



<b>Fall-Nr.:</b>	15-7492
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Baudepartement
<b>Instanz:</b>	Baudepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	24.07.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	10.07.2020

## **BDE 2020 Nr. 61**

**Art. 15 VRP, Art. 56 Abs. 1 VRP, Art. 130 Abs. 2 BauG. Grundsätzlich ist die Rekursbehörde befugt, eine reformatio in peius vorzunehmen und die Rechtsstellung der Rekurrenten zu verschlechtern. Zieht die Rekursinstanz eine Schlechterstellung in Betracht, hat sie dies den Betroffenen mitzuteilen und ihnen das rechtliche Gehör zu gewähren. Da dies die Vorinstanz als Rekursinstanz unterlassen hat, verletzt sie diesbezüglich das rechtliche Gehör der Rekurrentin. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann im Rekursverfahren geheilt werden, wird allerdings bei der Kostenverteilung berücksichtigt (Erw. 2.2). Das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erscheinen fragwürdig, wenn ein nachträgliches Baugesuch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit demnächst (innerhalb weniger Monate) bewilligt werden könnte. Weil die Vorinstanz vorliegend jedoch eine Überarbeitung des Überbauungsplans nicht einmal in Betracht zieht, ist das streitige Baugesuch auch innerhalb weniger Monate nicht bewilligungsfähig und die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands somit rechtmässig (Erw. 5.3 f.).**

BDE 2020 Nr. 61 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



15-7492

## Entscheid Nr. 61/2020 vom 10. Juli 2020

---

Rekurrentin

**A.**\_\_\_\_  
vertreten durch lic.oec.HSG Thomas Frey, Rechtsanwalt, Oberer  
Graben 16, 9001 St.Gallen

gegen

---

Vorinstanz

**Gemeinderat Z.**\_\_\_\_ (Entscheid vom 21. September 2015)

---

Rekursgegner

**B.**\_\_\_\_  
**C.**\_\_\_\_  
**D.**\_\_\_\_ und **E.**\_\_\_\_  
**F.**\_\_\_\_ und **G.**\_\_\_\_  
**H.**\_\_\_\_  
**I.**\_\_\_\_

---

Betreff

Umnutzung der Disponibelräume zu Kleinwohnungen /  
Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands  
(L.\_\_\_\_strasse 15 – 19)



## Sachverhalt

### A.

a) Die Grundstücke Nrn. 001, 002, 003 und 004 liegen gemäss geltendem Zonenplan der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 23. Juni 1993 in der Wohn-Gewerbezone (WG2) und sind mit drei Mehrfamilienhäusern (Haus A, Vers.-Nr. 005; Haus B, Vers.-Nr. 1312; Haus C, Vers.-Nr. 006) mit Tiefgarage (Vers.-Nr. 007) im Stockwerkeigentum überbaut. Die A.\_\_\_\_, X., ist alleinige Stockwerkeigentümerin der Liegenschaft Nr. 002 an der L.\_\_\_\_strasse 17 und besitzt die Stockwerkeigentums-Nrn. 009, 010, 011 und 012 der Liegenschaft Nr. 001 an der L.\_\_\_\_strasse 15.

b) Die Grundstücke Nrn. 001, 002, 003 und 004 liegen zudem im Plangebiet des Überbauungsplans M.\_\_\_\_ vom 19. Mai 2008. Das Überbauungsplangebiet (damals Grundstück Nr. 004) sieht einen sich über alle vier Grundstücke erstreckenden Baubereich vor, der durch zwei zur L.\_\_\_\_strasse senkrecht stehende Freihaltebereiche durchtrennt wird, wobei Art. 8 Abs. 1 der besonderen Vorschriften (nachfolgend besV) die maximal mögliche Bruttogeschossfläche im Plangebiet festlegt.

### B.

a) Am 9. September 2008 wurde die Bewilligung für den Abbruch des bestehenden Hauses (Vers.-Nr. 008) im Südwesten des Plangebiets und für den Bau der drei Mehrfamilienhäuser mit Tiefgarage erteilt. In den Besonderen Bestimmungen der Baubewilligung wurde festgehalten, dass in den Untergeschossen der drei Mehrfamilienhäuser Kellerabteile, Mehrzweckräume und Bastelräume erstellt würden. Diese dürften aufgrund der konsumierten Ausnützung zu keinem Zeitpunkt als Wohnräume genutzt und als solche ausgebaut werden. Das Lichtmass der Fensterflächen dieser Mehrzweck- und Bastelräume in allen drei Untergeschossen sei auf unter einen Zehntel zu reduzieren. Am 29. Januar 2009 bewilligte der Gemeinderat ein Korrekturgesuch, das den Einbau einer 2 ½-Zimmerwohnung im Haus A und einer 2 ½- sowie einer 3 ½-Zimmerwohnung im Haus B anstelle von Abstellräumen in den Untergeschossen sowie Änderungen an der Fassade vorsah. Gleichzeitig wurden die Kubaturen der drei Mehrfamilienhäuser geringfügig reduziert. Neu wurden gegenüber dem bewilligten Projekt 21 statt 18 Wohnungen realisiert. Die Ausnutzungsreserve schrumpfte damit von rund 83 m<sup>2</sup> auf 2 m<sup>2</sup>. In der Folge wurde am 11. November 2011 ein weiteres Korrekturgesuch bewilligt, das eine Vergrösserung der Tiefgarage mit Technikraum, Anpassungen der Kanalisationsleitungen, Brandschutzanpassungen und Änderungen am Lüftungskonzept der Tiefgarage vorsah. Im Plan "Änderung zur Einreichung Nr. 12/2008, Ansicht Südwest 1:100" wurden zusätzlich Änderungen in der Fassadengestaltung eingetragen. So wurden an Haus A im Untergeschoss statt vier Fenster neu drei Terrassentüren rot eingezeichnet. Änderungen gab es an Haus A ebenfalls an der



Südostseite, wo zusätzlich zwei Terrassentüren rot eingetragen wurden. Anlässlich eines Augenscheins durch die Bauverwaltung wurde festgestellt, dass die Bauausführung nicht den bewilligten Plänen entsprach. Daraufhin reichte die damalige Bauherrschaft am 25. März 2015 ein nachträgliches Baugesuch für verschiedene bauliche Änderungen an den drei Gebäuden ein, u.a. auch für den Einbau von Kleinwohnungen anstelle von Disponibelräumen in Haus B (Einheit B8) und C (Einheiten C7 und C8). Am 21. Mai 2015 wies die Baukommission das Baugesuch aus formellen und materiellen Gründen ab und verfügte unter Androhung der Ersatzvornahme die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Gegen diesen Entscheid erhoben die J.\_\_\_\_ AG, Y., und die K.\_\_\_\_ GmbH, X., vertreten durch lic.iur. Markus Frei, Rechtsanwalt, St.Gallen, am 10. Juni 2015 Rekurs beim Gemeinderat Z.\_\_\_\_\_.

**b)** Mit Beschluss vom 21. September 2015 verweigerte der Gemeinderat die Baubewilligung für die baulichen Massnahmen und die Umnutzung der Disponibelräume in Kleinwohnungen an den Gebäuden A, B und C, soweit er darauf eintrat und verfügte wie folgt:

1. Der Rekurs wird, soweit darauf einzutreten ist, im Sinne der Erwägungen abgewiesen.
2. In teilweiser Änderung des Beschlusses der Baukommission vom 10. Juni 2015 sind sämtliche Türen ins Freie in den Disponibelräumen, gemäss ursprünglich bewilligten Plänen, zu Fenstern zu verkleinern.
3. Die Fenstergrössen sind auf die bewilligten Dimensionen zu verkleinern.
4. Auf den Rückbau der sanitären Installationen in den Disponibelräumen wird verzichtet. Die Nutzung der Disponibelräume zu Wohnzwecken oder zu Gewerbezwecken wird ausdrücklich untersagt.
5. Die Installationen für den Einbau von Küchen sowie eine gewerbliche Nutzung der Räume sind zu entfernen.
6. Für diesen Entscheid wird eine Gebühr von Fr. 500.– erhoben. Dieser wird mit dem von der J.\_\_\_\_ AG geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– verrechnet.
7. (Protokollauszug)



### C.

Mit Eingabe vom 12. Oktober 2015 erhoben die J.\_\_\_\_ AG und die K.\_\_\_\_ GmbH durch ihren Rechtsvertreter Rekurs beim Baudepartement. Mit Rekursergänzung vom 9. November 2015 werden folgende Anträge gestellt:

1. Es seien Ziffer 1, Ziffer 2, Ziffer 5 und Ziffer 6 des angefochtenen Beschlusses vom 21. September 2015 aufzuheben;
2. unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz bzw. des Staates.

Zur Begründung wird geltend gemacht, vorab sei nicht klar, warum die Stockwerkeigentümer der Liegenschaft an der L.\_\_\_\_strasse 19 in das Verfahren aufgenommen worden seien. In der Baubewilligung Nr. 12/2008 vom 29. Januar 2009 für das Korrektorgesuch betreffend zusätzlicher Einbau von zwei 2 ½-Zimmerwohnungen sowie einer 3 ½-Zimmerwohnung sei festgehalten worden, dass damit die Ausnützungsziffer nach wie vor eingehalten sei. Etwas später sei diese Baubewilligung geringfügig dahingehend korrigiert worden, dass zwei zusätzliche Wohnungen in Haus A und nur eine zusätzliche 2 ½-Zimmerwohnung in das Haus B eingebaut worden sei. Im Haus A gebe es folglich keine verfahrensgegenständlichen Disponiblräume. Es gehe den Rekurrentinnen in erster Linie darum, die nicht begründbare Schlechterstellung gegenüber dem Beschluss der Baukommission Z.\_\_\_\_ vom 21. Mai 2015 bezüglich Terrassentüren anzufechten. Ohne überhaupt Gelegenheit zu einer Stellungnahme gehabt zu haben, habe die Vorinstanz eine Verkleinerung der Terrassentüren verfügt und habe damit ohne Ankündigung eine Verschlechterung der Position der J.\_\_\_\_ AG vorgenommen, weshalb das rechtliche Gehör der Rekurrentinnen verletzt worden sei. Ein Zugang von den Mehrzweckräumen ins Freie sei nicht nur zweckmässig, sondern unbedingt angezeigt. Dass dies vertretbar sei, habe auch die Baukommission in der Verfügung vom 21. Mai 2015 ausdrücklich festgehalten. Zwischenzeitlich seien die Fenster verschlossen worden. Damit seien die Fensterflächen derart stark verkleinert worden, dass diese insbesondere auch unter Beibehaltung der Terrassentüren weniger als zehn Prozent der Fassadenfläche (recte: wohl Bodenfläche gemeint) ausmachten. Daraus folge, dass eine Nutzung dieser Räume zu Wohnzwecken beim heutigen Zustand nicht in Frage komme, und daher die Verkleinerung bzw. der Rückbau der Terrassentüren nicht erforderlich sei. Die Abweichung (Terrassentüre bei zwei Mehrzweckräumen im Haus C sowie bei einem Mehrzweckraum im Haus B) vom bewilligten Projekt seien derart geringfügig, dass eine Wiederherstellung nicht in Frage komme. Das private Interesse, den Benützern der Mehrzweckräume einen Zugang ins Freie zu ermöglichen, insbesondere auch einen zweiten Ausgang zu haben, Frischluft zuzuführen, ein wenig Tageslicht in den Raum zu lassen und weiteren Interessen, läge auf der Hand. Obwohl es keine speziellen Installationen für einen Kucheneinbau gebe, verlangten die Rekurrentinnen eine Richtigstellung, daher sei auch



Ziff. 5 aufzuheben. Vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz im Hauptpunkt gemäss Rekursbegründung vom 31. August 2015 dem Anliegen der Rekurrentinnen Rechnung getragen habe, sei der Kostenspruch nicht nachvollziehbar.

**D.**

a) Mit Vernehmlassung vom 23. November 2015 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, dass das Baugesuch bereits aus formellen Gründen nicht bewilligt werden könne, weil die betroffenen Stockwerkeigentümer nicht unterzeichnet hätten. Daher sei konsequenterweise der rechtmässige Zustand wiederherzustellen. Dazu gehöre auch, dass alle für den Einbau einer Wohnung getroffenen Massnahmen zurückzubauen seien. Im Gegensatz zur Baukommission habe sie die Beibehaltung je einer Terrassentür zum Aussenbereich als wesentliche Änderung mit Auswirkungen auf den zum gemeinschaftlichen Teil gehörenden Aussenbereich beurteilt.

b) Die Rekursgegner liessen sich nicht vernehmen.

**E.**

Das Baudepartement führte am 27. Oktober 2016 in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten einen Augenschein durch. Dabei wurde u.a. festgestellt, dass die Einheit C8 im Untergeschoss des Hauses C ein voll ausgebauter, mit Bodenheizung ausgestatteter Raum mit Platten- und Laminatboden ist. Der Raum verfügt über mehrere elektrische Anschlüsse, insbesondere sind im Bereich der im streitigen Baugesuch vorgesehenen Küche zwei Dreifachstecker montiert. Im Weiteren verfügt die Einheit über ein separates Badezimmer mit Spülbecken, WC und Dusche. Von den eingebauten drei Fenstern und zwei Terrassentüren ist eine Terrassentüre als solche noch verwendbar. Es handelt sich dabei um die mittlere Fassadenöffnung im Bereich der bestehenden, dem Raum vorgelagerten und bewilligten Terrasse. Die übrigen vier Fassadenöffnungen wurden mit in Holzrahmen eingelassenen Verbundzementplatten verschlossen.

Die Einheit C7 ist ebenfalls ein durchgängiger, mit Bodenheizung ausgestatteter Raum und wird als Hobby- und Abstellraum benützt. Er ist mit einem Spülbecken, WC-Anschluss-Installationen, Tische, Regale und einem Gefrierschrank ausgestattet. Von den eingebauten drei Terrassentüren und zwei Fenstern sind noch zwei Terrassentüren als solche verwendbar. Dabei handelt es sich um die äusseren beiden Fassadenöffnungen im Bereich der Terrasse. Die übrigen drei Fassadenöffnungen wurden wiederum mit der gleichen Konstruktion verschlossen und die Aussenseite verputzt.

Die Einheit B8 in Haus B ist ein durchgängiger, bodenbeheizter Raum. Der nicht ausgebauter Raum weist einen Betonboden auf und ist mit elektrischen Anschlüssen sowie einer Öffnung zur Steig- und Fallzone versehen. Von den eingebauten fünf Fenstern sind drei davon bodenlang, sind aber aufgrund ihrer Konstruktion keine Terrassentüren. Zwei



davon sind unverschlossen, die übrigen drei sind mit der gleichen Holz-Verbundzementplatten-Konstruktion verschlossen.

**F.**

**a)** In der Folge fand ein Grundeigentümer- und Parteiwechsel im Rekursverfahren statt. Die neue Grundeigentümerin und nunmehr Rekurrentin A.\_\_\_\_, vertreten durch lic.oec.HSG Thomas Frey, Rechtsanwalt, St.Gallen, gelangte mit Schreiben vom 5. Dezember 2017 an den Gemeinderat Z.\_\_\_\_ und ersuchte ihn, den angefochtenen Rekursentscheid vom 21. September 2015 in Wiedererwägung zu ziehen, aufzuheben und das Verfahren an die Baukommission zurückzuweisen und – infolge der neuen Bestimmungen (Wegfall der Ausnützungsziffer) des am 1. Oktober 2017 in Kraft getretenen Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) – die Umnutzung der Disponiblräume in Kleinwohnungen zu bewilligen.

**b)** Mit Beschluss vom 18. Dezember 2017 trat der Gemeinderat auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein, weil für die in Frage stehenden Liegenschaften die besonderen Bestimmungen zum Überbauungsplan die maximal zulässige Ausnützung festlege und diese den Bestimmungen des Baureglements vorgehen.

**c)** Mit Eingabe vom 29. August 2018 beantragte die Rekurrentin durch ihren Rechtsvertreter beim Gemeinderat, es sei der auf der Ausnützungsziffer beruhende Überbauungsplan M.\_\_\_\_ vom 19. Mai 2008 zu überprüfen und – in Übereinstimmung mit den heutigen gesetzlichen Vorschriften – die Baumassenziffer mindestens so festzulegen, dass die bis heute im Plangebiet realisierten Baukörper der allenfalls in Art. 8 Abs. 1 besV festzulegenden Baumassenziffer entsprechen. Zur Begründung wird zusammenfassend geltend gemacht, dass die mit dem Wegfall der Ausnützungsziffer im PBG massgeblichen Umstände, die im Zeitpunkt des Erlasses des Überbauungsplans M.\_\_\_\_ entscheidend gewesen seien, zu wesentlichen Teilen weggefallen seien. Zusätzlich bestehe kein öffentliches Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Nutzungsordnung, weil im Rahmen der Anpassung der Rahmennutzungspläne – die fraglos auch eine Anpassung der Sondernutzungspläne bewirke – der Übergang der Massgeblicherklärung der Baumassenziffer anstelle der Ausnützungsziffer vorprogrammiert sei. Mithin sei jedenfalls von einer erheblichen Änderung der Verhältnisse auszugehen, womit das Anliegen der Rekurrentin nicht nur zu prüfen, sondern diesem auch stattzugeben sei.

**d)** Mit Schreiben vom 4. September 2018 teilte die Bauverwaltung mit, dass die Prüfung der Unterlagen ergeben habe, dass die Vollmacht fehlerhaft sei, weshalb die eingereichten Unterlagen retourniert würden. Im Hinblick auf die Beurteilung eines allfälligen neuen Gesuchs sei zusätzlich ein Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaften im Perimeter des Überbauungsplans einzureichen.



**e)** Mit Eingabe vom 21. Dezember 2018 reichte die Rekurrentin durch ihren Rechtsvertreter beim Gemeinderat erneut ein Gesuch um Änderung des Überbauungsplans M.\_\_\_\_ mit identischem Begehren ein. Da durch das am 26. März 2015 eingereichte Baugesuch die maximal zulässige Ausnützung gemäss Art. 8 besV mit den drei zusätzlichen Wohnungen erheblich überschritten würde, habe es abgewiesen werden müssen. Gleichzeitig sei die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verfügt worden. Es mache aber wenig Sinn, jetzt eine Wiederherstellung vorzunehmen, wenn nach der ohnehin zu erfolgenden Anpassung der besonderen Vorschriften an die neue Rechtslage, die Wiederherstellung wiederum rückgängig gemacht werden könnte. Deshalb sei die Gesuchstellerin gezwungen, die Änderung des Überbauungsplans dahingehend zu beantragen, dass künftig nicht mehr auf die Ausnützungs-, sondern auf die Baumassenziffer abgestellt würde und diese so festzulegen sei, dass die erstellten Bauvolumen erhalten blieben und im Sinn einer inneren Verdichtung voll genutzt werden könnten. Damit werde ermöglicht, dass die derzeit nicht genutzten Disponibelräume in Kleinwohnungen umgewandelt werden könnten.

**f)** Mit Beschluss vom 24. Januar 2019 wurde die Rekurrentin vom Gemeinderat aufgefordert, die Zustimmung der Stockwerkeigentümergemeinschaft der Liegenschaft L.\_\_\_\_strasse 15 beizubringen. Der Entscheid über die Änderung des Überbauungsplans M.\_\_\_\_ werde bis zum Vorliegen der Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft zurückgestellt. In den Erwägungen wurde ausgeführt, dass die Einleitung eines Sondernutzungsplanverfahrens ohne die Zustimmung der massgeblich betroffenen Eigentümer gemäss Stockwerkeigentümer-Reglement und Verwaltungsordnung nicht möglich sei, zumal die gedeckten Aussenräume der möglichen Kleinwohnungen zum gemeinschaftlichen Teil gehörten.

**g)** Eine in der Folge eingereichte Rechtsverweigerungsbeschwerde der Rekurrentin vom 18. April 2019 wurde mit Entscheid des Baudepartementes Nr. 49/2020 vom 27. Mai 2020 (Verfahrens Nr. 19-3351) teilweise gutgeheissen, und die Vorinstanz wurde angehalten, über das Gesuch um Änderung des Überbauungsplans M.\_\_\_\_ einen anfechtbaren Entscheid zu erlassen.

#### **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 Baudepartementes 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.

Die Rekurrentin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil die Vorinstanz eine Verkleinerung der Terrassentüren – und damit eine Schlechterstellung gegenüber dem Beschluss der Baukommission vom 21. Mai 2015 – ohne Ankündigung verfügt habe.

**2.1** Nach Art. 15 Abs. 1 VRP ist Personen und Behörden, gegen die sich eine Eingabe richtet, grundsätzlich das rechtliche Gehör zu gewähren. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst im Wesentlichen das Recht, sich vor Erlass eines in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreifenden Entscheids zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen; zudem besteht ein Anspruch darauf, dass die Äusserungen der Beteiligten durch die betreffende Instanz ernsthaft geprüft und die Gründe für die Entscheidung genannt und der getroffene Entscheid mitgeteilt werden (CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 78 mit weiteren Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, seine Verletzung führt in der Regel zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Heilung der Verletzung ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis möglich, wenn die Verletzung nicht besonders schwer wiegt, und wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (RIZVI/RISI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti, Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 15 N 11). Auch im Fall einer Heilung ist die Gehörsverletzung bei der Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen (RIVZI/RISI, a.a.O., Art. 15 N 32).

**2.2** Die Vorinstanz als Rekursbehörde ist an die Anträge der Beteiligten nicht gebunden (Art. 56 Abs. 1 VRP). Grundsätzlich ist sie auch befugt, eine reformatio in peius vorzunehmen und die Rechtsstellung der Rekurrentin zu verschlechtern. Zieht die Rekursinstanz eine



Schlechterstellung in Betracht, hat sie dies der Betroffenen mitzuteilen und ihr das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. Art. 15 Abs. 2 VRP; VerwGE B 2008/159 vom 21. April 2009 Erw. 2). Da dies die Vorinstanz unterlassen hat, hat sie diesbezüglich das rechtliche Gehör der Rekurrentin verletzt.

**2.3** Nachdem das Baudepartement über die gleich umfassende Kognition wie die Vorinstanz verfügt und diese Überprüfungsbefugnis auch ausübt, und die Rekurrentin das im Verfahren vor der Vorinstanz Versäumte nachholen konnte, gilt die festgestellte Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt. Allerdings ist der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei der Kostenverteilung Rechnung zu tragen.

### **3.**

Im Weiteren rügt die Rekurrentin den Einbezug der Stockwerkeigentümer der Liegenschaft Haus A (Vers.-Nr. 005), welches über keine verfahrensgegenständliche Disponibelräume verfüge.

Da das streitige Baugesuch nebst den baulichen Massnahmen und der Umnutzung der Disponibelräume in Haus C auch Fassadenänderungen an allen drei Häusern A, B und C umfasst, waren auch die Stockwerkeigentümer des Hauses A in ihrer Stellung als solche betroffen und daher am Rekursverfahren zu beteiligen.

### **4.**

Am 1. Oktober 2017 ist das Planungs- und Baugesetz in Kraft getreten und das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Gemäss Art. 173 PBG werden indessen die bei Vollzugsbeginn dieses Erlasses hängigen Baubewilligungsverfahren grundsätzlich nach jenem Recht beurteilt, das im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids der Baubewilligungsbehörde Gültigkeit hatte (Art. 173 PBG), was gestützt auf Art. 159 Abs. 3 PBG auch für Wiederherstellungsverfahren gilt. Der erstinstanzliche Beschluss erging am 21. Mai 2015 und damit vor dem Inkrafttreten des PBG. Mithin sind vorliegend weiterhin das Baugesetz und das kommunale Baureglement anwendbar.

### **5.**

Dass das am 26. März 2015 eingereichte Baugesuch die maximal zulässige Ausnützung mit den drei zusätzlichen Wohnungen erheblich überschreitet und damit nicht bewilligungsfähig ist, wird von der Rekurrentin anerkannt und ist daher unbestritten. Nach wie vor ist hingegen streitig, ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Hinblick auf die von ihr angebehrte Änderung des Überbauungsplans M.\_\_\_\_ (Ersatz der Ausnützungsziffer durch eine Baumassenziffer) verhältnismässig sei, weil der Wegfall der Ausnützungsziffer den Umbau und die Wohnnutzung ermöglichen würde und sie die Rekurrentin daher vor einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bewahren könnte.



**5.1** Nach Art. 130 Abs. 2 BauG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder die Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird.

**5.2** Die Anordnung einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands stellt eine Eigentumsbeschränkung dar. Sie ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie gemäss Art. 36 der Bundesverfassung (SR 101) auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt aber ein massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungs- und Baurechts zu. Werden illegal errichtete, dem Raumplanungsrecht widersprechende Bauten und Anlagen nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, wird rechtswidriges Verhalten belohnt. Formell rechtswidrige Bauten und Anlagen, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen daher grundsätzlich beseitigt werden. Die Anordnung des Abbruchs bereits erstellter Bauten und Anlagen kann jedoch nach den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts (ganz oder teilweise) ausgeschlossen sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Rückbau unverhältnismässig wäre, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist, wenn Gründe des Vertrauensschutzes der Wiederherstellung entgegenstehen oder diese aufgrund des Zeitablaufs verwirkt ist (vgl. zum Ganzen VerwGE B 2016/38 vom 12. März 2018 Erw. 7.3 mit Hinweisen).

**5.3** Das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erschienen tatsächlich als fragwürdig, wenn die Begrenzung der maximal zulässigen Ausnützung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit demnächst (innerhalb weniger Monate) im Rahmen einer Überarbeitung des Überbauungsplans M.\_\_\_\_ zugunsten einer Baumassenziffer fallen würde und gewissermassen als *lex mitior* das umstrittene Bauvorhaben abdecken würde, mit der Folge, dass das (nachträgliche) Baugesuch bewilligt und von einer Wiederherstellung abgesehen werden könnte (vgl. dazu A. MARTI, Urteilsanmerkung, ZBI 113/2012 S. 616).

**5.4** In der Vernehmlassung vom 29. Mai 2019 im Rahmen der Rechtsverweigerungsbeschwerde (Verfahren Nr. 19-3351) führte die Vorinstanz aus, dass sich die Grundlagen bei der Gesamtüberbauung M.\_\_\_\_ nicht wesentlich geändert hätten, weshalb eine Überarbeitung des Überbauungsplans von Amtes wegen nicht erforderlich sei. Der Umstand allein, dass die Ausnützungsziffer für Bauten – die nach Baureglement beurteilt würden – abgeschafft worden sei, bedeute nicht, dass auch sämtliche Sondernutzungspläne diesbezüglich zu korrigieren seien. Die Volumina der Gebäude seien bewusst so gestaltet worden. Damit stellt die Vorinstanz klar, dass sie zum jetzigen



Zeitpunkt eine Überarbeitung des Überbauungsplan nicht einmal in Betracht zieht. Selbst wenn eine Änderung des Überbauungsplans angedacht wäre, würde das Verfahren einen Zeitraum über mehrere Monate bis Jahre beanspruchen. Daher ist das streitige Baugesuch auch innerhalb weniger Monate nicht bewilligungsfähig.

## **6.**

Es ist unbestritten, dass die Terrassentüren, deren Beseitigung der Gemeinderat angeordnet hat, ohne Bewilligung und damit formell rechtswidrig eingebaut wurden. Die Rekurrentin macht aber geltend, dass die verfügte Verkleinerung der Terrassentüren unverhältnismässig sei.

**6.1** Vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit hält ein Grundrechtseingriff dann stand, wenn er zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist und das verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, d.h. den zu seiner Verwirklichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen, steht. Ist eine Abweichung vom Gesetz jedoch gering und vermögen die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Rückbau entstünde, nicht zu rechtfertigen, ist ein Beseitigungsbefehl unverhältnismässig. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch der bösgläubige Bauherr berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_198/2018 vom 19. Februar 2018 Erw. 2.6; VerwGE B 2012/102 vom 21. August 2013 Erw. 5.1.1 f., je mit Hinweisen).

**6.2** Dass im vorliegenden Fall der Einbau von drei Wohnungen die Ausnutzungsziffer deutlich überschreitet, ist anhand der – bereits durch das am 29. Januar 2009 bewilligte Korrekturgesuch – praktisch vollständig konsumierten Ausnutzung (Ausnutzungsreserve: 2 m<sup>2</sup>) offensichtlich und wird auch von der Rekurrentin ausdrücklich anerkannt.

**6.3** Ohne nennenswerte Ausnutzungsreserve stellt der Einbau von anrechenbaren Wohnungen anstelle von nicht anrechenbaren Hobbyräumen keine geringfügige Abweichung vom Erlaubten dar. So hat das Bundesgericht selbst die Verletzung der maximal zulässigen Höhe um 78 cm (Urteil des Bundesgerichtes 1P.627/2003 vom 24. Dezember 2003), 9 cm bis 70 cm bzw. um knapp 1 m sowie die Verletzung von Grenzabständen um 1 m als nicht unbedeutend qualifiziert (BGE 108 Ia 218; ZBI 84 [1983], S. 286; BGE 98 Ia 271). Das Bundesgericht hat sodann in einem Urteil, das den Kanton St.Gallen betraf, erwogen, dass der Rückbau eines um 36 cm zu hohen Einfamilienhauses in der Wohnzone trotz massiver Rückbaukosten nicht unverhältnismässig sei (Urteil des Bundesgerichtes



1P.708/2006 / 1P.710/2006 vom 13. April 2007). Auch eine Zweckentfremdung ganzer Bauten oder von Gebäudeteilen wird als nicht geringfügig gewertet (VerwGE B 2006/42, 43, 44 vom 14. September 2006 Erw. 3b mit Hinweisen). Das erhebliche öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht auch aus präjudiziellen Gründen. 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.

**6.4** Als Wiederherstellungsmassnahme hat die Vorinstanz die Entfernung der Terrassentüren und Reduktion der Fenstergrössen auf das bewilligte Mass sowie den Rückbau der Installationen für den Einbau von Küchen und ein Nutzungsverbot für die Disponibelräume zu Wohn- und Gewerbebezwecken erlassen. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands müssen gewöhnlich auch bauliche Massnahmen verfügt werden, weil ein blosses Nutzungsverbot regelmässig nicht genügt, um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands definitiv zu erreichen, da ein solches in der Regel ungeeignet ist, eine rechtswidrige Nutzung dauerhaft zu verhindern. So wäre deren 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. Sind an sich zulässige Räume einer unrechtmässigen Nutzung zugeführt worden, so sind sie durch wirksame bauliche Massnahmen (Zumauern oder Verkleinern von Fenstern, Entfernen von Installationen und Einrichtungen usw.) für diese Nutzung unbrauchbar zu machen (ZAUGG/LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Bern 2020, N 10 zu Art. 46; BVR 1992 S. 19 ff.; Urteil des Bundesgerichtes 1C\_135/2016 vom 1. September 2016 Erw. 4).

**6.5** Küchen, Badezimmer und eine ausreichende Belichtung ermöglichen eine Wohnnutzung der Disponibelräume. Diese fraglichen Bauteile spielen somit eine zentrale Rolle für die Ermöglichung der unzulässigen Nutzung. Die verfügte Entfernung der Terrassentüren, die Verkleinerung der Fensterflächen sowie die Entfernung der Kücheninstallationen wären zweifellos geeignet, eine Wohnnutzung zu unterbinden. Anlässlich des Augenscheins wurden keine besonderen Installationen für die Erstellung einer Küche festgestellt, sondern lediglich zwei Dreifachstecker. Die verfügte Wiederherstellung beschränkt sich deshalb auf den Rückbau der Terrassentüren auf Fenstergrösse sowie die Verkleinerung der Fenster auf das bewilligte Mass. Für die Häuser A und B bedeutet dies, dass die Fenstergrössen und Anzahl gemäss Plan "Änderung zur Einreichung Nr. 12/2008" am 11. November 2011 bewilligt worden sind. Im Korrekturgesuch vom 8. August 2011 wurden im Kurzbeschrieb zwar lediglich technische Anpassungen der Tiefgarage mit Technikraum, der Kanalisationsleitungen sowie am Lüftungskonzept und am Brandschutz ausgeführt; im oberwähnten Plan wurden aber Änderungen an der Fassade der Häuser A und B rot bzw. gelb eingezeichnet. Sie waren farblich gekennzeichnet und



gelten daher als bewilligt. Für das Haus C sah dieses Korrekturgesuch keine Änderungen vor. Mitunter sind die bewilligten Korrekturpläne (Korrektur-Baueingabe Süd-West-Fassade / Nord-Ost-Fassade, 1:100, genehmigt am 29. Januar 2009) massgeblich, und diese sehen an der Südwest-Fassade im Untergeschoss für die beiden Disponiblräume lediglich doppelflüglige Fenster vor.

**6.6** Die Entfernung der Terrassentüren und die Verkleinerung der Fenster im Untergeschoss ist erforderlich, und der damit verbundene Eingriff in das Eigentum der Rekurrentin kann als geringfügig qualifiziert werden. Das Interesse der Rekurrentin erschöpft sich im Wesentlichen in der nutzlosen Aufwendung für die fraglichen Bauteile und den Aufwand für deren Entfernung. Wer ohne Bewilligung baut, nimmt dieses Risiko in Kauf und kann sich nicht auf die Unverhältnismässigkeit der Beseitigung berufen. Würde dieses wirtschaftliche Interesse dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands übergeordnet, könnte in kaum einem Fall mehr mit Erfolg eine Wiederherstellung verlangt werden (VerwGE B 14/1993 vom 17. Februar 1994 Erw. 3b, B 13/1993 vom 17. August 1993 Erw. 5c). Selbst wenn aufgrund der nachträglichen Entfernung noch Anpassungsarbeiten für die Wiederherstellung der Disponiblräume erforderlich sind, wird sich der Aufwand im bescheidenen Rahmen bewegen. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Vorinstanz auf die Entfernung des Badezimmers mit Spülbecken, WC und Dusche sogar verzichtet hat, weshalb die Wiederherstellungsmassnahmen sogar als äussert milde zu beurteilen sind. Daraus folgt, dass von einer Unverhältnismässigkeit der Beseitigung nicht gesprochen werden kann.

**6.7** Wie der Augenschein ebenfalls gezeigt hat, wurden an der Südwest-Fassade von Haus C von den zwei Terrassentüren und drei Fenstern bereits vier Fassadenöffnungen (davon eine Terrassentür) mit in Holzrahmen eingelassenen Verbundzementplatten verschlossen. Auch in der Einheit B8 im Haus B reichen von den eingebauten fünf Fenstern drei bis zum Boden. Zwei davon sind unverschlossen, die übrigen drei sind wiederum mit der gleichen Holz-Verbundzementplatten-Konstruktion verschlossen.





Wie die Rekurrentin am Augenschein selber ausführte, sei diese Konstruktion "recht flexibel wieder zu entfernen". Diese Spannvorrichtung wurde lediglich vor die Fenster bzw. vor die Terrassentüre eingebaut; die Fenster und die verglasten Terrassentüren sind immer noch vorhanden. Diese Konstruktion vermag einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht genügen. Die Terrassentüren und Fenster sind zu entfernen, und die Fenster sind fachmännisch auf die bewilligte Grösse neu einzubauen.

**7.**

Weil die Vorinstanz in ihrem angefochtenen Entscheid keine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angesetzt hat, ist diese neu zu verfügen. Entsprechend der angesetzten Frist der Baukommission in ihrem Beschluss vom 21. Mai 2015 wird für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands eine Frist von sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Entscheids angesetzt.

**8.**

Die Rekurrentin rügt, dass der Kostenspruch der Vorinstanz nicht nachvollziehbar sei.

Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Es gilt damit der Grundsatz der Kostentragung nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens. Entscheidend für die Kostenaufgabe ist hierbei, in welchem Ausmass dem Begehren eines Verfahrensbeitragsgefolgten gefolgt wird. Ohne Belang ist, mit welcher Begründung dieses Ergebnis erreicht wird. Die Rechtsvorgängerinnen der Rekurrentin haben in ihrer Rekursbegründung vom 31. August 2015 die Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung der Baukommission betreffend Küchen- und Nasszellen-Einbau sowie die diesbezügliche Bewilligung des Baugesuchs angebeht. Die Vorinstanz hat mit Beschluss vom 21. September 2015 den Rekurs im Sinn der Erwägungen abgewiesen, soweit sie darauf eintrat. Die Rekurrentin ist daher mit ihrem Begehren nicht durchgedrungen, und die Vorinstanz hat ihren Rechtsvorgängerinnen zu Recht eine Entscheidgebühr auferlegt. Der Rekurs erweist sich auch diesbezüglich als unbegründet und ist abzuweisen.

**9.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Rekurrentin verletzt hat, dieser Mangel jedoch im Rekursverfahren geheilt wurde. Nachdem feststeht, dass vorliegend auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands aus rechtsstaatlichen Überlegungen nicht verzichtet werden kann, ist der Rekurs abzuweisen.

**10.**

**10.1** Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Wie aufgezeigt, hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör der



Rekurrentin verletzt. Diese Rechtsverletzung konnte im Rekursverfahren geheilt werden. Nachdem sich der Rekurs in der Sache als unbegründet erweist, sind der Rekurrentin für das materielle Unterliegen nur anteilmässig amtliche Kosten aufzuerlegen, weil die Rekurerhebung insoweit berechtigt war, als der Rekurs der Beseitigung dieses Verfahrensfehlers gedient hat (R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St.Gallen 2004, S. 90 f. mit weiteren Hinweisen). Die Entscheidegebühr beträgt Fr. 3'500.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Die Rekurrentin unterliegt in der Sache, obsiegt indessen in Bezug auf die geltend gemachte Gehörsverletzung. Es ist deshalb angemessen, ihr die amtlichen Kosten im Umfang von Fr. 2'500.– aufzuerlegen. Die Vorinstanz trägt Fr. 1'000.–; auf deren Erhebung wird jedoch verzichtet (Art. 95 Abs. 3 VRP).

**10.2** Der von der J.\_\_\_\_ AG am 27. Oktober 2015 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– ist anzurechnen.

## **11.**

Die Rekurrentin stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

**11.1** 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).

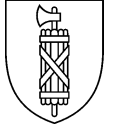
**11.2** Die Rekurrentin hatte zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Rekurs zu erheben. In materieller Hinsicht unterliegt sie jedoch vollständig. Es ist daher in Anwendung des Verursacherprinzips angezeigt, der Gehörsverletzung durch die Vorinstanz Rechnung zu tragen und der Rekurrentin eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. 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. 1'000.– festzulegen. Die Entschädigung ist von der Vorinstanz zu leisten.

## **Entscheid**

### **1.**

**a)** Der Rekurs der A.\_\_\_\_, X., wird abgewiesen.

**b)** Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird der A.\_\_\_\_ eine Frist von sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Entscheids angesetzt.



**2.**

**a)** Die A.\_\_\_\_ bezahlt eine anteilmässige Entscheidgebühr von Fr. 2'500.-.

**b)** Der am 27. Oktober 2015 von der J.\_\_\_\_ AG, Y., geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- wird angerechnet.

**c)** Auf die Erhebung der amtlichen Kosten in der Höhe von Fr. 1'000.- bei der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ wird verzichtet.

**3.**

Das Begehren der A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird im Sinn der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Die Politische Gemeinde Z.\_\_\_\_ entschädigt die A.\_\_\_\_ ausseramtlich mit Fr. 1'000.-.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann  
Regierungsrätin