



Fall-Nr.:	21-3837
Stelle:	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
Instanz:	Bau- und Umweltdepartement
Publikationsdatum:	11.01.2022
Entscheiddatum:	17.12.2021

BUDE 2021 Nr. 084

Art. 7 Abs. 1 VRP, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 159 Abs. 2 Bst. f Ziff. 1 GG. Wirkt ein befangenes Behördenmitglied am gesamten Wiederherstellungsverfahren mit und tritt es erst am Ende – beim Erlass der Wiederherstellungsverfügung – in den Ausstand, kann damit tatsächlich der Eindruck entstehen, die Vorinstanz habe sich (unter Mitwirkung des befangenen Mitglieds) zur Wiederherstellung bereits eine feste Meinung gebildet und werde sich deshalb – ungeachtet allfälliger Eingaben im Rahmen des rechtlichen Gehörs – ohnehin nicht mehr umstimmen lassen (Erw. 3.3). Der Entscheid über die Bestellung einer Ersatzverwaltung fällt nicht in die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes. Die Vorinstanz hat aber die Möglichkeit, einen Antrag an das Departement des Innern zu stellen, damit ihm dieses für die Durchführung des Wiederherstellungsverfahrens eine Ersatzverwaltung bestimmt (Erw. 4.2). // (Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben.)

BUDE 2021 Nr. 84 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



21-3837

Entscheid Nr. 84/2021 vom 17. Dezember 2021

Rekurrenten

A.____
B.____
C.____
D.____
E.____

alle vertreten durch lic.iur. Payám Ghaemmaghami und MLaw Páyá
Ghaemmaghami, Rechtsanwälte, Stadweg 3, 8880 Walenstadt

Vorinstanz

Gemeinderat Z.____ (Entscheide vom 7. und 29. April 2021)

Rekursgegner

F.____
vertreten durch Dr.iur. Rebecca von Rappard, Rechtsanwältin,
Rosenbergstrasse 42b, 9000 St.Gallen

Betreff

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands



Sachverhalt

A.

a) F.____, Z.____, sind Miteigentümer je zur Hälfte des Grundstücks Nr. 001, Grundbuch Z.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.____ vom 30. April 2014 in der Wohnzone für zweigeschossige Bauten und ist mit einem Einfamilienhaus überbaut.

b) Der Gemeinderat Z.____ hatte F.____ am 2. Oktober 1997 die Bewilligung erteilt, auf Grundstück Nr. 001 ein Einfamilienhaus zu erstellen, dessen Umgebungsgestaltung mit Böschung teilweise auf dem südlich angrenzenden, damals noch als Grundstück Nr. 002 (heute Grundstück Nr. 003) eingetragenen Grundstück zu liegen kommen sollte.

c) Anlässlich einer Baukontrolle am 1. September 1998 stellte das Bauamt Z.____ fest, dass F.____ anstelle der am 2. Oktober 1997 bewilligten Böschung entlang der Grenze zu Grundstück Nr. 003 die folgende Blocksteinmauer erstellt hatte:



d) Am 22. September 1998 reichte F.____ dem Gemeinderat u.a. einen geänderten Umgebungsplan (datiert vom 22. September 1998, 4. Revision) zur Bewilligung ein. Am 24. September 1998 führte eine Delegation des Gemeinderates Z.____ eine weitere Baukontrolle durch. Dabei hielt sie fest, dass ein Satz Steine (0,70 bis 0,80 m hoch) der Mauer entlang der Grenze zu Grundstück Nr. 003 auf der ganzen Länge um 0,60 m zurückzusetzen sei. Am 6. Oktober 1998 reichte F.____ einen revidierten Umgebungsplan (5. Revision) sowie einen Plan mit Querprofilen (Terrainschnitte A-D), beide von G.____, dem damaligen Eigentümer des Grundstücks Nr. 003, unterzeichnet, nach.



Am 12. November 1998 bewilligte der Gemeinderat Z.____ die Projektänderung vom 6. Oktober 1998 nachträglich unter Auflagen. Dabei verfügte er insbesondere, es sei ein Satz Steine der Stützmauer (0,70 – 0,80 m hoch) entlang der südlichen Grenze gemäss den Vorgaben des Gemeinderates am Augenschein vom 24. September 1998 um 0,60 m zurückzusetzen. Gemäss Schnitt 6 des Umgebungsplans vom 6. Oktober 1998 sollte die Mauer beim Grenzpunkt in der südwestlichen Grundstücksecke eine Höhe von 2,20 m bzw. – unter Einbezug der Böschung im Verhältnis 2:3 (maximale Höhe von 1,18 m) – eine solche von insgesamt 3,38 m aufweisen, wobei im Grundriss eine maximale Höhe (Mauer mit Böschung) von 3,785 m angegeben war. Beim Grenzpunkt in der südöstlichen Grundstücksecke war im Grundriss des Umgebungsplans eine maximale Höhe der Mauer von 2,74 m eingetragen.

e) Am 26. März 1999 erwarb A.____, Z.____, das Grundstück Nr. 003 von G.____. In der Folge begann ein nun seit etwa 20 Jahren dauernder Nachbarschaftsstreit zwischen den Eigentümern der Grundstücke Nrn. 003 und 001 über die Frage der Rechtmässigkeit des Bestands der Blocksteinmauer:

aa) Am 22. März 2010 forderte A.____ die Politische Gemeinde Z.____ auf, F.____ zu verpflichten, die Stützmauer entlang der Grenze zu Grundstück Nr. 003 in den rechtmässigen Zustand zu versetzen. Im April 2010 legte A.____ den Fuss der Stützmauer auf seinem Grundstück Nr. 003 frei. Mit Verfügung vom 8. Juli 2010 stellte der Gemeinderat Z.____ fest, dass die Stützmauer auf Parzelle Nr. 001 in etwa gemäss der Baubewilligung vom 12. November 1998 erstellt worden sei und die Höhenabweichungen bei den Schnitten A, B, C, 6 und 8 im Toleranzbereich beim Bau einer Mauer mit grossen Findlingen lägen, weshalb von der Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen abgesehen werde. Als Folge dieser Verfügung schrieb das Baudepartement (seit 1. Oktober 2021: Bau- und Umweltschutzdepartement) am 22. Juli 2010 eine von A.____ am 5. Juli 2010 erhobene Rechtsverweigerungsbeschwerde zufolge Rückzugs (Verfahren Nr. 10-4277) ab. Mit BDE Nr. 2/2011 vom 7. Januar 2011 wies das Baudepartement einen von A.____ gegen die Verfügung vom 8. Juli 2010 erhobenen Rekurs (Verfahren Nr. 10-4774) mit der Begründung ab, die umstrittene Blocksteinmauer entspreche der Bewilligung. Die einzige Abweichung gegenüber dem bewilligten Grundrissplan bestehe in der Mehrhöhe von 0,115 m beim Grenzpunkt in der südwestlichen Grundstücksecke. Es sei dem Gemeinderat Z.____ zuzustimmen, dass eine geringe Abweichung von nur etwa 11 cm im Toleranzbereich dessen liege, was bei der Erstellung einer groben Blocksteinmauer mit grossen Findlingen und einer Auffüllhöhe von fast 4 m in Kauf genommen werden müsse.

bb) Diesen Rekursentscheid hob das Verwaltungsgericht in teilweiser Gutheissung der von A.____ dagegen erhobenen Beschwerde mit Urteil B 2011/17 vom 12. April 2012 auf. Es stellte in Ziff. 1 des Dispositivs fest, dass die Baubewilligung vom 12. November 1998 unter dem Vorbehalt erteilt worden sei, dass die Stützmauer das Grundstück



des Beschwerdeführers nicht tangiere. Sodann habe der Gemeinderat Z.____ eine Mauer mit einer Höhe von insgesamt 2,20 m ab dem auf dem Plan mit den Querprofilen vom 2. Oktober 1998 abgebildeten Terrainverlauf unter der Voraussetzung bewilligt, dass ein Satz Steine mit einer Höhe von 70 bis 80 cm rund 60 cm zurückversetzt werde. Gegen dieses Urteil erhob F.____ Beschwerde beim Bundesgericht. Mit Urteil 1C_272/2012 vom 22. Januar 2013 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab und beurteilte die strittige Feststellung des Verwaltungsgerichtes im Dispositiv des angefochtenen Urteils "nicht als aktenwidrig bzw. offensichtlich unrichtig" (Erw. 4.4).

cc) Am 11. Februar 2014 und 11. Juni 2014 forderte A.____ den damaligen Gemeindepräsidenten auf, die Eheleute F.____ unter Androhung der Ersatzvornahme anzuweisen, ihre ungesetzliche Mauer zu korrigieren. Am 14. Januar 2015 gab der Gemeinderat Z.____ A.____ und den Eheleuten F.____ Gelegenheit, sich zum Entwurf einer Wiederherstellungsverfügung vom 8. Januar 2015 vernehmen zu lassen. Am 21. Januar 2015 zog A.____ eine am 8. Oktober 2014 beim Departement des Innern erhobene Aufsichts- und Rechtsverweigerungsbeschwerde zurück. Seiner aufsichtsrechtlichen Anzeige vom 12. April 2015 gab das Departement des Innern mit Stellungnahme vom 21. April 2015 keine Folge. Ein Revisionsbegehren von F.____ vom 27. März 2015 wies das Bundesgericht mit Urteil 1F_10/2015 vom 7. Mai 2015 ab. Dessen Gesuch vom 4. Mai 2015 betreffend Wiederaufnahme des Beschwerdeverfahrens B 2011/17 schrieb das Verwaltungsgericht mit Entscheid vom 11. Juni 2015 zufolge Rückzugs ab.

dd) Mit Verfügung vom 11. Juni 2015 verzichtete der Gemeinderat Z.____ auf die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen. Er erwog, die oberste Steinreihe der Stützmauer auf Parzelle Nr. 001 müsse nicht auf der ganzen Länge entlang der Parzelle Nr. 003 zurückversetzt sein, die Höhenabweichungen der Mauer lägen im Toleranzbereich und lediglich einzelne Steine würden, wenn überhaupt, das Grundeigentum unterirdisch überragen. Einen dagegen von A.____ am 1. Juli 2015 erhobenen Rekurs (Verfahren-Nr. 15-5400) hiess das Baudepartement mit BDE Nr. 1/2016 vom 13. Januar 2016 im Sinn der Erwägungen gut, hob die Verfügung vom 11. Juni 2015 auf und wies die Sache zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinn der Erwägungen – innert fünf Monaten nach Rechtskraft des Entscheids – an den Gemeinderat Z.____ zurück. Gegen diesen Entscheid des Baudepartementes erhoben sowohl F.____ als auch A.____ Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Mit Urteil vom 26. September 2018 (B 2016/21 und B 2016/22) wies das Verwaltungsgericht einerseits die Beschwerde von F.____ ab; andererseits hiess es die Beschwerde von A.____ im Sinn der Erwägungen gut, hob den Entscheid des Baudepartementes teilweise auf und wies die Politische Gemeinde Z.____ an, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme anzuordnen. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Bewilligung vom 12. November 1998 sei unter der Bedingung erteilt worden, dass die Stützmauer das Grundstück Nr. 003 nicht tangiere und eine Mauerhöhe von maximal



2,20 m eingehalten werde, und zudem unter der Auflage, dass ein Satz Steine mit einer Höhe von 0,70 m bis 0,80 m auf der gesamten Länge der Mauer um 0,60 m zurückversetzt werde (Erw. 9.6). An der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands bestehe insbesondere aus präjudiziellen Gründen ein erhebliches öffentliches Interesse. Grundeigentümer, die sich über geltende Vorschriften und Bewilligungen hinwegsetzten, sollten nicht besser gestellt werden als diejenigen, die den vorgeschriebenen Verfahrensweg einschlugen und sich an die entsprechenden Vorschriften hielten. Es gehe nicht an, wissentlich Bauvorschriften zu missachten und sich anschliessend der Wiederherstellung unter Berufung auf die Kosten zu widersetzen. Diese Kosten seien im vorliegenden Fall aufgrund des fehlenden guten Glaubens ohnehin nur in geringfügigem Mass zu berücksichtigen. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweise sich daher als verhältnismässig. Die Politische Gemeinde Z.____ werde deshalb angewiesen, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme anzuordnen (Erw. 10). Gegen dieses Urteil erhoben sowohl F.____ als auch A.____ Beschwerde beim Bundesgericht. Mit Urteil vom 31. Oktober 2019 wies das Bundesgericht beide Beschwerden (1C_572/2018 und 1C_574/2018) ab. Es erwog, in der Sache sei auf die mit Urteil des Bundesgerichtes 1C_272/2012 vom 22. Januar 2013 und mit Revisionsentscheid 1F_10/2015 vom 7. Mai 2015 erledigten Tat- und Rechtsfragen nicht mehr zurückzukommen (Erw. 2.2). Im Ergebnis gehe es einzig darum, das erste vom Bundesgericht geschützte Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 12. April 2012 durch Wiederherstellung des gemäss den entsprechenden Feststellungen und Erwägungen umschriebenen rechtmässigen Zustands umzusetzen. Die Gemeinde werde sich daran zu halten haben. Ergänzende Abklärungen seien nicht erforderlich. Soweit die Parteien weiterhin auf eigenen abweichenden Standpunkten beharrten, seien sie nicht zu hören (Erw. 6).

B.

Seit 20. Januar 2020 sind A.____, B.____, D.____, E.____, alle Z.____, und C.____, Y.____, Miteigentümer je zu einem Fünftel des Grundstücks Nr. 003.

C.

a) Mit Schreiben vom 10. März 2020 übermittelte der Gemeinderat Z.____ dem Vertreter von A.____, lic.iur. Payám Ghaemmaghami, Rechtsanwalt, Z.____, sowie F.____ den Entwurf einer Wiederherstellungsverfügung zum rechtlichen Gehör.

b) Am 23. Juni 2020 reichten F.____ beim Gemeinderat Z.____ erneut ein Gesuch um nachträgliche Bewilligung der bestehenden Blocksteinmauer zwischen den Grundstücken Nrn. 001 und 003 ein.

c) Innert der Auflagefrist vom 10. bis 23. Juli 2020 erhoben A.____, B.____, D.____, E.____ und C.____, alle vertreten durch lic.iur. Payám Ghaemmaghami und MLaw Páyá Ghaemmaghami, Rechtsanwälte, Z.____, Einsprache gegen das Bauvorhaben.



d) Mit Schreiben vom 16. Juli 2020 beantragten F.____, inzwischen vertreten durch Dr.iur.HSG Rebecca von Rappard, Rechtsanwältin, St.Gallen, beim Gemeinderat Z.____ die Sistierung des Wiederherstellungsverfahrens bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über das Baugesuch vom 23. Juni 2020.

e) Mit Eingabe vom 31. März 2021 an den Gemeinderat zogen F.____ ihr Baugesuch vom 23. Juni 2020 wieder zurück. Mit gleichem Schreiben reichten sie ein neues Baugesuch für den teilweisen Rückbau der bestehenden Blocksteinmauer ein, welches später mit Schreiben vom 15. September 2021 an den Gemeinderat ebenfalls wieder zurückgezogen wurde.

D.

a) Am 7. April 2021 fasste der Gemeinderat Z.____ folgenden Beschluss:

1. Der Gemeindepräsident H.____ und der Vizepräsident I.____ befinden sich von sich aus im Ausstand.
2. Das Baugesuch von F.____, Z.____, vom 23. Juni 2020 wird zufolge Rückzugs von der Geschäftsliste abgeschrieben.
3. Der Antrag auf Sistierung des Wiederherstellungsverfahrens von F.____, Z.____, wird wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
4. F.____ werden bei der Mauer entlang der Grundstücksgrenze zu Parzelle Nr.003 zu folgenden Wiederherstellungsmassnahmen verpflichtet:
 - Die oberste Steinreihe der Stützmauer mit einer Höhe von 70 bis 80 cm ist auf der ganzen Mauerlänge entlang der südlichen Parzellengrenze um wenigstens 60 cm zurückzuversetzen;
 - Der Maschendrahtzaun ist ebenfalls – zusammen mit der obersten Steinreihe – auf der ganzen Mauerlänge um mindestens 60 cm zurückzuversetzen.
5. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wird eine Frist von vier Monaten ab Rechtskraft des vorliegenden Beschlusses angesetzt.

Der Vollzug der Wiederherstellung ist der Bauverwaltung zu melden.
6. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziff. 4 des vorliegenden Beschlusses wird die Ersatzvornahme auf Kosten der Pflichtigen angedroht.
7. (Strafandrohung)



8. F.____ bezahlen amtliche Kosten in der Höhe von Fr. 5'000.–.
9. A.____ bezahlt amtliche Kosten in der Höhe von Fr. 5'000.–.
10. Die Anträge der Parteien auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten werden abgewiesen.

Zur Begründung der angeordneten Rückbaumassnahmen wurde auf die Urteile des Verwaltungs- und des Bundesgerichtes verwiesen. Dem Antrag der Miteigentümer des Grundstücks Nr. 003, zusätzlich die gesamte Mauer um 40 cm zurückzusetzen, weil einzelne Mauersteine deren Grenze überragten, wurde nicht stattgegeben. Diesbezüglich wurde ausgeführt, die unterste Steinreihe der Mauer sei inzwischen freigelegt worden. Es sei deshalb ohne weiteres erkennbar, dass keine Mauersteine mehr über die Grenze auf Grundstück Nr. 003 ragten.

E.

a) Gegen diesen Beschluss erhoben A.____, B.____, D.____, E.____ und C.____ durch ihre Rechtsvertreter mit Schreiben vom 19. April 2021 Rekurs beim Baudepartement.

b) Angesichts der Rekurerhebung überprüfte der Gemeinderat Z.____ seinen Beschluss in Bezug auf die Gebührenerhebung nochmals und änderte daraufhin mit Verfügung vom 29. April 2021 den Beschluss vom 7. April 2021 folgendermassen:

1. Der Gemeindepräsident H.____ und der Vizepräsident I.____ befinden sich von sich aus im Ausstand.
2. Ziff. 8 und 9 des Beschlusses des Gemeinderates vom 7. April 2021 (Geschäft Nr. 81) betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes der Stützmauer auf Grundstück Nr. 001 (Staadweg 7) werden aufgehoben und durch folgende Ziffern ersetzt:
 - a) F.____ bezahlen amtliche Kosten in der Höhe von Fr. 1'500.–.
 - b) A.____ bezahlt amtliche Kosten in der Höhe von Fr. 1'500.–.
3. Für diesen Entscheid werden keine amtlichen Kosten erhoben.

Zur Begründung wurde sinngemäss ausgeführt, eine Überprüfung und Herabsetzung der ursprünglich verfügten Entscheidgebühr sei wohl angezeigt.



c) Auch gegen diesen Zusatzbeschluss erhoben A.____, B.____, D.____, E.____ und C.____ durch ihre Rechtsvertreter mit Schreiben vom 14. Mai 2021 Rekurs beim Baudepartement.

d) Mit gemeinsamer Rekursergänzung vom 14. Juni 2021 werden folgende Anträge gestellt:

1. Ziff. 4, 5, 9 und 10 der angefochtenen Verfügung der Gemeinde Z.____ vom 7. April 2021 (Geschäfts-Nr. 81) seien aufzuheben und F.____, Z.____, seien zu verpflichten, die Mauer entlang der Grundstücksgrenze zu Grundstück Nr. 003 so zurückzubauen, dass die Mauer eine maximale Höhe von 2,20 m nicht überschreite. Die Südwestecke der Mauer sei in der Höhe um 1,7 Meter (auf 435,33 m ü.M.) zu reduzieren und die Südostecke der Mauer sei in der Höhe um 0,94 Meter (auf 436,63 m ü.M.) zu reduzieren. Die direkte Verbindungslinie zwischen diesen beiden Eckpunkten bzw. Höchstpunkten sei sodann an keiner Stelle durch die Mauer zu überschreiten. Zusätzlich sei die gesamte Länge der gesamten Mauerkrone um das Mass von mindestens 80 cm (gemessen ab Oberkante oberster Blockstein) um mindestens 60 cm (gemessen ab Vorderkante des obersten zulässigen Blocksteins) zurückzusetzen. Der Zaun sei zu beseitigen. Die ganze Mauer sei für die Beseitigung der Grenzüberschreitung um mindestens 40 Zentimeter zurückzusetzen. Hierfür sei F.____ eine Frist von drei Wochen zu setzen und für den Fall der Zuwiderhandlung die Ersatzvornahme auf Kosten der Pflichtigen sowie die Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB anzudrohen.
2. Die Verfügung der Vorinstanz vom 29. April 2021 (Geschäfts-Nr. 119) sei aufzuheben.
3. Eventualiter sei das Verfahren an eine Erstinstanz zurückzuweisen, wobei die Gemeinderatsmitglieder samt Gemeinderatsschreiber in den Ausstand zu treten seien und durch das Baudepartement für die neuerliche Verfügung eine Ersatzbehörde zu bestimmen sei.
4. Den Rekurrenten sei für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung (Ersatz der ausseramtlichen Kosten) zu Lasten der Rekursgegner, hilfsweise zu Lasten des Staates zuzusprechen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Rekursgegner 1 und 2 bzw. zu Lasten der Vorinstanz.

Zur Begründung wird geltend gemacht, der Entwurf der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung (unter der Verfahrensleitung des neuen Gemeindepräsidenten H.____) sei den Rekurrenten am 10. März 2020 zum rechtlichen Gehör zugestellt worden. Am 28. September 2020



hätten sie festgestellt, dass J.____, die Tochter des Gemeindepräsidenten, im Unternehmen des Rekursgegners angestellt sei. Das sei von der Vorinstanz mit Schreiben vom 18. November 2020 bestätigt und gleichzeitig mitgeteilt worden, dass – falls der Gemeinderat darin einen Ausstandsgrund erblicke – der Gemeindepräsident bei der Beschlussfassung über die Wiederherstellungsverfügung in den Ausstand treten werde. Daraufhin hätten die heutigen Rekurrenten am 27. November 2020 bei der Vorinstanz ein Ausstandsbegehren gegen den Gemeindepräsidenten gestellt und die Ausstellung eines neuen Verfügungsentwurfs verlangt. Zudem hätten sie beantragt, dass auch andere Mitglieder des Gemeinderates in den Ausstand treten müssten, sofern diese Gründe für eine Befangenheit erkennen sollten. Am 7. April 2021 habe die Vorinstanz dann die angefochtene Wiederherstellungsverfügung erlassen. Erst darin sei mitgeteilt worden, dass H.____ und I.____ (der Bruder des früheren Gemeindepräsidenten K.____) in Ausstand getreten seien. Sämtliche vorangegangenen Amtshandlungen, namentlich jene, die in Zusammenhang mit der Erstellung des Entwurfs für die Wiederherstellungsverfügung gestanden hätten, seien allerdings nicht wiederholt worden. Hinzu komme, dass in den beiden angefochtenen Verfügungen vom 7. und 29. April 2021 stets nur von A.____ als Partei die Rede sei; die anderen Mitglieder der Miteigentumsgemeinschaft würden mit keinem Wort erwähnt. Ihnen seien die beiden Verfügungen auch nicht eröffnet worden; folglich litten die Verfügungen an einem schwerwiegenden Mangel und seien nichtig. Weiter wird geltend gemacht, die Vorinstanz habe den Anspruch der Rekurrenten auf rechtliches Gehör in mehrfacher Hinsicht verletzt, beispielsweise, weil sie ihnen keine vollständige Akteneinsicht gewährt und ihnen namentlich das Schreiben der Rekursgegner vom 31. März 2021, mit welchem das Baugesuch vom 23. Juni 2020 zurückgezogen worden sei, nie zugestellt habe. Auch die Beilagen zu diesem Schreiben seien von der Vorinstanz aus den Verfahrensakten entfernt worden.

F.

a) Mit verfahrensleitender Anordnung vom 16. Juni 2021 wurden die Vorinstanz und die Rechtsvertreterin der Rekursgegner eingeladen, zum Rekurs Stellung zu nehmen.

b) Nach mehrmaliger Fristerstreckung beantragt die Vorinstanz mit Schreiben vom 30. August 2021 eine Sistierung des Rekursverfahrens mit der Begründung, die von den Rekurrenten erhobene Rüge, sie habe im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens gegen die Ausstandspflicht verstossen, scheine begründet. Sie beabsichtige daher, die angefochtene Wiederherstellungsverfügung aufzuheben und das Verfahren neu durchzuführen.

c) In der Folge wurde das Rekursverfahren mit verfahrensleitender Anordnung vom 31. August bis 30. September 2021 sistiert, um der Vorinstanz die Möglichkeit zu geben, die angefochtene Verfügung zu widerrufen. Gleichzeitig wurde den Beteiligten die Frist zur Einreichung der Vernehmlassungen abgenommen.



- d)** Ebenfalls mit Schreiben vom 31. August 2021 reicht die Vertreterin der Rekursgegner ihre Vernehmlassung ein und beantragt, der Rekurs sei unter Kostenfolge abzuweisen.
- e)** Mit Eingabe vom 20. September 2021 beantragt die Vertreterin der Rekursgegner – im Hinblick auf die bevorstehende Abschreibung des Rekursverfahrens zufolge Widerrufs der angefochtenen Verfügungen durch die Vorinstanz – nochmals ausdrücklich die Zusprache einer dem Aufwand angemessenen ausseramtlichen Entschädigung für das Rekursverfahren und für das erstinstanzliche Verfahren.
- f)** Mit Eingabe vom 28. September 2021 sprechen sich die Vertreter der Rekurrenten einerseits gegen eine weitere Sistierung des Rekursverfahrens und andererseits gegen den in Aussicht gestellten Widerruf der angefochtenen Verfügungen durch die Vorinstanz aus. Zur Begründung wird ausgeführt, das in Ziff. 3 der Rekursergänzung vom 14. Juni 2021 gestellte Ausstandsbegehren richte sich gegen alle Gemeinderatsmitglieder, weshalb diese den inzwischen anerkannten Mangel der angefochtenen Verfügungen gar nicht mehr selbst korrigieren könnten. Gleichzeitig mit dieser Eingabe übermittelten die Vertreter der Rekurrenten dem Baudepartement eine Kopie ihrer Strafanzeige vom 26. September 2021, die sie bei der Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen, Zweigstelle Flums, gegen drei weitere Mitglieder des Gemeinderates und gegen den Gemeinderatsschreiber wegen Amtsmissbrauch, Urkundenunterdrückung und Urkundenfälschung eingereicht hatten.
- g)** Mit Schreiben vom 8. Oktober 2021 beantragt die Vorinstanz unter Verzicht auf die Einreichung einer Vernehmlassung, das Rekursverfahren sei fortzuführen. Zur Begründung wird ausgeführt, aufgrund des Rekurses sei ihr erst bewusst geworden, das sich der Gemeindepräsident bei der Beratung und Zustellung des Entwurfs der Wiederherstellungsverfügung tatsächlich nicht im Ausstand befunden habe. Weil dieser Mangel im Rekursverfahren nicht geheilt werden könne, wäre sie bereit gewesen, die angefochtenen Verfügungen zu widerrufen und das Wiederherstellungsverfahren unter Einhaltung der Ausstandsregeln und unter Berücksichtigung der weiteren von den Rekurrenten gerügten formellen Mängel nochmals neu durchzuführen. Das mache nun jedoch keinen Sinn, nachdem die Rekurrenten ihr deshalb eine Verfahrensverzögerung unterstellten, sie zudem inzwischen gegen alle beteiligten Gemeinderäte Strafanzeige erhoben hätten und vorbrächten, sämtliche Mitglieder des Gemeinderates seien nun wegen Involvierung in ein Strafverfahren zum Ausstand verpflichtet.
- h)** Mit Schreiben vom 12. Oktober 2021 hob die Rechtsabteilung des Bau- und Umweltsdepartementes die Sistierung des Rekursverfahrens auf, forderte die Vorakten von der Vorinstanz ein und kündigte den Rekursentscheid an.



i) Mit Eingabe vom 29. Oktober 2021 nehmen die Rekurrenten zur Vernehmlassung der Rekursgegner vom 31. August 2021 und zu jenen der Vorinstanz vom 8. und 29. Oktober 2021 Stellung. In Bezug auf die Stellungnahmen der Vorinstanz bringen sie vor, dass diese selbst zugebe, dass die angefochtenen Verfügungen an einem unheilbaren Mangel litten. Somit müsse der Rekurs schon aufgrund dieser eingestandenenen Tatsache geschützt werden.

G.

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^{bis} 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 Planungs- und Baugesetz (sGS 731.1; abgekürzt PBG) in Kraft getreten und das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134) aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Der erstinstanzliche Wiederherstellungsentscheid erging am 7. April 2021, die Zusatzverfügung am 29. April 2021. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben „Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG“ vom 8. März 2017 (Bau- und Umweltdepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

3.

Die Rekurrenten bringen in erster Linie vor, Gemeindepräsident H.____ sei erst beim Erlass der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung vom 7. April 2021 (sowie beim Erlass der Zusatzverfügung vom 29. April 2021) in den Ausstand getreten. Bei sämtlichen vorangegangenen Amtshandlungen, namentlich jenen, die in Zusammenhang mit der Erstellung des Entwurfs für die angefochtene Wiederherstellungsverfügung gestanden hätten, habe er noch mitgewirkt. Diese vorbereitenden Amtshandlungen seien später nicht mehr wiederholt worden. Folglich habe die Vorinstanz beim Erlass der Wieder-



herstellungsverfügung gegen die Ausstandsregeln verstossen, weshalb die angefochtenen Verfügungen an einem unheilbaren Mangel litten und aufzuheben seien.

3.1 Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) gewährleistet den Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Entscheidbehörde. Von der entscheidenden Behörde und deren Mitgliedern wird zudem ein gewisses Mass an Unabhängigkeit verlangt (G. STEINMANN, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014, Art. 29 N 35). Wegen fehlender Unabhängigkeit können Mitglieder von gerichtlichen und von Verwaltungsbehörden unter anderem dann abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (BGE 127 I 198). Die in Art. 29 BV statuierten Verfahrensgarantien gelten in allen Gerichts- sowie Verwaltungsverfahren. Die bundesgerichtlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder einer Entscheidbehörde werden im kantonalen Recht in Art. 7 Abs. 1 VRP konkretisiert. Danach haben Behördenmitglieder, öffentliche Angestellte und amtlich bestellte Sachverständige, die Anordnungen treffen, solche vorbereiten oder daran mitwirken, von sich aus in den Ausstand zu treten, wenn sie selbst oder ihre Verwandten in der Angelegenheit betroffen sind (Bst. a), sie wirtschaftlich betroffen sind (Bst. b), sie bei einer Anordnung einer Vorinstanz mitgewirkt haben (Bst. b^{bis}) oder wenn sie aus anderen Gründen befangen erscheinen (Bst. c). Durch die Ausstandsvorschriften soll vermieden werden, dass Mitglieder, die voreingenommen sind oder so erscheinen, an einem Entscheid mitwirken. Ein strikter Nachweis ist nicht erforderlich – es genügt die Glaubhaftmachung. Auf rein individuelle – subjektive – Eindrücke eines Verfahrensbeteiligten darf nicht abgestellt werden. Vielmehr sind nur die objektiv festgestellten Umstände zu berücksichtigen (VerwGE B 2017/115 vom 26. Oktober 2017 Erw. 2.3 mit Hinweisen).

3.2 Bei Verfahren vor Verwaltungsbehörden ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass diese im Gegensatz zu den gerichtlichen Instanzen nicht nur zur neutralen Rechtsanwendung und Streitentscheidung berufen sind, sondern auch weitere öffentliche Aufgaben erfüllen und öffentliche Interessen wahren sowie in eine Verwaltungsorganisation eingebunden sind. Ist die Unbefangenheit von Verwaltungsbehörden zu beurteilen, ist immer zu berücksichtigen, dass diese zunächst hauptsächlich ihre Verwaltungsfunktionen zu erfüllen haben und nicht Rechtsprechungsfunktionen. An ihre Unbefangenheit können deshalb nicht dieselben Anforderungen gestellt werden, wie an die Unabhängigkeit von Justizbehörden (C. REITER, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 7-7^{bis} N 26). Im verwaltungsinternen Verfahren bejaht das Bundesgericht eine Ausstandspflicht in der Regel nur dann, wenn das betreffende Behördenmitglied oder der Beamte ein persönliches Interesse an dem zu behandelnden Geschäft



hat. Im Zusammenhang mit Vorabklärungen bei Verwaltungsbehörden, für die bei komplexen Sach- und Rechtsfragen ein Bedürfnis bestehen kann, dürfen die Äusserungen der Behörde aber nicht den Eindruck erwecken, diese habe sich bereits ihre Meinung in Bezug auf ein konkretes Vorhaben gebildet. Äusserungen dürfen nicht einer abschliessenden Beurteilung gleichkommen (Urteil des Bundesgerichtes 1C_150/2009 vom 8. September 2009 Erw. 3.5.2). In jedem Fall ist eine Beurteilung aller konkreten Umstände nötig. Massgebend sind sowohl die behördliche Organisation als auch die Funktionen, welche die Betreffenden wahrzunehmen haben, sowie ihre Stellung im konkreten Verfahren (VerwGE B 2020/59 vom 19. Januar 2021 Erw. 2.2.1 mit weiteren Hinweisen).

3.3 Vorliegend ist unter den Beteiligten unbestritten, dass Gemeindepräsident H.____ als befangen zu gelten hat, weil seine Tochter im Unternehmen des Rekursgegners angestellt ist. Ebenso ist unter ihnen unstrittig, dass H.____ sich nicht erst bei der Beschlussfassung über die Wiederherstellungsverfügung, sondern schon vorher, während des gesamten Wiederherstellungsverfahrens hätte im Ausstand befinden müssen. Diesen Sichtweisen der Rekurrenten und der Vorinstanz ist nichts entgegenzusetzen. Das Bundesgericht bejahte bereits im Urteil 1C.150/2009 vom 8. September 2009 (in: ZBI 112/2011 S. 478 ff.) die Befangenheit einer Baukommission, die im Hinblick auf das anstehende Baubewilligungsverfahren zu einem Bauvorhaben konkret Stellung genommen hatte. Für das Bundesgericht fiel unter anderem ins Gewicht, dass sich die Baukommission in ihrer Stellungnahme umfassend und detailliert zu zentralen Punkten des Baubewilligungsverfahrens geäussert hatte. Das Projekt war zudem aufgrund von Anregungen der Baukommission im Hinblick auf die Baubewilligung leicht abgeändert worden; insofern hatte die Kommission praktisch als Beraterin fungiert. Unter diesen Umständen konnte für die Einsprecher der Eindruck entstehen, die Baukommission habe sich zum Vorhaben bereits eine feste Meinung gebildet und werde sich im Baubewilligungsverfahren – ungeachtet der Einsprachen – nicht mehr umstimmen lassen. Die Begleitung durch die Behörden darf mithin nicht so weit gehen, die Bauherrschaft bei ihrer Ausarbeitung eines Sondernutzungsplans oder eines Baugesuchs in detaillierter Weise zu beraten oder ihr vor Berücksichtigung allfälliger Drittinteressen darüber hinaus die verbindliche Zusage zu machen, das Vorhaben in einer bestimmten Form bewilligen zu können (BGE 140 I 326 Erw. 6.3 mit Hinweisen). Ähnlich verhält es sich vorliegend mit der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung. Der Gemeindepräsident hat gemäss den – von der Vorinstanz auch bestätigten – Ausführungen der Rekurrenten am gesamten Wiederherstellungsverfahren mitgewirkt. Er hat sogar noch über den Entwurf für die Wiederherstellungsverfügung zusammen mit dem Gemeinderat beraten, diesen beschlossen und ihn den Rekurrenten und den Rekursgegnern mit einem von ihm mitunterzeichnetem Schreiben vom 10. März 2020 auch zum rechtlichen Gehör zugestellt. Für die Rekurrenten konnte damit nachvollziehbarerweise der Eindruck entstehen, die Vorinstanz habe sich (unter



Mitwirkung des befangenen Gemeindepräsidenten) zur Wiederherstellung bereits eine feste Meinung gebildet und werde sich – ungeachtet ihrer Eingaben im Rahmen des rechtlichen Gehörs – ohnehin nicht mehr umstimmen lassen. Unter diesen Umständen genügte es tatsächlich nicht, dass der Gemeindepräsident erst beim Erlass der Wiederherstellungsverfügung am 7. April 2021 in den Ausstand trat. Die Rüge der Rekurrenten erweist sich damit als begründet, weshalb die Entscheide der Vorinstanz vom 7. und 29. April 2021 aufzuheben sind.

4.

Die Rekurrenten stellen in diesem Zusammenhang in ihrer Rekursergänzung vom 14. Juni 2021 einerseits den Eventualantrag, für das neu durchzuführende Wiederherstellungsverfahren sei durch das Bau- und Umweltsdepartement eine Ersatzbehörde zu bestimmen. Mit Eingabe vom 28. September 2021 verlangen sie zudem, dass von der Rechtsmittelinstanz selbst über die Streitsache zügig und im Sinn "sämtlicher Weisungen des Verwaltungsgerichtes" entschieden werde.

4.1 Nach Art. 156 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2; abgekürzt GG) sind Aufsichtsbehörden die Regierung (Bst. a), das zuständige Departement (Bst. b) sowie weitere Behörden nach Massgabe der Gesetzgebung (Bst. c). Nach Art. 159 Abs. 1 GG trifft das zuständige Departement angemessene Massnahmen zur Wiederherstellung oder Sicherung der gesetzlichen Ordnung. Nach Art. 159 Abs. 2 GG kann es insbesondere:

- anstelle eines Gemeindeorgans handeln (Bst. a);
- Ersatzvornahmen anordnen (Bst. b);
- Reglemente erlassen (Bst. c);
- Jahresrechnung, Voranschlag und Steuerfuss beschliessen (Bst. d);
- im öffentlichen Interesse Aufgaben einer Gemeinde an eine andere Gemeinde übertragen, wenn keine Vereinbarung zustande gekommen ist (Bst. e);
- eine Ersatzverwaltung einsetzen, wenn (Bst. f):

die oberste Verwaltungsbehörde der Gemeinde im Einzelfall nicht beschlussfähig ist (Ziff. 1);

(...)

Nach Art. 22 Bst. c des Geschäftsreglementes der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3) fällt die Aufsicht über die politischen Gemeinden in den Geschäftsbereich des Departementes des Innern, dem nach Art. 22 Bst. b dieses Reglementes zudem auch die Aufsicht über den gesetzmässigen Bestand der Behörden obliegt.



4.2 Entgegen dem Antrag der Rekurrenten ist es nicht Aufgabe des Bau- und Umweltdepartementes, anstelle der Vorinstanz über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu entscheiden. An sich wäre es Sache der Vorinstanz, das Wiederstellungsverfahren nochmals zu wiederholen, wobei befangene Behördenmitglieder von Anfang an in den Ausstand zu treten hätten. Angesichts der geschilderten Sachlage im vorliegenden Fall scheint es indessen tatsächlich fraglich, ob ein solches Vorgehen zielführend ist oder ob nicht besser eine Ersatzbehörde für dieses Verfahren eingesetzt werden sollte. Der Entscheid über diese Frage fällt indessen nicht in die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes. Die Vorinstanz hat aber nach Art. 159 Abs. 2 Bst. f Ziff. 1 GG die Möglichkeit, einen Antrag an die zuständige Aufsichtsbehörde, mithin an das Departement des Innern, zu stellen, damit ihm dieses für die Durchführung des Wiederstellungsverfahrens eine Ersatzverwaltung bestimmt.

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 Entscheidgebühr beträgt Fr. 3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wären die amtlichen Kosten der Politischen Gemeinde Z.____ aufzuerlegen. Auf deren Erhebung ist jedoch zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

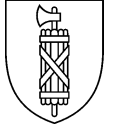
5.2 Der von den Vertretern der Rekurrenten am 26. Mai 2021 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist zurückzuerstatten.

6.

Rekurrenten und 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^{bis} VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98^{ter} VRP).

6.2 Die Rekurrenten obsiegen mit ihren Anträgen. Da das Verfahren zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot, die den Beizug eines Rechtsvertreters rechtfertigen, ist ihr Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten gutzuheissen (Art. 98^{bis} VRP). Weil keine Kostennote vorliegt, ist die ausseramtliche Entschädigung in Anwendung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 22 der Honorarordnung (sGS 963.75) ermessensweise auf Fr. 2'750.– festzulegen; sie ist von der Politischen Gemeinde Z.____ 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.____, B.____, D.____, E.____, alle Z.____, und C.____, Y.____, wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

b) Die Beschlüsse des Gemeinderates Z.____ vom 7. und 29. April 2021 werden aufgehoben.

2.

a) Auf die Erhebung der amtlichen Kosten in der Höhe von Fr. 3'000.– bei der Politischen Gemeinde Z.____ wird verzichtet.

b) Der am 26. Mai 2021 von lic.iur. Payám Ghaemmaghami und MLaw Páyá Ghaemmaghami, Z.____, geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

3.

a) Das Begehren von A.____, B.____, D.____, E.____ und C.____ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird gutgeheissen. Die Politische Gemeinde Z.____ entschädigt A.____, B.____, D.____, E.____ und C.____ ausseramtlich mit insgesamt Fr. 2'750.–.

b) Das Begehren von F.____, Z.____, um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin