



<b>Fall-Nr.:</b>	24-372
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
<b>Instanz:</b>	Bau- und Umweltdepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	17.05.2024
<b>Entscheiddatum:</b>	29.04.2024

## **BUDE 2024 Nr. 036**

**Baurecht, Art. 159 Abs. 1 Bst. d PBG. Für den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung, also eine umfassende Interessenabwägung aller einander gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen, unabdingbar (Erw. 3.4). Eine solche Verhältnismässigkeitsprüfung wurde im konkreten Fall nicht vorgenommen, weshalb die Wiederherstellungsverfügung aufgehoben wurde. Gutheissung des Rekurses.**

BUDE 2024 Nr. 36 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



24-372

## **Entscheid Nr. 36/2024 vom 29. April 2024**

---

Rekurrentin

**A.**\_\_\_\_  
vertreten durch lic.iur. Bernhard Oberholzer, Rechtsanwalt, Oberer  
Graben 43, 9000 St.Gallen

gegen

---

Vorinstanz

**Gemeinderat Z.**\_\_\_\_ (Entscheid vom 9. Januar 2024)

---

Betreff

Wiederherstellungsverfügung



## Sachverhalt

### A.

Die A.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_, ist heute Eigentümerin von Grundstück Nr. 001, Grundbuch Z.\_\_\_\_, an der M.\_\_\_\_strasse in Z.\_\_\_\_. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 23. Juni 1993 in Verbindung mit dem ebenfalls geltenden Teilzonenplan «X.\_\_\_\_» der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 9. Mai 2016 vollständig in der Gewerbe-Industriezone.

### B.

a) Mit Beschluss vom 20. Mai 2021 hatte der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ dem damaligen Eigentümer des Grundstücks Nr. 001, B.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, die Baubewilligung für die Erstellung eines Gewerbehauses mit Betriebsleiterwohnung auf dem damals noch unüberbauten Grundstück Nr. 001 erteilt. Diese Baubewilligung wurde erst erteilt, nachdem der Gesuchsteller mit Korrekturplan «Erdgeschoss, Korrektur Gewässerraum» vom 19. Oktober 2020 eine Projektänderung vorgenommen hatte und mit dieser nachweisen konnte, dass die geplante Tiefgaragenzufahrt gegenüber dem westlich des Baugrundstücks eingedolt fliessenden N.\_\_\_\_bach den übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstand einhalten kann.

b) Das Bauvorhaben wurde in der Folge nicht entsprechend dem erwähnten Korrekturplan ausgeführt. Mit Baugesuch vom 28. Oktober 2022 beantragte die A.\_\_\_\_, inzwischen Grundeigentümerin des Grundstücks Nr. 001, beim Gemeinderat Z.\_\_\_\_ die Baubewilligung für die bereits vorgenommene Projektänderung, welche die Erstellung der Tiefgaragenzufahrt innerhalb des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands zum N.\_\_\_\_bach beinhaltete.

c) Mit Beschluss vom 15. August 2023 verweigerte der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ die Baubewilligung mit der Begründung, dass nach Art. 90 Abs. 4 des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) Baubewilligungen im Gewässerraum die Zustimmung der zuständigen kantonalen Stelle benötigten und diese vom Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) mit Teilverfügung vom 12. Juli 2023 verweigert worden sei. Der gegen den Gesamtentscheid des Gemeinderates von der A.\_\_\_\_ beim Bau- und Umweltdepartement (BUD) erhobene Rekurs (Verfahren Nr. 23-6276) wurde am 8. Dezember 2023 wieder zurückgezogen und am 11. Dezember 2023 von der Geschäftsliste des BUD abgeschrieben.

### C.

Am 9. Januar 2024 eröffnete der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ der A.\_\_\_\_ folgenden Beschluss:

1. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands am Gewerbehause mit Betriebsleiterwohnung auf dem Grundstück Nr. 001, M.\_\_\_\_strasse, ist ein



Rückbau der nicht bewilligten Abweichung zur Baubewilligung vorzunehmen. Diese betrifft die unten rot markierten Bereiche, in denjenigen Teilen, die schon ausgeführt wurden und mit der bewilligten Anlage in Widerspruch stehen (Ausschnitt aus BG 80-2019-1).

(Abbildung)

2. Die Bauteile/Elemente im erwähnten Bereich sind innert 2 Monaten nach Rechtskraft dieser Verfügung zurückzubauen, und der Baukörper inkl. Umgebung ist nach der verbindlichen Baubewilligung wiederherzustellen.
3. (Androhung der Ungehorsamsstrafe)
4. Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Verfügung wird die Ersatzvornahme hiermit angedroht.
5. (Gebühr)

Zur Begründung wurde ausgeführt, die Bewilligung für die bereits ausgeführte Projektänderung sei rechtskräftig verweigert worden. Der betroffene Teil des Gebäudes sei damit formell und materiell rechtswidrig. Der Erlass der Wiederherstellungsverfügung sei zweifellos verhältnismässig, weil das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Bauvorschriften die privaten Interessen der Grundeigentümerin an der Beibehaltung des aktuellen Zustands überwiege.

#### **D.**

Gegen diesen Beschluss erhob die A.\_\_\_\_, vertreten durch lic.iur. Bernhard Oberholzer, Rechtsanwalt, St.Gallen, mit Schreiben vom 15. Januar 2024 Rekurs beim BUD. Mit Rekursergänzung vom 15. März 2024 werden folgende Anträge gestellt:

1. Der Beschluss des Gemeinderates der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 9. Januar 2024 betreffend Wiederherstellung Einfahrt des Neubaus Gewerbehause auf Grundstück Nr. 001, M.\_\_\_\_strasse 37, Z.\_\_\_\_, (Geschäftsnummer 2020-3) sei aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung wird sinngemäss geltend gemacht, der umstrittene Gebäudeteil liege unbestrittenermassen im übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstand. Der dieses Übergangsrecht ablösende definitive Gewässerraum sei für den N.\_\_\_\_bach zwar bislang noch nicht ausgeschieden worden. Es sei indessen aufgrund der inzwischen vorhandenen kommunalen Planungen für alle Beteiligten klar, dass der definitive Gewässerraum für den N.\_\_\_\_bach das Baugrundstück Nr. 001 künftig nicht tangieren werde. Diesem Umstand habe die Vorinstanz beim Erlass der Wiederherstellungsverfügung überhaupt



keine Beachtung geschenkt; folglich sei der Beschluss unverhältnismässig. Die Bauherrschaft habe selbst vorgeschlagen, dass – falls überhaupt eine Wiederherstellungsverfügung erlassen werden müsse – diese so formuliert werden solle, dass die Tiefgaragenzufahrt «innert einer angemessenen Frist nach der rechtskräftigen Festlegung des Gewässerraums zurückzubauen» sei. In der angefochtenen Verfügung werde auf diesen Vorschlag aber mit keinem Wort eingegangen.

#### **E.**

Mit Vernehmlassung vom 25. März 2024 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, die Verhältnismässigkeit des Rückbaus sei in der angefochtenen Verfügung in den Ziffn. 3 und 4 ausführlich abgehandelt worden.

#### **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 – unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägung – einzutreten.

**1.3** Die Rekurrentin bringt vor, das ausgeführte Projekt weiche nur marginal vom ursprünglich bewilligten Bauvorhaben ab. Die Zufahrt zur Tiefgarage sei auch in der realisierten Form bewilligungsfähig. Die Rekurrentin verkennt bei ihren Vorbringen, dass die Vorinstanz über die Frage der nachträglichen Bewilligungsfähigkeit der Projektänderung bereits mit Beschluss vom 15. August 2023 entschieden und die nachgesuchte Baubewilligung verweigert hat. Dieser Beschluss ist in der Folge in Rechtskraft erwachsen und nicht Gegenstand des vorliegend zu beurteilenden Wiederherstellungsverfahrens. Auf den Rekurs ist daher diesbezüglich nicht einzutreten.

### **2.**

Am 1. Oktober 2017 ist das PBG in Kraft getreten und das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Der erstinstanzliche Entscheid erging am 9. Januar 2024. 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.

Die Rekurrentin wirft der Vorinstanz in erster Linie vor, diese habe es in der angefochtenen Verfügung versäumt zu prüfen, ob ein Rückbau der Tiefgaragenzufahrt im jetzigen Zeitpunkt verhältnismässig sei, obwohl die Gewässerraumausscheidung am N.\_\_\_\_bach anstehe und diese zur Folge habe, dass die mit Beschluss vom 15. August 2023 verweigerte Baubewilligung für die Projektänderung dann nachträglich doch noch erteilt werden könne. Demgegenüber ist die Vorinstanz der Ansicht, dass sie die Frage der Verhältnismässigkeit eingehend geprüft und zu Recht verneint habe.

**3.1** Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungsrechts zukommt. Werden illegal errichtete, dem Raumplanungsrecht widersprechende Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, so wird rechtswidriges Verhalten belohnt. Formell rechtswidrige Bauten, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen daher grundsätzlich beseitigt werden (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_10/2019 vom 15. April 2020 Erw. 5.4 mit Hinweisen).

**3.2** Allerdings ist die mit der Anordnung der Beseitigung einer Baute verbundene Eigentumsbeschränkung stets nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 der Bundesverfassung; SR 101). Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann unverhältnismässig sein, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang, und ihre Fortsetzung nicht gewichtigen öffentlichen Interessen widerspricht. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch ein Bauherr berufen, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes fällt eine Berufung auf den guten Glauben nur in Betracht, wenn die Bauherrschaft bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte,



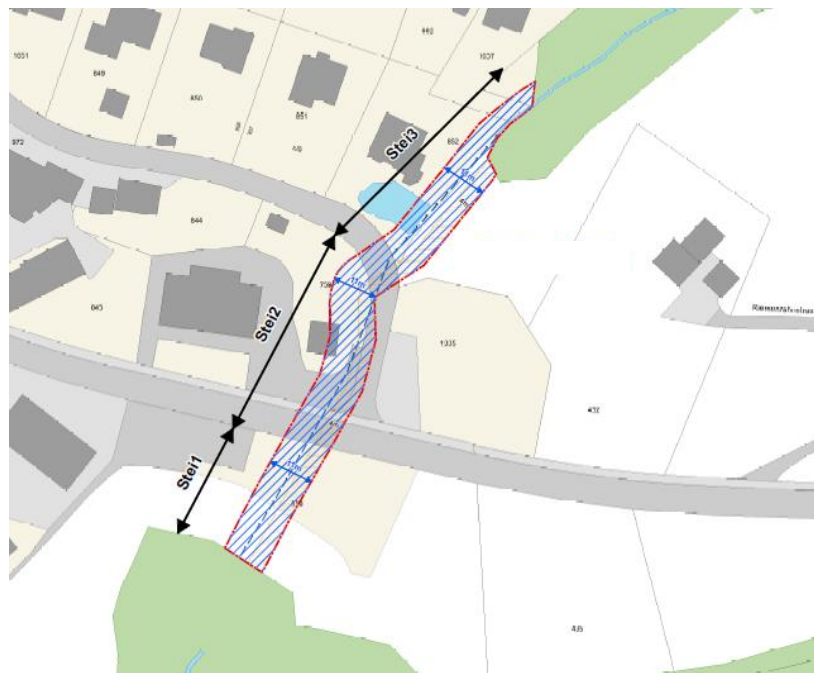
sie sei zur Bauausführung berechtigt. Dabei darf vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben allgemein bekannt ist (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_10/2019 vom 15. April 2020 Erw. 5.1 mit Hinweisen).

**3.3** Aufgrund des Sachverhalts im vorliegenden Fall ist augenscheinlich, dass sich die Rekurrentin nicht auf ihren guten Glauben berufen kann. Sie änderte ihr Baugesuch zuerst genau so ab, dass ihr die Baubewilligung von der Vorinstanz erteilt wurde, führte das Projekt dann aber doch nach den ursprünglichen, nicht bewilligungsfähigen Plänen aus. Im Weiteren kann auch keine Rede davon sein, die Abweichung vom Erlaubten sei vorliegend nur unbedeutend: Nach Abs. 2 der Übergangsbestimmungen der eidgenössischen Gewässerschutzverordnung (zur Änderung vom 4. Mai 2011; [SR 814.201; abgekürzt GSchV]) gelten – solange die Kantone den Gewässerraum noch nicht festgelegt haben – die Vorschriften von Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV für Bauten und Anlagen entlang von Gewässern auf einem beidseitigen Streifen von je 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle (bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle bis 12 m Breite). Diese Übergangsbestimmungen gelten auch für eingedolte Gewässer. Sie haben zur Folge, dass neue Bauten und Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 GSchV im Gewässerraum nur mehr erstellt werden dürfen, wenn sie standortgebunden sind und im öffentlichen Interesse liegen (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2012/II/1; BDE Nr. 1/2021 vom 7. Januar 2021 Erw. 3.2). Nachdem ein bedeutender Teil der Tiefgaragenzufahrt mit Stützkonstruktionen innerhalb des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands liegt und dieser auch nicht als standortgebunden betrachtet werden kann, besteht eine massive Abweichung vom Erlaubten, was zur Folge hat, dass die Wiederherstellung vorliegend ganz offensichtlich im öffentlichen Interesse läge.

**3.4** Das allein – und diesbezüglich ist nun der Rekurrentin zuzustimmen – rechtfertigt nach dem oben Gesagten jedoch noch nicht den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung. Dafür ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung, also eine umfassende Interessenabwägung aller einander gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen unabdingbar. Entgegen der Meinung der Vorinstanz hat sie eine solche Interessenabwägung vorliegend nicht vorgenommen. Unter Ziff. 4 der Erwägungen der angefochtenen Verfügung behauptet sie einzig, dass «diese Wiederherstellungsverfügung (...) zweifellos als verhältnismässig zu beurteilen (sei). Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Bauvorschriften (überwiege) die privaten Interessen der Grundeigentümerin an der Beibehaltung des aktuellen Zustands». Diese Behauptungen mögen vielleicht Ergebnis einer Prüfung sein, die Verhältnismässigkeitsprüfung als solche findet sich in der angefochtenen Verfügung jedoch nicht. Ebensowenig wurde in der Verfügung auf die Vorbringen der heutigen Rekurrentin in ihrer Eingabe vom 5. Januar 2024 eingegangen, mit denen sie auf die bevorstehende Gewässerraumausscheidung in der Gemeinde hinwies und geltend machte,

der künftig geplante Gewässerraum werde das Baugrundstück Nr. 001 gar nicht mehr tangieren.

**3.5** Noch im vorangegangenen Rekursverfahren (Nr. 23-6276) reichte die Vorinstanz per E-Mail vom 16. November 2023 den Sondernutzungsplan «Festlegung Gewässerraum (Baulinien)» (Stand 18. September 2023) ein, in dem – nach Durchführung des Vorprüfungsverfahrens beim AREG – für den N.\_\_\_bach die folgende, definitive Gewässerraumausscheidung vorgesehen war:



Diese Plandarstellung macht deutlich, dass der Einwand der Rekurrentin an sich zutreffen würde. Sollte es in Zukunft tatsächlich zu dieser Gewässerraumausscheidung am N.\_\_\_bach kommen, läge das Baugrundstück Nr. 001 ausserhalb des Gewässerraums und erübrigte sich der angeordnete Rückbau. Es trifft zwar zu, dass dieser (allenfalls) künftigen Rechtslage keine positive Vorwirkung zukommen kann, was zur Folge hat, dass ein Bauvorhaben im heute noch übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstand auch nicht bewilligt werden kann. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung beim Erlass einer Wiederherstellungsverfügung ist ein derartiger Sachverhalt indessen sehr wohl beachtlich, und es kann – entgegen der ausdrücklichen Ansicht der Vorinstanz – nicht allein auf die heute geltende Rechtslage abgestellt werden.

#### **4.**

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vorinstanz beim Erlass der umstrittenen Wiederherstellungsverfügung keine umfassende Interessenabwägung und demzufolge auch keine ausreichende Verhältnismässigkeitsprüfung durchgeführt hat. Der Rekurs erweist sich somit als begründet und ist im Sinn der Erwägungen gutzuheissen, soweit



darauf einzutreten ist. Der Entscheid vom 9. Januar 2024 ist demzufolge aufzuheben.

## **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 der Rekurrentin am 9. Juni 2023 (im Verfahren Nr. 23-6276) geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist zurückzuerstatten.

## **6.**

Die Rekurrentin stellt 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** Die Rekurrentin obsiegt mit ihren 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) ermessensweise auf Fr. 2'750.– festzulegen; sie ist von der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ zu bezahlen.

## **Entscheid**

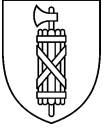
### **1.**

**a)** Der Rekurs der A.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_, wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

**b)** Der Beschluss des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 9. Januar 2024 wird 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 9. Juni 2023 von der A.\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

**3.**

Das Begehren der A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird gutgeheissen. Die Politische Gemeinde Z.\_\_\_\_ entschädigt die A.\_\_\_\_ ausseramtlich mit Fr. 2'750.–.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann  
Regierungsrätin