit auf unabsehbare Zeit gegen die Bauvorschriften verstossen wird, wäre dessen Einhaltung ohne einen unverhältnismässigen Aufwand gar nicht kontrollierbar und würde die Kapazität der Vollzugsbehörde bei weitem sprengen, selbst wenn diese ernsthaft darum bemüht wäre, die rechtskonforme Nutzung auch tatsächlich durchzusetzen (Erw. 3.5). Vorliegend ist das verfügte Nutzungsverbot betreffend einzelne Innenräume nur mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand kontrollier- und durchsetzbar. Rückbaumassnahmen erweisen sich als erforderlich, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (Erw. 3.5.2). Gutheissung des Rekurses und Rückweisung der Angelegenheit zur neuen Entscheidung.**

BUDE 2023 Nr. 112 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



22-7472

## Entscheid Nr. 112/2023 vom 18. Dezember 2023

---

Rekurrent

**A.**\_\_\_\_,  
vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt,  
Bischofszellerstrasse 53, 9200 Gossau

gegen

---

Vorinstanz

**Gemeinderat Z.**\_\_\_\_ (Entscheid vom 13. September 2022)

---

Rekursgegner

**B.**\_\_\_\_ **und C.**\_\_\_\_,  
vertreten durch lic.iur. HSG Felix Ludwig, Rechtsanwalt,  
Poststrasse 1, 9100 Herisau

---

Betreff

Entscheid (Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen  
Zustands nach rechtskräftiger Abweisung des Baugesuchs)



## Sachverhalt

### A.

a) B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, sind Eigentümer des Grundstücks Nr. 001, Grundbuch Z.\_\_\_\_, am S.\_\_\_\_. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 11. Juli 2005 in der Wohnzone W1b.

[...]

(Ausschnitt Zonenplan kommunale Darstellung Gde; Quelle: Geoportal)

b) Das Grundstück Nr. 001 ist mit dem Wohnhaus Vers.-Nr. 002 überbaut. Die Bewilligung für den Bau dieses Gebäudes hat der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ am 18. März 2008 erteilt. Darin wurde festgehalten, dass Nutzungsänderungen bewilligungspflichtig sind (Baubewilligung vom 18. März 2008, S. 2).

c) Mit Schreiben vom 19. Januar 2021 wandte sich A.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, Eigentümer des benachbarten Grundstücks Nr. 003, vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt, Gossau, an die Gemeinde und hielt fest, im Wohnhaus von B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ sei eine mutmasslich nicht bewilligte Wohnung zur Vermietung ausgeschrieben.

d) Am 25. Mai 2021 reichten B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ ein nachträgliches Baugesuch für den zwischenzeitlich erfolgten Umbau des Untergeschosses ihres Wohnhauses Vers.-Nr. 002 ein. Das Baugesuch sah die Umnutzung des Abstellraums im Untergeschoss in Wohnraum für eine Einliegerwohnung, den Zusammenschluss des Abstellraums und dem bereits bestehenden Wohnraum im Untergeschoss durch eine Verbindungstür sowie die bauliche Abtrennung der beiden Räume vom restlichen Wohnhaus vor.

[...]

(Ausschnitt Plan Grundriss Untergeschoss)

e) Gegen dieses Bauvorhaben erhob A.\_\_\_\_ durch seinen Rechtsvertreter fristgemäss Einsprache. Er machte unter anderem geltend, es bestehe keine Ausnutzungsreserve für die Einliegerwohnung. Zudem würden durch die Umnutzung übermässige Immissionen im Sinn von Art. 684 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 210; abgekürzt ZGB) entstehen. Es sei ein Nutzungsverbot zu erlassen und der widerrechtlich erzielte Gewinn einzuziehen.

f) Mit Beschluss vom 9. November 2021 trat der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ auf das Begehren auf Einziehung des Gewinns aus der Vermietung der Einliegerwohnung nicht ein, wies die öffentlich-rechtliche Einsprache, die privatrechtliche Immissionseinsprache sowie das Gesuch auf Erlass eines Nutzungsverbots ab und erteilte die nachträgliche Baubewilligung für die Einliegerwohnung im Untergeschoss.



**g)** Gegen diesen Beschluss erhob A.\_\_\_\_ durch seinen Rechtsvertreter mit Schreiben vom 31. Dezember 2021 Rekurs beim Bau- und Umweltsdepartement. Mit Entscheid Nr. 40/2022 vom 2. Mai 2022 hiess das Bau- und Umweltsdepartement den Rekurs von A.\_\_\_\_ im Sinn der Erwägungen gut soweit darauf eingetreten wurde und hob die Baubewilligung und den Einspracheentscheid des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 9. November 2021 auf. Zur Begründung wurde ausgeführt, das Bauvorhaben verstosse gegen die geltenden Regelbauvorschriften der Gemeinde Z.\_\_\_\_. Dem klaren Wortlaut von Art. 24 des Baureglements der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 23. Dezember 1994 (abgekürzt BauR) zufolge müsste die Mehrzahl der Wohn- und Schlafräume der Einliegerwohnung im Untergeschoss gegen Süden ausgerichtet sein. Vorliegend seien die zwei Zimmer der Einliegerwohnung allerdings unbestrittenermassen gegen Norden ausgerichtet. Die Vorinstanz habe in einem nächsten Schritt über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Art. 159 Abs. 1 Bst. d des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) zu befinden. Der Entscheid des Bau- und Umweltsdepartementes ist in Folge unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

**B.**

**a)** Am 21. Juli 2022 stellte die Gemeinde Z.\_\_\_\_ den Entwurf der Wiederherstellungsverfügung B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ sowie – über seinen Rechtsvertreter – A.\_\_\_\_ zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zu. Mit Eingabe vom 18. August 2022 nahm A.\_\_\_\_ durch seinen Rechtsvertreter zum Verfügungsentwurf Stellung. A.\_\_\_\_ beantragte insbesondere, im Untergeschoss sei der rechtmässige Zustand gemäss der ursprünglichen Baubewilligung vom 18. März 2008 wiederherzustellen.

**b)** Mit Beschluss vom 13. September 2022 erliess der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ ein Verbot der Nutzung der Räume im Untergeschoss des Wohnhauses Vers.-Nr. 002 als eigenständige Einliegerwohnung und des bewilligten Abstellraums im Untergeschoss zu Wohnzwecken. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0; abgekürzt StGB) angedroht. Auf die Anordnung von Rückbaumassnahmen hat der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ verzichtet. Zur Begründung wurde geltend gemacht, Rückbaumassnahmen seien im vorliegenden Fall unverhältnismässig. Das neue Baureglement der Gemeinde Z.\_\_\_\_, welches bereits der Mitwirkung unterstellt worden sei und demnächst öffentlich aufgelegt werde, enthalte keine mit Art. 24 BauR vergleichbare Vorschrift mehr, wonach die Mehrzahl der Wohn- und Schlafräume gegen die südliche Himmelshälfte zu orientieren seien. Die Einliegerwohnung im Untergeschoss werde somit in absehbarer Zeit, d.h. in wenigen Jahren, bewilligungsfähig sein. Materiell unrechtmässig sei aktuell lediglich die Nutzung der Räume im Untergeschoss als eigenständige Wohnung sowie die Nutzung des bewilligten Abstellraums im Untergeschoss zu Wohnzwecken. Im Übrigen seien die vorgenommenen baulichen Massnahmen und die Nutzung aber rechtmässig. Namentlich sei die Nutzung des Raums in der Nordostecke des Untergeschosses



zu Wohnzwecken sowie des Badezimmers rechtmässig. Auch der Einbau mehr als einer Küchenkombination in einem Haus sei weder bewilligungspflichtig noch verboten. Ebenfalls nicht verboten sei es, wenn einzelne Räume einer Wohnung nur von aussen zugänglich seien. Der Rückbau dieser baulichen Massnahmen sei daher nicht erforderlich. Ein Verstoss gegen Art. 15 BauR liege nicht vor. Denn die erforderliche Parkplatzanzahl werde im vorliegenden Fall entsprechend der ständigen Praxis der Gemeinde Z.\_\_\_\_ ausschliesslich basierend auf der anrechenbaren Geschossfläche der gesamten Liegenschaft berechnet (ein Parkplatz pro 100 m<sup>2</sup>). Die Anzahl Wohnungen sei demgegenüber nicht relevant. Aufgrund der anrechenbaren Geschossfläche von knapp 300 m<sup>2</sup> seien vorliegend für das Wohnhaus Vers.-Nr. 002 insgesamt drei Parkplätze erforderlich. Diese Vorschrift sei eingehalten.

### C.

Gegen diesen Beschluss erhob A.\_\_\_\_ durch seinen Rechtsvertreter mit Schreiben vom 11. Oktober 2022 Rekurs beim Bau- und Umweltsdepartement. Mit Rekursergänzung vom 12. Dezember 2022 werden folgende Anträge gestellt:

1. Ziff. 3 des Entscheids des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 13. September 2022 (Nr. 14/22) betreffend Verzicht auf die Anordnung von Rückbaumassnahmen sei aufzuheben.
2. Die Rekursgegner seien zu verpflichten, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und insbesondere die widerrechtlich für die 2-Zimmer-Wohnung eingebaute Küche zu entfernen.

#### Eventualantrag:

Die Angelegenheit sei gemäss den nachfolgenden Ausführungen zur nochmaligen Prüfung und Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen an den Gemeinderat Z.\_\_\_\_ zurückzuweisen;

3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegner.

Zur Begründung wird geltend gemacht, die Einliegerwohnung im Untergeschoss verstosse gegen verschiedene Bauvorschriften. Gemäss Art. 24 BauR müsse die Mehrzahl der Wohn- und Schlafräume einer Wohnung gegen die südliche Himmelshälfte orientiert sein. Diese Vorschrift der Wohnhygiene gelte unabhängig davon, ob das bestehende kommunale Baureglement in naher Zukunft durch ein Neues ersetzt werde und unabhängig davon, ob auf kantonaler Ebene noch das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) oder bereits das PBG gelte. Es seien objektiv keine Gründe ersichtlich, weshalb in einer ländlichen Gemeinde Wohnungen zugelassen werden sollten, die mehrheitlich gegen Norden orientiert seien. Gemäss Art. 15 BauR seien pro 100 m<sup>2</sup> anrechenbarer Geschossfläche ein Autoabstellplatz



zu erstellen. Für die eingebaute separate 2-Zimmer-Wohnung im Untergeschoss müsse somit ein zusätzlicher Abstellplatz erstellt werden. Dies sei vorliegend aufgrund der örtlichen Verhältnisse aber nicht möglich. Gemäss Art. 23 BauR betrage die erforderliche minimale Raumhöhe für Aufenthaltsräume 2,3 m. Diese sei vorliegend im Untergeschoss nicht eingehalten. Die illegale Einliegerwohnung müsse wieder zurückgebaut werden. Es müssten zumindest jene Rückbaumassnahmen verfügt und durchgesetzt werden, damit die Räume objektiv nicht mehr als separate, zusätzliche Wohneinheit genutzt werden könnten. Rückbaumassnahmen seien vorliegend verhältnismässig. Selbst wenn eine oder mehrere der verletzten Bauvorschriften in Zukunft geändert werden sollten, bedeute dies nicht automatisch, dass eine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden könnte. Es sei zwar zutreffend, dass die Ausnützungsziffer, die durch den widerrechtlichen Umbau mit Umnutzung überschritten werde, nach dem neuen PBG gemäss jetzigem Stand nicht mehr zulässig sei. Hingegen sei offen, ob nicht eine weitere Änderung erfolgen werde, weil die Gemeinde die Baumassenziffer nicht einführen wolle. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorschriften sei vorliegend grösser als das entgegenstehende private Interesse der Rekursgegner.

**D.**

**a)** Mit Vernehmlassung vom 6. Januar 2023 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung verweist sie auf ihren Entscheid vom 13. September 2022.

**b)** Mit Vernehmlassung vom 31. Januar 2023 beantragen die Rekursgegner, vertreten durch lic.iur. HSG Felix Ludwig, Rechtsanwalt, Herisau, den Rekurs unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt.) abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, das bereits verhängte Benützungsverbot unter Androhung der Ungehorsamsstrafe genüge. Zusätzlich Rückbaumassnahmen anzuordnen, wäre nicht verhältnismässig. Die Rekursgegner seien davon ausgegangen, die vorgenommenen baulichen Massnahmen unterlägen aufgrund ihrer Geringfügigkeit keiner Baubewilligungspflicht. Der Mietvertrag betreffend Vermietung der Einliegerwohnung sei nach dem Entscheid des Bau- und Umweltsdepartementes vom 2. Mai 2022 auf den nächstmöglichen Termin gekündigt worden. Die Rekursgegner hätten mehrfach zugesichert, die Einliegerwohnung nicht mehr als Wohnung zu nutzen bzw. als Einliegerwohnung zu vermieten. Die Einliegerwohnung werde in absehbarer Zeit bewilligungsfähig sein, da die Gemeinde Z.\_\_\_\_ beabsichtige, Art. 24 BauR im Rahmen der nächsten Revision des BauR zu streichen. Gemäss Entwurf des neuen Baureglements sei kein mit Art. 24 BauR vergleichbarer Artikel vorgesehen. Insofern werde es zukünftig mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit möglich sein, die Mehrzahl der Wohn- und Schlafräume einer Wohnung gegen die nördliche Himmelshälfte zu orientieren. Bereits unter geltendem Recht habe der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ zahlreiche Ausnahmen von Art. 24 BauR gewährt. Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer in Z.\_\_\_\_ hätten ein beträchtliches Interesse, ihre Räume gegen Norden auszurichten, da im Norden der



Bodensee liege. Auch im Übrigen liege kein Verstoss gegen die geltenden Bauvorschriften vor. Namentlich sei die Ausnützungsziffer aus dem PBG ersatzlos gestrichen worden und finde im vorliegenden Fall keine Anwendung. Betreffend Art. 15 BauR könne auf die ständige Praxis der Gemeinde Z.\_\_\_\_ zur Berechnung des Parkplatzbedarfs verwiesen werden.

#### **E.**

**a)** Das Bau- und Umweltdepartement führte am 22. März 2023 in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten einen Augenschein durch. Anlässlich dieses Rekursaugenscheins konnte festgestellt werden, dass in den Wohnraum im Untergeschoss eine kleine Küchenkombination eingebaut wurde. Der Wohnraum im Untergeschoss war im Zeitpunkt des Augenscheins nur noch über eine Aussentür zugänglich. Die Verbindungstür vom Wohnraum in den Flur des Untergeschosses wurde verschlossen. Zwar ist der Türrahmen noch vorhanden und sichtbar, wenngleich farblich zur weissen Wandfarbe angeglichen. Die Tür und die Scharniere wurden ausgebaut, und die Türöffnung wurde mit einer Holzplatte und mutmasslich integrierter Dämmmatte verschlossen. Die Verbindungstür vom Abstellraum in den Flur des Untergeschosses wurde gleichermassen verschlossen. Zwischen dem Wohn- und dem Abstellraum wurde eine Verbindungstür eingebaut. Der Abstell- und der Wohnraum im Untergeschoss waren zum Zeitpunkt des Rekursaugenscheins nicht bewohnt. Insbesondere wurde der Abstellraum nicht als Wohnraum genutzt.

**b)** Mit Eingabe vom 14. April 2023 lässt sich der Rechtsvertreter des Rekurrenten zum Augenscheinprotokoll vernehmen.

#### **F.**

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten in den vorgenannten Eingaben wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

### **Erwägungen**

#### **1.**

**1.1** Die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes 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). Der erstinstanzliche Beschluss erging am 13. September 2022. Mithin sind vorliegend grundsätzlich



die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben «Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG» vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

### **3.**

Der Rekurrent rügt, die von der Vorinstanz ergriffenen Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Benützungsverbot unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB) seien ungenügend. Es müssten zumindest jene Rückbaumassnahmen verfügt und durchgesetzt werden, die gewährleisten, dass die Räume im Untergeschoss objektiv nicht mehr als zusätzliche Wohneinheit genutzt werden könnten.

**3.1** Die Rekursgegner und die Vorinstanz wenden dagegen ein, zusätzlich zum Benützungsverbot Rückbaumassnahmen zu verfügen, wäre nicht verhältnismässig.

**3.2** Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands stellt eine Eigentumsbeschränkung dar. Sie ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie gemäss Art. 36 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist.

**3.2.1** Nach Art. 159 Abs. 1 PBG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder Abänderung rechtswidrig erstellter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen widerspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Voraussetzung einer Wiederherstellungsverfügung ist in jedem Fall die formelle und materielle Rechtswidrigkeit der betreffenden baulichen Massnahme (BDE Nr. 64/2019 vom 10. Oktober 2019 Erw. 9.1).

**3.2.2** An der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht ein grosses öffentliches Interesse. Der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Baurechts zu. Werden widerrechtliche Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, wird rechtswidriges Verhalten belohnt. Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer, die sich über geltende Vorschriften und Bewilligungen hinwegsetzen, sollen nicht bessergestellt werden als diejenigen, die den vorgeschriebenen Verfahrensweg einschlagen und sich an die entsprechenden Vorschriften halten (BDE Nr. 61/2020 vom 10. Juli 2020 Erw. 6.3). Können Bauten und Anlagen aufgrund materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht legalisiert werden, müssen diese daher grundsätzlich beseitigt werden (vgl. VerwGE



B 2016/38 vom 12. März 2018 Erw. 7.3, vgl. auch BGE 136 II 359 Erw. 6 mit Hinweisen).

**3.2.3** Das Verhältnismässigkeitsprinzip besagt, dass die Grundrechtseinschränkung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich und dem Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar sein muss (BGE 128 I 1 Erw. 3e/cc mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichtes 1C\_37/2013 vom 9. Oktober 2013 Erw. 6.6.1). Eine Wiederherstellungsanordnung erweist sich dann als unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch die Wiederherstellung entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_397/2007 vom 27. Mai 2008 Erw. 3.4).

**3.2.4** Die Anordnung des Abbruchs bereits erstellter Bauten und Anlagen kann aus verfassungsrechtlichen Gründen weiter unzulässig sein, wenn Gründe des Vertrauensschutzes der Wiederherstellung entgegenstehen oder diese aufgrund des Zeitablaufs verwirkt ist. Auf den Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer in gutem Glauben annahm und unter Anwendung zumutbarer Sorgfalt annehmen durfte, die von ihm ausgeübte Nutzung sei rechtmässig beziehungsweise stehe mit der Baubewilligung im Einklang (BGE 136 II 359 Erw. 6 und 7.1; Urteil des Bundesgerichtes 1C\_171/2017 vom 3. Oktober 2017 Erw. 4.1 mit Hinweisen; VerwGE B 2016/38 vom 12. März 2018 Erw. 7.3., vgl. auch Urteil des Bundesgerichtes 1P.74/2003 vom 14. Juli 2003 Erw. 4.1). Gemäss Bundesgericht darf vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben allgemein bekannt ist. Zwar kann sich grundsätzlich auch die Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, gegenüber einem Abbruch- oder Wiederherstellungsbefehl auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Sie muss indessen in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_347/2017 vom 23. März 2018 Erw. 6.3; BGE 132 II 21 Erw. 6.4; Urteil des Bundesgerichtes 1C\_179/2013 vom 15. August 2013 Erw. 5.3; BUDE Nr. 24/2022 vom 16. März 2022 Erw. 3.7).

**3.3** Das Bau- und Umweltsdepartement hat über die materielle Rechtswidrigkeit der Einliegerwohnung mit Entscheid Nr. 40/2022 vom 2. Mai 2022 bereits rechtskräftig entschieden und diese bejaht. Namentlich wurde mit diesem Entscheid festgestellt, dass ohne rechtskräftige Baubewilligung eine Einliegerwohnung erstellt wurde, welche gegen die geltenden Bauvorschriften (Art. 24 BauR) verstösst.

**3.4** In der Folge hat die Vorinstanz als Wiederherstellungsmassnahme ein Nutzungsverbot verfügt. Dieses wurde nicht angefochten. Fraglich ist nun, ob dieses Nutzungsverbot zur Wiederherstellung des



rechtmässigen Zustands ausreicht oder ob – wie vom Rekurrenten verlangt – darüber hinaus Rückbaumassnahmen anzuordnen sind.

**3.5** Ein blosses Benützungsverbot genügt regelmässig nicht, um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands definitiv zu erreichen. Abgesehen davon, dass damit auf unabsehbare Zeit gegen die Bauvorschriften verstossen wird, wäre dessen Einhaltung ohne einen unverhältnismässigen Aufwand gar nicht kontrollierbar und würde die Kapazität der Vollzugsbehörde bei weitem sprengen, selbst wenn diese ernsthaft darum bemüht wäre, die rechtskonforme Nutzung auch tatsächlich durchzusetzen. Somit müssen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gewöhnlich auch bauliche Massnahmen verfügt werden (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_135/2016 vom 1. September 2016 Erw. 4; BUDE Nr. 24/2022 vom 16. März 2022 Erw. 3.9.2; BDE Nr. 61/2020 vom 10. Juli 2020 Erw. 5.2 und 6.4).

**3.5.1** Die Rekursgegner bestreiten nicht, dass die beiden Räume im Untergeschoss nach wie vor objektiv zur Nutzung als separate Wohnung geeignet sind. Wie anlässlich des Augenscheins festgestellt, ist die Einliegerwohnung nur noch über einen separaten Eingang bzw. eine Aussentür zugänglich. Die Verbindungstür in den Flur des Untergeschosses wurde verschlossen. Die Einliegerwohnung ist somit vom restlichen Wohnraum abgetrennt. Ebenfalls wurde anlässlich des Augenscheins festgestellt, dass die Einliegerwohnung über eine eigene Küche verfügt. Dass die zwei betreffenden Räume im Untergeschoss objektiv eine eigenständige Wohneinheit darstellen, steht unabhängig von einer allfälligen Baubewilligungspflicht der einzelnen vorgenommenen baulichen Arbeiten fest.

**3.5.2** Ein Nutzungsverbot betreffend einzelne Innenräume ist nur mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand kontrollier- und durchsetzbar (vgl. oben Erw. 3.5 mit Hinweis u.a. auf Urteil des Bundesgerichtes 1C\_135/2016 vom 1. September 2016 Erw. 4). Die Bauverwaltung könnte eine Kontrolle jeweils nur nach vorheriger Terminabsprache im Beisein der Rekursgegner oder einer Vertreterin oder eines Vertreters durchführen. Eine unangekündigte Kontrolle wäre somit nicht möglich. Das Nutzungsverbot ist daher wirkungslos. Damit erweisen sich Rückbaumassnahmen als erforderlich, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Ein entsprechender baulicher Eingriff (z.B. Zumauern der eingebauten Verbindungstüre zwischen Wohn- und Abstellraum, Wiederherstellen des Zugangs zur übrigen Wohnung) ist geeignet, die Nutzung als Einliegerwohnung zu unterbinden.

**3.6** Zu prüfen bleibt, ob Rückbaumassnahmen auch zumutbar sind. Die Vorinstanz beruft sich darauf, dass Rückbaumassnahmen angesichts des baldigen Wegfalls von Art. 24 BauR und der somit baldigen Bewilligungsfähigkeit unverhältnismässig wären.

**3.6.1** Die nachträgliche Baubewilligung vom 9. November 2021, mit der die Einhaltung sämtlicher Bauvorschriften bestätigt worden ist,



wurde mit BUDE Nr. 40/2022 vom 2. Mai 2022 rechtskräftig aufgehoben.

**3.6.2** Die materielle Rechtswidrigkeit kann entgegen der Ansicht der Rekursgegnerin in naher Zukunft nicht mit Bestimmtheit behoben werden. Auch wenn das neue Baureglement der Gemeinde Z.\_\_\_\_ keine Wohnhygienevorschriften mehr enthält, wie dies heute mit Art. 24 BauR der Fall ist, heisst das nicht, dass die Einliegerwohnung im Umkehrschluss in naher Zukunft bewilligungsfähig sein wird. Es ist denkbar, dass nach erfolgter öffentlicher Auflage des neuen Baureglements noch Bestimmungen geändert bzw. zusätzliche Vorschriften aufgenommen werden. Wann der neue Zonenplan mit dem neuen Baureglement genehmigt und damit rechtskräftig wird, ist zum aktuellen Zeitpunkt nicht abschätzbar. Es ist wahrscheinlich, dass das Verfahren der Inkraftsetzung zumindest noch mehrere Monate beanspruchen wird. Solange kann nicht geprüft werden, ob die Einliegerwohnung in (naher) Zukunft definitiv bewilligungsfähig sein wird. Es müsste nach dem Inkrafttreten des neuen Baureglements geprüft werden, ob die Einliegerwohnung sämtliche Regelbauvorschriften gemäss neuem Recht einhält.

**3.6.3** Die Rekursgegner machen geltend, Vorarbeiten zu noch nicht in Kraft getretenen Gesetzesentwürfen könnten bei der Auslegung berücksichtigt werden. Daneben spricht auch die Vorinstanz mit ihrer Argumentation dem künftigen neuen Baureglement eine positive Vorwirkung zu. Eine positive Vorwirkung liegt vor, wenn ein noch nicht in Kraft getretener Erlass (unter Vorbehalt seines Inkrafttretens) angewendet wird. Eine solche Vorwirkung widerspricht sowohl dem Gesetzmässigkeitsprinzip als auch dem Grundsatz der Rechtssicherheit und ist daher grundsätzlich unzulässig (vgl. Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2005/III/8). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können unter gewissen Umständen Vorarbeiten zu Rechtsänderungen bei der Auslegung bestehenden Rechts im Rahmen des Methodenpluralismus berücksichtigt werden. Dies setzt voraus, dass das geltende System mit der bevorstehenden Rechtsänderung nicht grundsätzlich geändert und nur eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustands angestrebt wird oder Lücken des geltenden Rechts gefüllt werden (vgl. BGE 125 III 401 Erw. 2a; BGE 141 II 297 Erw. 5.5.3). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Namentlich steht mit der Revision des Baureglements bzw. dem Wegfall der Hygienevorschriften (Art. 24 BauR) eine grundlegende Änderung bevor. Es handelt sich nicht lediglich um eine Konkretisierung oder Lückenfüllung bezüglich einer bestehenden, offen formulierten Vorschrift. Jedenfalls wäre auch bei einer Berücksichtigung des künftigen Wegfalls der Hygienevorschriften nach wie vor unklar, ob die Einliegerwohnung in naher Zukunft definitiv bewilligungsfähig sein wird (vgl. oben Erw. 3.6.2).

**3.6.4** Auch im Übrigen sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Rückbaumassnahmen unverhältnismässig wären. Auf das Erforderliche beschränkte Rückbaumassnahmen (vgl. die beispielhafte Aufzählung



nachfolgend in Erw. 3.7.2) können als geringfügig bezeichnet werden. Das Interesse der Rekursgegner erschöpft sich im Wesentlichen in den nutzlosen Aufwendungen für die Bauteile und Bauarbeiten. Dieser Aufwand sollte sich im bescheidenen Rahmen bewegen. Die getätigten Investitionen allein sind für die Frage, ob sich ein Rückbau rechtfertige, ohne Belang (vgl. VerwGE B 2013/29 vom 27. August 2013 Erw. 6.3.1 mit Hinweisen). Dass diese Kosten unzumutbar sein sollten, machen die Rekursgegner allerdings auch gar nicht geltend. Die Zumutbarkeit von Rückbaumassnahmen ist damit gegeben.

**3.6.5** Somit ergibt sich, dass vorliegend Rückbaumassnahmen entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Rekursgegner verhältnismässig sind. Namentlich sind sie erforderlich, um die Nutzung der formell und materiell rechtswidrigen Einliegerwohnung objektiv und definitiv zu verhindern. An deren Anordnung besteht ein öffentliches Interesse, welches die privaten Interessen der Rekursgegner überwiegt.

**3.7** Als Nächstes sind konkrete Rückbaumassnahmen zu prüfen.

**3.7.1** Die Vorinstanz ist vorliegend von der Unverhältnismässigkeit von Rückbaumassnahmen ausgegangen. Konkrete, geeignete Rückbaumassnahmen hat sie folglich nicht angeordnet und – soweit ersichtlich – auch nicht geprüft. Die Verhältnismässigkeit von Rückbaumassnahmen wird mit dem vorliegenden Entscheid nun aber bestätigt. Würde das Bau- und Umweltdepartement im Rahmen des vorliegenden Rekursverfahrens als erste Instanz über Rückbaumassnahmen befinden, ginge den Rekursgegnern eine Instanz verloren. Es ist somit an der Vorinstanz, erstmals über konkrete Rückbaumassnahmen zu befinden. Die Streitsache ist daher zur Neuurteilung, sprich zur Prüfung und Anordnung geeigneter Rückbaumassnahmen, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**3.7.2** Aus prozessökonomischen Gründen ist darauf hinzuweisen, dass die konkreten Rückbaumassnahmen geeignet sein müssen, dass die Räume im Untergeschoss objektiv und dauerhaft nicht mehr als separate Wohneinheit genutzt werden können. Denkbar wäre beispielsweise das Zumauern der eingebauten Verbindungstür zwischen Wohn- und Abstellraum mit gleichzeitiger Öffnung der beiden verschlossenen Verbindungstüren vom Wohnraum in den Flur und vom Abstellraum in den Flur des Untergeschosses. Dass Rückbaumassnahmen angeordnet werden müssen, bedeutet nicht zwangsläufig, dass sämtliche vorgenommenen Arbeiten rückgängig gemacht werden müssen. Bei der Auswahl der konkreten Rückbaumassnahmen ist weiter darauf zu achten, dass durch die Rückbaumassnahmen im Vergleich zum zuletzt rechtskräftig bewilligten Zustand (Baubewilligung vom 18. März 2008) keine zusätzliche anrechenbare Geschossfläche (Ausnützungsziffer; Art. 61 BauG) geschaffen wird.

**4.**



Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf Rückbaumassnahmen verzichtet hat. Der Rekurs erweist sich als begründet und ist im Sinn der Erwägungen gutzuheissen. Die angefochtene Ziff. 3 des Entscheids des Gemeinderates Z. \_\_\_ vom 13. September 2022 ist deshalb aufzuheben und zur neuen Entscheidung im Sinn der Erwägungen zurückzuweisen.

## **5.**

**5.1** 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 haben die Rekursgegner die amtlichen Kosten unter solidarischer Haftung zu bezahlen (Art. 96<sup>bis</sup> VRP).

**5.2** Der vom Rekurrenten am 14. November 2022 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist zurückzuerstatten.

## **6.**

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

**6.1** 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).

**6.2** Der Rekurrent obsiegt mit seinen Anträgen. Da das Verfahren zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot, die den Beizug eines Rechtsvertreters rechtfertigen, besteht grundsätzlich Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Weil keine Kostennote vorliegt, ist die ausseramtliche Entschädigung in Anwendung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 22 der Honorarordnung (sGS 963.75; abgekürzt HonO) ermessensweise auf Fr. 3'250.–, zuzüglich die beantragten 4 % Barauslagen, insgesamt also auf Fr. 3'380.–, zuzüglich Mehrwertsteuer, festzulegen; sie ist von den Rekursgegnern zu gleichen Teilen zu bezahlen.

**6.3** Da die Rekursgegner mit ihren Anträgen unterliegen, haben sie von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Ihr Begehren ist deshalb abzuweisen.

## **Entscheid**



**1.**

**a)** Der Rekurs von A.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

**b)** Ziff. 3 des Beschlusses des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 13. September 2022 wird aufgehoben. Die Streitsache wird zur neuen Entscheidung im Sinn der Erwägungen an den Gemeinderat Z.\_\_\_\_ zurückgewiesen.

**2.**

**a)** B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_, beide Z.\_\_\_\_, bezahlen unter solidarischer Haftung eine Entscheidgebühr von Fr. 3'500.–.

**b)** Der am 14. November 2022 von A.\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

**3.**

**a)** Das Begehren von A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird gutgeheissen. B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ entschädigen A.\_\_\_\_ zu gleichen Teilen ausseramtlich mit Fr. 3'380.– zuzüglich Mehrwertsteuer.

**b)** Das Begehren von B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann  
Regierungsrätin