

# **SG\_PUBLIKATIONEN 22-5875 vom 27. Juni 2023**

SG Gerichte, 2023-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publikationen\\_22-5875](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_22-5875)

FR: SG\_PUBLIKATIONEN 22-5875 du 27 juin 2023

IT: SG\_PUBLIKATIONEN 22-5875 del 27 giugno 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes ergibt sich aus Art. 43bis des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

### **E. 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 nachstehenden Erwägung – einzutreten.

### **E. 1.3**

Die Rekurrenten machen geltend, die ihnen auferlegte Busse wegen Bauens ohne Baubewilligung in der Höhe von Fr. 300.– sei zurückzuerstatten, da die Busse nicht rechtmässig gewesen sei.

#### **E. 1.3.1**

Gemäss Art. 162 Abs. 1 Bst. a PBG wird mit Busse bis zu Fr. 30'000.– bestraft, wer ohne Bewilligung der zuständigen Behörde bewilligungspflichtige Bauten oder Anlagen erstellt, verändert, abbricht oder nutzt. Diese Bestimmung gehört als Strafnorm zum kantonalen Verwaltungsstrafrecht, wozu sämtliche materiellen Strafbestimmungen zählen, die in Verwaltungsgesetzen enthalten sind (M. LOOSER, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 162 N 5). Nach Art. 132 des mit Inkrafttreten des PBG am 1. Oktober 2017 aufgehobenen Baugesetzes vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) war für die Bestrafung und den Vollzug der Strafbestimmung die Strafverfolgungsbehörde zuständig. Es oblag damals den Gemeinden, eine Strafanzeige gegen die beschuldigte Person bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde einzureichen. Der Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft für die Strafverfolgung im Zusammenhang mit den Strafbestimmungen des PBG hat sich nicht geändert, zumal Art. 162 PBG keine strafprozessualen Vorschriften enthält und ferner kein kantonales Gesetz über das Verwaltungsstrafverfahren existiert (LOOSER, a.a.O., Art. 162 N 11 f.).

#### **E. 1.3.2**

Allerdings findet sich in Art. 357 der Schweizerischen Strafprozessordnung (SR 312; abgekürzt StPO) i.V.m. Art. 49 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung (sGS 962.1) sowie Art. 9 ff. der kantonalen Strafprozessverordnung (sGS 962.11; abgekürzt StPV) eine gesetzliche Grundlage für die Anwendung eines besonderen Bussenerhebungsverfahrens bei blossen Übertretungen, wenn Ordnungsbussen von nicht mehr als Fr. 300.– in Frage kommen. In diesen Fällen können Bussen auch durch Organe des Staates, d.h. auch durch kommunale Behörden

ausgesprochen werden. Eine solche Strafbestimmung gibt es auch für das Erstellen, Verändern oder Abbrechen von unbedeutenden Bauten oder Anlagen ohne Bewilligung der zuständigen Behörde, wenn die Bewilligung nachträglich erteilt werden kann, oder – wie im vorliegenden Fall – beim geringfügigen Abweichen vom bewilligten Projekt (Ziff. 17.1 Anhang zur StPV). Nur wenn eine Busse nicht bezahlt wird, folgt eine Anzeige bei der Staatsanwaltschaft. Dies hat dann zur Folge, dass eine Strafuntersuchung durch die Staatsan-

waltschaft erfolgt und grundsätzlich mit einem Strafbefehl (Art. 352 ff. StPO), einer Einstellungsverfügung (Art. 320 ff. StPO) oder einer Nichtanhandnahmeverfügung (Art. 310 ff. StPO) endet (LOOSER, a.a.O., Art. 162 N 12 ff.).

### **E. 1.3.3**

Vorliegend erfolgte die Erhebung der Busse im Rahmen des besonderen Bussenerhebungsverfahrens, wobei gemäss Art. 3 Bst. b des kommunalen Reglementes «über die Zuständigkeit bei der Bussenerhebung auf der Stelle» die kommunale Stelle X.\_\_\_\_ der Stadt Z.\_\_\_\_ zuständig ist. Mit Bezahlung der Busse wurde das Verfahren abgeschlossen. Aus diesem Grund sowie mangels Zuständigkeit kann die Rekursinstanz keine materielle Prüfung der Busse im Rahmen des Baurekursverfahrens vornehmen. Die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Busse übernimmt gemäss oben Ausgeführtem die für das Verwaltungsstrafrecht zuständige Behörde. Folglich ist auf diese Rüge der Rekurrenten nicht einzutreten.

### **E. 2**

Am 1. Oktober 2017 ist das PBG in Kraft getreten und das BauG wie vorstehend erwähnt aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Der erstinstanzliche Baugesuchsentscheid erging am 4. Juli 2022. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben «Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG» vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

### **E. 3**

Die Rekurrenten machen sinngemäss geltend, die Entfernung der Böschung sowie die Ersetzung der Eisenbahnschwellen durch Quadersteine bei der westlichen Stützmauer sei nicht bewilligungspflichtig, da diese bereits bewilligt worden sei.

#### **E. 3.1**

Die Rekurrenten halten unter anderem fest, die heutige Gesamthöhe der westlichen Stützmauer sei im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens im Jahr 1962 so bewilligt worden. Da sich die Höhe der Stützmauer durch den Ersatz der Eisenbahnschwellen durch die Quadersteine nicht geändert habe, hätten sie sich an den damals bewilligten Plänen der Betonstützmauer orientiert und die Änderung nicht planerisch festgehalten. Der vormalige Bauherr habe allerdings nicht die bewilligte Höhe erstellt, sondern, um Kosten zu sparen, die Betonmauer mit einer kleinen Böschung versehen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz handle es sich folglich bei den heute umstrittenen Massnahmen nicht um eine Erhöhung der Mauer, sondern lediglich um einen Ersatz der Eisenbahnschwellen, welche die Böschung sicherten.

##### **E. 3.1.1**

Nach Art. 88 BauG erlischt die Baubewilligung, wenn die Bauarbeiten nicht innert Jahresfrist nach Eintritt der Rechtskraft begonnen werden (Abs. 1). Begonnene Arbeiten müssen ohne erhebliche Unterbrechung zu Ende geführt werden. Bleiben sie länger als ein Jahr eingestellt, so erlischt die Baubewilligung (Abs. 2). Die Geltungsdauer der Baubewilligung ist eine Verwirkungsfrist. Sie läuft ohne Rücksicht auf die Gründe, aus denen nicht gebaut wurde. Damit hat eine erloschene Baubewilligung keine rechtliche Wirkung mehr (B. HEER, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 870, mit Hinweisen). Baubeginnende Arbeiten sind solche, aus denen der ernsthafte Wille hervorgeht, eine Baute ohne Verzögerung und ohne unnötige Unterbrechung zu Ende zu führen. Das ist der Fall, wenn der Bauherr Arbeiten an die Hand genommen hat, die er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach allgemeiner Lebenserfahrung ohne tatsächliche Bauabsicht nicht ausführen würde oder wenn im gleichen Sinn anzunehmen ist, dass bereits ein Teil des Bauvorhabens ausgeführt ist. Ob diese Voraussetzungen eingehalten sind, ist im Einzelfall nach allen objektiven und subjektiven Momenten zu beurteilen, die zur Überzeugung berechtigen, dass die Bauherrschaft ernsthaft mit den Bauarbeiten begonnen hat und einen Bauwillen nicht nur vortäuscht. Blosser Vorbereitungsarbeiten, Aufstellen der Profile und des Schnurgerüsts, Aufräumen des Bauterrains, 6/13 Aufstellen der Baubaracken und dergleichen können nicht als sichere Anzeichen ernsthaften Baubeginns betrachtet werden. Auch der erste Spatenstich oder die erste Traxbewegung für den Aushub ist noch nicht Baubeginn (HEER, a.a.O., N 873, mit Hinweis). Als Unterbrechung der Bauausführung ist die vollständige Einstellung der Bauarbeiten für eine längere Zeit zu verstehen, nicht die Anordnung von Betriebsferien oder die Einführung von Teilzeitarbeit, ebenso wenig wetterbedingte Arbeitspausen. Mehrere Unterbrechungen können nicht zusammengerechnet werden. Dagegen wäre die vorübergehende Wiederaufnahme der Arbeiten nur zum Zweck der Fristunterbrechung rechtsmissbräuchlich und unbeachtlich (HEER, a.a.O., N 874 mit Hinweis; BDE Nr. 29/2012 vom 5. Juli 2012, BDE Nr. 49/2012 vom 15. Oktober 2013 Erw. 3). Neu beträgt gemäss Art. 148 PBG die Geltungsdauer der Baubewilligung nun drei Jahre statt nur ein Jahr. Auf Bewilligungen, deren Geltungsdauer vor dem 1. Oktober 2017 abgelaufen ist, ist Art. 148 PBG aber nicht anwendbar (S. STAUB, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 148 N 12).

### **E. 3.1.2**

Gemäss oben Ausgeführtem unterliegt jede ausgestellte Baubewilligung einer bestimmten Geltungsdauer. Im vorliegenden Fall hat der damalige Bauherr die Stützmauer nicht so hoch gebaut wie er gemäss Baubewilligung aus dem Jahr 1962 befugt gewesen wäre. Dies hat zur Folge, dass spätestens mit Inkrafttreten des BauG im Jahr 1972 bzw. mit Ablauf der Verwirkungsfrist von einem Jahr nach Art. 88 BauG kein Rechtsanspruch mehr besteht, die Mauer gemäss ursprünglicher Baubewilligung zu erhöhen. Die tatsächlich gebaute Stützmauer geniesst Bestandschutz – nicht aber die Baubewilligung als solche. Die Rekurrenten können sich daher nicht mehr auf die Bewilligung aus dem Jahr 1962 berufen – zumindest nicht auf den Teil, der die Höhe der westlichen Stützmauer beinhaltet.

### **E. 3.2**

Die Rekurrenten machen überdies geltend, die westliche Stützmauer bzw. die Montage der Quadersteine sei mit der Baubewilligung vom 5. Juli 2021 mitbewilligt worden, da die

Vorinstanz über den Ersatz der umweltbelastenden Eisenbahnschwellen im Rahmen eines Vorgesprächs informiert worden sei. Zudem sei die Entsorgung der Eisenbahnschwellen aus dem ebenfalls der Vorinstanz eingereichten Entsorgungskonzept erkennbar gewesen.

### **E. 3.2.1**

Nach Art. 22 des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes (SR 700; abgekürzt RPG) und Art. 136 Abs. 1 PBG bedürfen Erstellung, Änderung und Beseitigung von Bauten und Anlagen einer Bewilligung. Das PBG verzichtet darauf, über den bundesrechtlichen Mindeststandard hin- auszugehen. Art. 136 Abs. 2 PBG führt lediglich beispielhaft nicht baubewilligungspflichtige Vor- haben innerhalb der Bauzone auf. Massgebend bei der Beurteilung der Baubewilligungspflicht ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Folgen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (M. MÖHR, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 136 N 1 f.).

### **E. 3.2.2**

Im vorliegenden Fall wurde die zuvor offenbar mit Eisenbahnschwellen ergänzte Böschung entfernt und durch Quadersteine ersetzt. Der frühere Zustand ergibt sich lediglich aus alten Aufnahmen.

(Aufnahmen vom 22. August 2017)

Demgegenüber präsentiert sich die heutige Situation wie folgt:

7/13 (Aufnahmen vom 16. November 2022)

Die Quadersteine wurden unmittelbar hinter der alten Mauerkrone gesetzt. Wie den Aufnahmen zu entnehmen ist, präsentiert sich die Betonstützmauer durch die Setzung der Quadersteine nicht nur farblich, sondern auch in ihrer Form offensichtlich in einem anderen Zustand als zuvor mit der bewachsenen Böschung. Unabhängig davon, wie dieser neue Zustand qualitativ zu werten ist, ist klar ersichtlich, dass diese Änderungen Auswirkungen auf den Raum haben. Es ist folglich nicht von einer unbedeutenden Änderung auszugehen und eine Baubewilligungspflicht ist zu bejahen. Daraus resultiert ferner, dass die Änderung auch aus den zur Bewilligung eingereichten Plänen ersichtlich sein muss. Es kann von der Vorinstanz trotz ihrer technischen Fachkompetenz nicht verlangt werden, dass sie aufgrund eines Entsorgungskonzepts – welches im Übrigen lediglich festhält, wer für die Entsorgung der Eisenbahnschwellen zuständig ist – selbst herausfinden muss, woher die Eisenbahnschwellen stammen und ob eine Ersetzung stattfinden wird und wenn ja womit. Ein solcher Anspruch würde das Mass eines Baubewilligungsverfahrens sowie die Prüfungspflicht der Baubewilligungsbehörde sprengen. Es obliegt vielmehr den Baugesuchstellen- den, jegliche baulichen Massnahmen von sich aus der Baubehörde anzuzeigen. Auch die Tatsache, dass in einem allfälligen Vorgespräch die Entsorgung der Eisenbahnschwellen thematisiert wurde, ändert in der Regel an dieser Anforderung nichts. Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Rekurrenten im Rahmen des bereits erwähnten Baubewilligungsverfahrens im Jahr 2021 auch die Änderung der südlichen Stützmauer

sowohl in den Baugesuchformularen als auch in den Plänen angegeben haben. Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb der Ersatz der Eisenbahnschwellen durch Quadersteine auf der westlichen Stützmauer in den Bauplänen nicht dargestellt worden ist.

### **E. 3.3**

Zusammenfassend lässt sich schlussfolgern, dass die Entfernung der Böschung und der Eisenbahnschwellen sowie der Ersatz durch die Quadersteine ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben darstellt und in den zur Bewilligung eingereichten Plänen hätte angegeben werden müssen. Die Rekurrenten können sich nicht auf die erteilten Baubewilligungen aus den Jahren 1962 und 2021 berufen. Ihre Rüge erweist sich somit als unbegründet. Zu prüfen ist folglich die Bewilligungsfähigkeit der umstrittenen Massnahme.

### **E. 4**

Die Rekurrenten machen geltend, das Bauvorhaben sei bewilligungsfähig, obwohl anlässlich des Augenscheins vom 16. November 2022 festgestellt wurde, dass die Betonstützmauer samt Quadersteinen den Strassenabstand unterschreitet.

#### **E. 4.1**

Vorliegend hat die Politische Gemeinde Z.\_\_\_\_ die Strassen- und Wegabstände, soweit sie diese festlegen wollte, abschliessend in Art. 36 Abs. 1 des Baureglements der Stadt Z.\_\_\_\_ vom 16. März 2016 (Inkrafttreten 1. März 2021; sRS 721.1; abgekürzt BauR) geregelt. Dieser hält für Bauten fest, dass bei einer Gemeindestrasse zweiter Klasse ein Abstand von 4 m (bei Hauptbauten) bzw. von 3 m (bei An-, Neben- und Kleinbauten) eingehalten werden muss. Für Stützmauern und Böschungen hält Art. 50 Abs. 1 BauR fest, dass diese bis 1,50 m Höhe gegenüber Grundstücks-, Strassen- und Weggrenzen einen Abstand von 0,50 m einzuhalten haben.

#### **E. 4.2**

Die westliche Betonstützmauer verläuft entlang der G.\_\_\_\_strasse (Gemeindestrasse zweiter Klasse). Die Betonstützmauer stammt aus den 1960er-Jahren. Der Fuss der alten Betonmauer liegt gemäss den beiden vorhandenen Grenzsteinen zum Teil minim auf dem Strassengrundstück.

(Aufnahme vom 16. November 2022)

8/13 Im vorliegenden Fall ist offensichtlich, dass der Strassenabstand von 0,5 m gemäss Art. 50 Abs. 1 BauR deutlich unterschritten ist, dies sowohl von der vorbestehenden Betonstützmauer als auch von den neu montierten Quadersteinen. Die Stützmauer selbst genießt Bestandesschutz. In Bezug auf die Quadersteine ist daher im Nachfolgenden zu prüfen, ob diese ebenfalls unter diesen Schutz fallen.

### **E. 5**

Die Rekurrenten bringen vor, die Montage der Quadersteine sei unter dem Titel der Bestandes- bzw. Wiederaufbaugarantie bewilligungsfähig, da lediglich die früher vorbestehenden umweltschädlichen Eisenbahnschwellen ersetzt und dadurch lediglich eine gestalterische Anpassung der westlichen Stützmauer vorgenommen worden sei.

#### **E. 5.1**

Die Bestandesgarantie ergibt sich aus der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 der Bundesverfassung [SR 101; abgekürzt BV]), wobei die Kantone berechtigt sind,

den Bestandesschutz auch in einem weiteren Umfang zuzusichern (BGE 113 Ia 122). Art. 105 des Strassengesetzes (sGS 732.1; abgekürzt StrG) sieht unter dem Randtitel "Bestandes- und Erweiterungsgarantie" vor, dass auf Umbauten, Zweckänderungen und Erweiterungen von Bauten und Anlagen, die den gesetzlichen Strassenabstand nicht einhalten, die Bestimmungen des PBG über die Bestandesgarantie sachgemäss angewendet werden. Gemäss Art. 109 Abs. 1 PBG sind Bestand und Erneuerung von formell rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften und Plänen widersprechen, gewährleistet. Als Erneuerungen gelten dabei bauliche Vorkehren, welche Bauten und Anlagen instandhalten, instandstellen oder an die Erfordernisse der Zeit angleichen, ohne dass Umfang, Erscheinung oder Bestimmung des Werks verändert werden (VerwGE B 2013/257 vom 28. April 2015 Erw. 3 mit Hinweisen). Eine Baute ist formell rechtmässig, wenn sie nach Plänen ausgeführt wurde, die in einem Baubewilligungsverfahren bewilligt wurden. Die formelle Rechtmässigkeit besteht in diesem Fall sogar dann, wenn die Baubewilligung inhaltlich fehlerhaft ist (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2011/I/4 betreffend VerwGE B 2010/106 vom 26. Januar 2011 [GVP 2011 Nr. 18]; BDE Nr. 58/2020 vom 9. Juli 2020 Erw. 8.1). Über die reine Bestandesgarantie hinaus kennt das kantonale Recht nach Art. 109 Abs. 2 erster Satz PBG auch eine Erweiterungs- und Zweckänderungsgarantie für formell rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften und Plänen widersprechen. Nach dieser Bestimmung sind sogar Umbauten, Zweckänderungen und Erweiterungen zulässig, soweit dadurch die Rechtswidrigkeit weder vermehrt noch wesentlich verstärkt wird (BDE Nr. 5/2021 vom 20. Januar 2021 Erw. 5.1).

### **E. 5.2**

Nach kantonalem Recht wäre nach Art. 110 PBG selbst der Wiederaufbau einer formell rechtmässig erstellten Baute oder Anlage, die den geltenden Vorschriften und Plänen widerspricht, im bisherigen Umfang zulässig, wenn die künftige Nutzung dem Zweck der Nutzungszone entspricht (Bst. a), keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. b) und das Baugesuch innert fünf Jahren seit Abbruch oder Zerstörung eingereicht wird (Bst. c). Abgesehen davon, dass es fraglich ist, ob diese Voraussetzungen vorliegend überhaupt erfüllt sind – da sich die umstrittene Stützmauer in einem grösseren Umfang als bisher präsentiert (vgl. Erw. 3.2.2) –, kommt diese Bestimmung ohnehin nicht zur Anwendung, weil das Strassengesetz als *lex specialis* zum PBG (*lex generalis*) gilt und letzterem dadurch vorgeht. Art. 105 StrG sieht nur vor, dass auf Umbauten, Zweckänderungen und Erweiterungen von Bauten und Anlagen, die den gesetzlichen Strassenabstand nicht einhalten, die Bestimmungen des PBG über die Bestandesgarantie sachgemäss angewendet werden. Art. 105 StrG selbst kennt allerdings keine Wiederaufbaugarantie. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall: Werden die Eisenbahnschwellen abgebaut, so dürfen sie nicht einfach durch neue Hölzer oder durch Quadersteine ersetzt werden. Ein solcher Ersatz bzw. eine solche Ergänzung bzw. Erhöhung der im Strassenabstand stehenden Mauer ist vielmehr als neues Bauvorhaben zu beurteilen. Entsprechend fällt vorliegend eine nachträgliche Bau-

9/13 bewilligung gestützt auf die Wiederaufbaugarantie nach Art. 110 PBG von vornherein ausser Betracht (BDE Nr. 5/2021 vom 20. Januar 2021 Erw. 5.7), und es bleibt zu prüfen, ob gestützt auf Art. 105 StrG die Bestimmungen des Art. 109 PBG zur Anwendung kommen könnten.

### **E. 5.3**

Wie erwähnt sind gemäss Art. 109 Abs. 1 PBG der Bestand und die Erneuerung von formell rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften oder Plänen wider- sprechen, gewährleistet. Umbauten, Zweckänderungen und Erweiterungen sind zulässig, soweit dadurch die Rechtswidrigkeit weder vermehrt noch wesentlich verstärkt wird. Keine Verstärkung der Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn Bauten und Anlagen ohne Vergrösserung des umbauten Raums umgebaut oder in ihrem Zweck geändert werden, sowie beim Anbringen einer Wärme- und Schalldämmung (vgl. Art. 109 Abs. 2 PBG). Gemäss Botschaft und Entwurf der Regierung zum PBG vom 11. August 2015 (Amtsblatt 2015 Nr. 39a, S. 2496) weicht Art. 109 PBG in den zitierten Absätzen im Wesentlichen nicht von der Bestandes- und Erweiterungsgarantie nach dem BauG ab, womit weiterhin auch die Rechtsprechung zu Art. 77bis BauG herangezogen werden kann.

### **E. 5.3.1**

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes liegt eine Vermehrung der Rechtswidrigkeit im Sinn von Art. 77bis Abs. 2 BauG vor, wenn die Änderung zu einer Verletzung zusätzlicher Vorschriften führt, z.B. neben der bestehenden Verletzung des Grenzabstands auch noch zu ei- ner Verletzung der Ausnutzungsziffer. Eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn eine bereits verletzte Vorschrift in noch stärkerem Ausmass verletzt wird, indem z.B. ein bereits unter- schrittener Grenzabstand noch weiter unterschritten oder, selbst wenn er gleichbleibt, durch zu- sätzliche Bauteile unterschritten wird. Wann die Verstärkung der Rechtswidrigkeit wesentlich ist, beurteilt sich grundsätzlich anhand zweier Kriterien, zum einen nach der Schwere der Verletzung des Schutzzwecks der Norm und zum anderen nach dem Ausmass, in dem ein bestehender rechtswidriger Gebäude- oder Anlageteil erweitert werden soll. Unwesentlich ist eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit nur, wenn weder der Schutzzweck der Norm erheblich beeinträchtigt noch die Erweiterung des bestehenden rechtswidrigen Teils für sich allein oder zusammen mit dem weiteren Gebäude als bedeutsam bezeichnet werden muss (VerwGE B 2010/106 vom 26. Januar 2011 Erw. 5.2; vgl. HEER, a.a.O., N 752 mit Hinweisen). Ist die bestehende Rechtswidrigkeit aber bereits erheblich, kann eine an sich wenig bedeutende Erweiterung bereits dazu führen, dass die Verstärkung der Rechtswidrigkeit insgesamt als wesentlich bezeichnet werden muss (VerwGE B 2010/106 vom 26. Januar 2011 Erw. 5.3.4).

### **E. 5.3.2**

Wie in den obigen Ausführungen festgestellt, steht die Stützmauer bereits minim auf dem Strassengrundstück. Gemäss BauR wäre aber ein Abstand von 0.5 m notwendig. Der Strassen- abstand ist erheblich unterschritten. Nachdem die westliche Stützmauer bereits massiv von den Regelbauvorschriften abweicht, kann bei einer zusätzlichen Erhöhung mit Quadersteinen nicht mehr von einer unwesentlichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit gesprochen werden – unabhän- gig davon wie minim diese Erhöhung auch sein mag – zumal die Erhöhung auch quantitativ nicht vernachlässigbar sowie optisch auffällig ist. Dies umso mehr, da die bestehende Rechtswidrigkeit bereits heute schon erheblich ist. Die Montage der Quadersteine führt vielmehr zu einer wesent- lichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit. Dadurch sind die Voraussetzungen von Art. 109 PBG nicht erfüllt.

### **E. 5.4**

Wie dargelegt, können sich die Rekurrenten nicht auf die Bestandes- und Erweiterungsgarantie berufen. Ihre Rüge erweist sich damit als unbegründet.

## **E. 6**

Als Nächstes wäre überdies zu prüfen, ob eine Ausnahmesituation vorliegt, die eine Ausnahmebewilligung für die Unterschreitung des Strassenabstands rechtfertigen würde.

10/13

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 108 Abs. 2 StrG kann die zuständige Behörde Ausnahmen von den Strassenabstandsvorschriften bewilligen, wenn weder Verkehrssicherheit noch Strasse beeinträchtigt werden (Bst. a), Schutzobjekte nach Art. 115 PBG zu erhalten sind (Bst. b) oder reduzierte Abstände für Lärmschutzanlagen der Einhaltung der Lärmschutzgesetzgebung dienen (Bst. c). Auf eine Ausnahmebewilligung besteht kein Rechtsanspruch (D. GMÜR, in: G. Germann [Hrsg.], Kurzkomentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St.Gallen 1988, Art. 108 N 3). Ein solcher kann sich unter Umständen aber aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. Ausnahmen nach Strassenrecht sind nur zurückhaltend und einzig bei Vorliegen besonderer Verhältnisse zu gewähren, auch wenn der Gesetzeswortlaut nicht zwingend nach einem Härtefall im Sinn von Art. 77 Abs. 1 Bst. a BauG verlangt (GVP 2006 Nr. 35 S. 155; GMÜR, a.a.O., Art. 108 N 3) und strassenrechtliche Ausnahmebewilligungen nicht nur bei Vorliegen einer eigentlichen Ausnahmesituation erteilt werden dürfen (VerwGE B 2013/50 und 51 vom 8. Juli 2014 Erw. 3.3.2). Strassenabstandsvorschriften verlangen vielmehr, dass die zuständigen Behörden bei der Erteilung von Ausnahmebewilligungen einen grossen Spielraum haben. Gleichwohl heisst das aber nicht, dass Ausnahmebewilligungen generell und ohne Vorliegen besonderer mit dem Einzelfall zusammenhängender Gründe oder gar nach Gutdünken erteilt werden können, ansonsten die Grundordnung aufgehoben würde (VerwGE B 2013/50 und 51 vom 8. Juli 2014 Erw. 3.3 mit Verweis auf B 2011/63 vom 7. Dezember 2011 Erw. 4.4; BDE Nr. 5/2021 vom 20. Januar 2021 Erw. 7.1).

### **E. 6.2**

Im vorliegenden Fall ist eine Ausnahmesituation im vorbeschriebenen Sinn nicht ersichtlich. Der behauptete Umstand, dass das Bauprojekt architektonisch besonders ansprechend sei und keine Nachbarn Einwände erhoben hätten, führt nicht dazu, dass besondere Verhältnisse vorliegen oder die Durchsetzung der Vorschrift unzweckmässig oder unbillig wäre. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die Hang- und Absturzsicherung eine Erhöhung der Stützmauer über die ganze Breite bedingen würde (vgl. auch Erw. 7.3.1). Auch allfällige finanzielle Interessen der Rekurrenten können keine Ausnahmesituation begründen. Aus dem vorstehend Gesagten folgt, dass für das umstrittene Bauvorhaben der Rekurrenten die Vorinstanz – unter Berücksichtigung des ihr zustehenden grossen Spielraums – zu Recht keine Ausnahmebewilligung erteilt hat.

## **E. 7**

Weiter rügen die Rekurrenten, die von der Vorinstanz verfügte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sei treuwidrig sowie nicht im öffentlichen Interesse und unverhältnismässig.

### **E. 7.1**

Wird durch die Errichtung von Bauten und Anlagen ohne Bewilligung ein unrechtmässiger Zustand geschaffen – und kann dafür wie vorliegend auch nachträglich keine Bewilligung erteilt werden –, wird die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verfügt (Art. 159

Abs. 1 Bst. d PBG). Bei gegebener materieller und formeller Rechtswidrigkeit besteht somit grundsätzlich ausreichender Anlass zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Das ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip (HEER, a.a.O., N 1108, N 1205). Im Rahmen der Prüfung der Wiederherstellungspflicht sind die massgebenden allgemeinen verfassungs- und verwaltungs- rechtlichen Prinzipien zu berücksichtigen, insbesondere die in Art. 5 BV festgehaltenen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens. Die Wieder- herstellung 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 rechtmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes fällt

11/13 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\_480/2019 vom 16. Juli 2020 mit Hinweisen). Überdies können Gründe des Vertrauensschutzes der Wiederstellung des rechtmässigen Zustands entgegenstehen oder diese kann aufgrund des Zeitablaufs verwirkt sein (BDE Nr. 12/2021 vom 3. Februar 2021). In der Regel ist das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Grundordnung und an der konsequenten Verhinderung baurechtswidriger Bauten und Anlagen generell gross ist. Wiederherstellungsmassnahmen sind unter anderem dann unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Eingriff erreicht werden kann oder wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der der Eigentümerin bzw. dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (vgl. CH. KÄGI, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 159 N 15 f. mit Hinweisen). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht ein generelles öffentliches Interesse an der Durchsetzung des materiellen Baurechts und der konsequenten Verhinderung von Bauten, die den materiellen Bauvorschriften widersprechen, und zwar auch dann, wenn es sich nicht um Bauten ausserhalb der Bauzone handelt. Es besteht gerade innerhalb der Bauzone, wo regelmässig gebaut wird, ein Interesse, dass die Bauvorschriften bzw. die bewilligten Pläne eingehalten werden. Entscheidend sind auch präjudizielle Aspekte. Es soll nicht der Eindruck vermittelt werden, dass einfach vollendete Tatsachen geschaffen werden können und die Wiederherstellung unterbleiben kann, wenn sich die Nachbarn nicht daran stören bzw. sich nicht vehement dagegen wehren. Schliesslich stellt die Einhaltung der Rechtsordnung ganz generell eine wichtige Voraussetzung für das gesellschaftliche Zusammenleben dar (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_365/2022 vom 8. Dezember 2022 Erw. 7.4.1).

## **E. 7.2**

Nach Ansicht der Rekurrenten waren sie beim Ersetzen der Eisenbahnschwellen gutgläubig davon ausgegangen, dass dies rechtens sei. Zumal die Vorinstanz von diesem Bauvorhaben Kenntnis gehabt habe. Die Verfügung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands seitens der Vorinstanz sei deshalb treuwidrig.

#### **E. 7.2.1**

Nach Art. 5 Abs. 3 BV handeln staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben. Dieser Grundsatz gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Für den Bereich des öffentlichen Rechts bedeutet er, dass die Behörden und Privaten in ihren Rechtsbeziehungen gegenseitig aufeinander Rücksicht zu nehmen haben. Demnach haben die Privaten einerseits einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Andererseits verbietet der Vertrauensschutz sowohl den staatlichen Behörden als auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten (BUDE Nr. 67/2021 vom 8. November 2021; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St.Gallen 2020, N 620 ff., insb. N 622, sowie N 717 ff., insb. N 722).

#### **E. 7.2.2**

Gemäss oben Ausgeführtem (Erw. 3.1 ff.) konnten die Rekurrenten weder aus der Baubewilligung vom 5. Juli 2021 noch aus derjenigen aus dem Jahr 1962 ableiten, das umstrittene Bauvorhaben sei bereits Inhalt einer Baubewilligung gewesen. Ferner stellt auch ein allfälliges Vorgespräch, in welchem das umstrittene Bauvorhaben ebenfalls Thema gewesen sein soll, keine geeignete Vertrauensgrundlage dar. Zudem liegen auch keine behördlichen Zusicherungen vor, auf die sich die Rekurrenten stützen könnten. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Vertrauensschutzes sind nicht vorhanden. Ihre Rüge hinsichtlich des Vertrauensschutzes ist somit unbegründet.

12/13

#### **E. 7.3**

Die Rekurrenten bringen ferner vor, das öffentliche Interesse erfordere die Beibehaltung der Quadersteine, da ansonsten die Sicherheit der Strasse beeinträchtigt werden würde. Die Quadersteine würden eine Hangrutschung verhindern. Zudem eliminiere die Entfernung der Böschung die Rutschgefahr durch auf die Strasse fallendes Laub- und Grünzeug. Im Weiteren bestehe auch deshalb kein öffentliches Interesse an der Beseitigung der Quadersteine, weil das jetzige Strassenbild von der Nachbarschaft als schöner als die vorherige Lösung mit der begrünter Böschung empfunden werde. Schliesslich wäre die Wiederanordnung des rechtmässigen Zustands mit sehr hohen Kosten von rund Fr. 20'000.– verbunden, was eine unverhältnismässige Massnahme darstellen würde, zumal sie gutgläubig gewesen seien.

#### **E. 7.3.1**

Wie oben ausgeführt, besteht nach der bundegerichtlichen Rechtsprechung gerade innerhalb der Bauzone, wo regelmässig gebaut wird, ein Interesse, dass die Bauvorschriften bzw. die bewilligten Pläne eingehalten werden. Dies trifft auch im vorliegenden Fall zu. Das Argument der Rekurrenten hinsichtlich der Notwendigkeit der Quadersteine zur Verhinderung einer Hangrutschung geht fehl, da auch andere Möglichkeiten bestehen

würden, den Hang zu sichern, ohne dabei die Bauvorschriften zu verletzen. Im Weiteren wäre es auch möglich, die Stützmauer so zu begrünen, dass eine mögliche Rutschgefahr ausgeschlossen werden kann.

### **E. 7.3.2**

Der angeordnete Rückbau der Quadersteine ist im Übrigen klarerweise geeignet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Diese Massnahme ist auch zweckmässig. Eine mildere Alternative ist nicht vorhanden. Da die Rekurrenten vorgängig keine Bewilligung eingeholt haben, besteht auch kein Investitionsschutz. Es muss deshalb unberücksichtigt bleiben, dass durch den angeordneten Abbruch allfällige Wiederherstellungskosten entstehen. Wer ohne Baubewilligung baut, tut dies auf eigenes Risiko, auch auf die Gefahr hin, die Baute bzw. Anlage nachträglich beseitigen zu müssen (vgl. BDE Nr. 8/2018 vom 15. Januar 2018 Erw. 4.5). Der Schaden der Rekurrenten ist vorliegend rein finanzieller Natur. Insgesamt überwiegen die Interessen an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands jene an der Beibehaltung des aktuellen, bau- rechtswidrigen Zustands. Die Entfernung der Quadersteine erweist sich als verhältnismässig und darüber hinaus als einzig geeignete Massnahme zur Behebung des rechtswidrigen Zustands. Die Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgebots sind somit erfüllt.

### **E. 8**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht die Baubewilligung für die Erhöhung der westlichen Stützmauer verweigert und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bzw. die Entfernung der Quadersteine angeordnet hat. Der Rekurs erweist sich deshalb als un- begründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

### **E. 9.1**

Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die Entscheidegebühr beträgt Fr. 3'500.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend haben die Rekurrenten die amtlichen Kosten unter solidarischer Haftung zu bezahlen (Art. 96bis VRP).

### **E. 9.2**

Der von den Rekurrenten am 24. August 2022 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist anzurechnen.

### **E. 10**

Die Rekurrenten stellen ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

### **E. 10.1**

Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie auf Grund der Sach- und Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 Abs. 2 VRP). Die ausser-

13/13 amtliche Entschädigung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auf- erlegt (Art. 98bis VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272; ab- gekürzt ZPO) finden sachgemässe Anwendung (Art. 98ter VRP).

### **E. 10.2**

Da die Rekurrenten mit ihren Anträgen unterliegen, haben sie von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Ihr Begehren ist deshalb abzuweisen.  
Entscheid 1.

Der Rekurs von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

a) A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ wird unter solidarischer Haftung eine Entscheidgebühr von Fr. 3'500.– auferlegt.

b) Der am 24. August 2022 von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'800.– wird angerechnet.

3.

Das Begehren von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann Regierungsrätin

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.