

# **SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2016/21, B 2016/22 vom 26. September 2018**

Sg Verwaltungsgericht, 2018-09-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_B\\_2016\\_21, B\\_2016\\_22](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2016_21, B_2016_22)

FR: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2016/21, B 2016/22 du 26 septembre 2018

IT: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2016/21, B 2016/22 del 26 settembre 2018

## **Regeste**

Baurecht, Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 130 Abs. 2 BauG. Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in Bezug auf die vorliegend zu beurteilende Stützmauer (Höhenabweichungen von 0.94 m bis 1.70 m bei einer bewilligten Höhe von höchstens 2.20 m, fehlende Rückversetzung des obersten Satzes Steine mit einer Höhe von 0.70 m bis 0.80 m direkt an der Grundstücksgrenze, Grenzverletzung von einzelnen Steinen um bis zu 0.40 m) bejaht (E. 9), (Verwaltungsgericht, B 2016/21 und B 2016/22). Die gegen dieses Urteil erhobenen Beschwerden ans Bundesgericht wurden mit Urteil vom 31. Oktober 2019 abgewiesen (Verfahren 1C\_572/2018, 1C\_574/2018).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Da sich die vor dem Verwaltungsgericht anhängig gemachten Beschwerden B 2016/21 und B 2016/22 auf denselben Streitgegenstand beziehen, können sie verfahrensrechtlich vereinigt und durch einen einzigen Entscheid erledigt werden (vgl. GVP 1972 Nr. 30). Welchen Rechtsnachteil der Beschwerdegegner/-führer 3 durch dieses Vorgehen erleidet, ist weder ersichtlich noch wird dies von ihm rechtsgenügend dargetan (B 2016/21 act. 26, S. 2 f. Ziff. II und III/2, B 2016/22 act. 18, S. 3 Ziff. III/2). Die Vereinigung dient der Prozessökonomie, was nur in seinem Interesse sein kann (vgl. Bertschi/Plüss, in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 2014, Vorbemerkungen zu §§ 4-31 N 50 ff., siehe auch Art. 125 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zivilprozessordnung; SR 272, ZPO, und N. J. Frei, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 125 N 15 ff.). Die Vereinigung erfolgt von Amtes wegen, weshalb offenbleiben kann, ob die entsprechenden Anträge der Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 (B 2016/21 act. 24, S. 2 Ziff. II/2, B 2016/22, act. 15, S. 2 Ziff. I/1) verspätet erfolgt sind (B 2016/21 act. 26, S. 3 Ziff. III/2, B 2016/22 act. 18, S. 17 Ziff. IV/8).

### **E. 2**

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59 bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Die Beschwerdeführer sind zur Ergreifung des Rechtsmittels berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer 1 und 2 (B 2016/21 act. 5, S. 23, Ziff. III/8c) kann dem Beschwerdeführer 3 nicht vorgehalten werden, die Beschwerde rechtsmissbräuchlich einzig wegen geldwerter Interessen oder für das Aushandeln eines Näherbaurechtes erhoben zu haben (vgl. VerwGE B 2014/27 vom 30. Juni 2015 E. 2.1,

www.gerichte.sg.ch, und B 2016/21 act. 18, S. 39 Ziff. III/20e). Die Beschwerdeeingaben vom 26. und 27. Januar 2016 (je act. 1) erfolgten rechtzeitig und erfüllen zusammen mit den Ergänzungen vom 19. und 22. Februar 2016 (act. 5 resp. 6) formal und inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Von der Rückweisung der Beschwerdeergänzungen und der weiteren Eingaben wegen Weitschweifigkeit wird abgesehen (Art. 36 VRP; BGer 2C\_676/2017 vom 20. März 2018 E. 3.2 mit Hinweisen und VerwGE B 2014/106 vom 23. Januar 2015 E. 3, www.gerichte.sg.ch). Auf die Beschwerden ist somit grundsätzlich einzutreten. Nicht einzutreten ist auf das Begehren des Beschwerdeführers 3, die Verfügung der Beschwerdebeteiligten vom 11. Juni 2015 sei vollumfänglich aufzuheben (B 2016/22 act. 1 Ziff. I/2). Diese ist durch den angefochtenen Rekursentscheid ersetzt worden (Devolutiveffekt) und gilt als inhaltlich mitangefochten (vgl. BGer 1C\_475/2016 vom 7. April 2017 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 134 II 142 E. 1.4). Offenbleiben kann, ob die Ausführungen des Beschwerdeführers/-gegners 3 im Oktober und Dezember 2017 zuzulassen sind (Antrag der Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 vom 15. Januar 2018, B 2016/21 act. 51, S. 3 Ziff. 3), soweit sie über das eigentliche Ausstandsbegehren und den (abgesagten) Verständigungsversuch (B 2016/21 act. 41) hinausgehen. Ungeachtet dessen, dass das Verwaltungsgericht in Abweichung des in Art. 61 Abs. 3 VRP statuierten Novenverbots echte Noven zu berücksichtigen hat, falls die Vorinstanz des Verwaltungsgerichts, wie hier, keine richterliche Behörde ist (vgl. Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101, EMRK, Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101, BV, und Art. 110 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110, BGG, sowie VerwGE B 2015/6 vom 23. August 2016 E. 4.2 mit Hinweis auf VerwGE B 2013/254 vom 28. Juli 2015 E. 4.2 mit Hinweisen, bestätigt mit BGer 2C\_980/2016 vom 7. März 2017, www.gerichte.sg.ch), enthalten diese Ausführungen, soweit sie ausserhalb von prozessualen oder richterlichen Fristen eingereicht wurden, keine zusätzlichen für den Entscheid wesentlichen (tatsächlichen) Vorbringen (VerwGE B 2015/292 vom 23. Februar 2017 E. 1 Abs. 3 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch). Die Verweise der Beschwerdeführer 1 und 2 im Verfahren B 2016/21 auf ihre Eingaben im Verfahren B 2016/22 sind aufgrund der Verfahrensvereinigung ohne Weiteres zulässig (B 2016/21 act. 26, S. 4 Ziff. IV/1, vgl. hierzu VerwGE B 2016/105 vom 22. März 2018 E. 1 mit Hinweisen in FN 6). Nachdem der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts in den Ausstand getreten ist (act. 41 resp. 35), ist das Ausstandsbegehren des Beschwerdeführers/-gegners 3 (act. 39 bzw. 33) gegenstandslos (Art. 64 in Verbindung mit Art. 57 Abs. 1 VRP, siehe hierzu auch BGer 2C\_674/2017 vom 14. August 2017 E. 2.1-2.3 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Der erstinstanzliche Entscheid der Beschwerdebeteiligten erging am 11. Juni 2015 (siehe act. 8/14/VAG/60) und damit vor Inkrafttreten des neuen Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1, PBG) am 1. Oktober 2017 (nGS 2017-049). Auf das vorliegend strittige Wiederherstellungsverfahren bleibt somit das bis 30. September 2017 gültige Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz; nGS 32-47, BauG, in der Fassung vom 1. Januar 2015) anwendbar, soweit das PBG für die für den unrechtmässigen Zustand verantwortliche Person nicht günstiger ist (Art. 159 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 173 PBG, vgl. VerwGE B 2016/38 vom 12. März 2018 E. 7.3, www.gerichte.sg.ch).

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführer 1 und 2 vertreten zunächst die Ansicht (B 2016/21 act. 5, S. 24 f. Ziff. III/10), die Beschwerdeführerin 2 müsse sich die Feststellungen der Gerichte im vorangegangenen Verfahren nicht entgegenhalten lassen.

#### **E. 4.1**

Nicht umstritten ist, dass die Feststellungen des Verwaltungsgerichts im Entscheid VerwGE B 2011/17 vom 12. April 2012 und des Bundesgerichts im Urteil BGer 1C\_272/2012 vom 22. Januar 2013 für den Beschwerdeführer 1 verbindlich sind und die Beschwerdeführerin 2 nebst ihrem Ehemann zu Recht in das vorliegenden Verfahren miteinbezogen wurde. Überdies ist aktenkundig, dass die Beschwerdeführerin 2, welche seit 10. März 1998 Miteigentümerin der Parzelle Nr. 00\_\_ ist, am 17. Juli 1997 als Baugesuchstellerin in Erscheinung trat (act. 8/14/BA/2), dementsprechend von der Beschwerdebeteiligten am 30. Januar 2007 zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands aufgefordert (act. 8/14/BA/38) und von dieser dafür mit Verfügung vom 8. Juli 2010 (act. 8/14/BA/69) ins Recht gefasst wurde. Auch wurde sie von der Vorinstanz mit Anordnung vom 10. August 2010 am Rekursverfahren betreffend die Verfügung vom 8. Juli 2010 beteiligt (act. 8/14/BA/72). Bei dieser Sachlage entbehrt die Behauptung der Beschwerdeführer 1 und 2, sie habe „zwar Kenntnis vom anhängigen Verfahren gegenüber ihrem Gatten“ gehabt, „sich mangels Parteistellung aber nicht als betroffen“ erachtet und „dem Verfahren für sie entsprechend keine weitere Bedeutung“ zugemessen, jeglicher Grundlage.

#### **E. 4.2**

Zu prüfen bleibt, wie es sich mit dem Umstand verhält, dass die Vorinstanz den Rekursentscheid vom 7. Januar 2011 (act. 8/14/VAG/40j) entgegen ihrer Anordnung vom 10. August 2010 lediglich dem Beschwerdeführer 1 eröffnete, wobei sie offenbar nicht davon ausging, dass der Beschwerdeführer 1 die Beschwerdeführerin 2 (stillschweigend) vertreten würde (vgl. hierzu auch Art. 166 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR 210, ZGB), wie er dies im Baubewilligungsverfahren im Jahr 1997 getan hatte. Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig (vgl. BGE 137 I 273 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine Verfügung, die überhaupt nicht eröffnet worden ist, vermag keinerlei Rechtswirkungen zu entfalten (vgl. BGer 2C\_139/2016 vom 14. Juni 2016 E. 3.5 mit zahlreichen Hinweisen). Nach dem verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV wird von den Privaten eine angemessene Sorgfalt und Umsicht erwartet. Die Beteiligten haben das Zumutbare zur Abwendung eines Nachteils vorzukehren. Die Berufung auf Formmängel findet ihre Grenzen am Grundsatz von Treu und Glauben, der Behörden und Privaten gleichermaßen rechtsmissbräuchliches und widersprüchliches Verhalten verbietet. Demgemäss ist im Rahmen zumutbarer prozessualer Sorgfaltspflicht ein festgestellter Verfahrensmangel unverzüglich anzuzeigen (vgl. VerwGE B 2015/309 vom 26. April 2017 E. 4.3 Abs. 2 mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Zunächst ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführern 1 und 2 auch nicht gerügt, dass der Rekursentscheid vom 7. Januar 2011 wegen der fehlerhaften Eröffnung nichtig wäre (vgl. hierzu BGer 5A\_44/2016 vom 25. April 2016 E. 2.3 mit Hinweisen). Sodann behaupten die Beschwerdeführer 1 und 2 nicht, dass die Beschwerdeführerin 2 von der Verfügung vom 8. Juli 2010, der verfahrensleitenden Anordnung der Vorinstanz vom 10. August 2010 und dem, allerdings nur ihrem Ehemann eröffneten, Rekursentscheid vom 7. Januar 2011 keine Kenntnis hatte, zumal sie bereits damals im gleichen Haushalt lebten. Dies hätte die

Beschwerdeführerin 2 nach der Beschwerdeerhebung durch den Beschwerdeführer 3 am 21. Januar 2011, über welche ihr Ehemann vom Verwaltungsgericht am 25. Januar 2011 unterrichtet wurde, nach Treu und Glauben veranlassen müssen, von sich aus unverzüglich die nötigen näheren Aufschlüsse zur fehlerhaften Eröffnung des Rekursentscheides vom 7. Januar 2011 bei der Vorinstanz einzuholen und das Verwaltungsgericht – spätestens nach Ansetzung der Vernehmlassungsfrist an ihren Ehemann am 24. Februar 2011 – auf diesen Formmangel hinzuweisen (B 2011/17 act. 1, 5 und 13). Sie blieb jedoch untätig. Damit nahm sie bewusst in Kauf, dass sie das Verwaltungs- und später das Bundesgericht aufgrund der mangelhaften Eröffnung des Rekursentscheides vom 7. Januar 2011 nicht am Verfahren beteiligten. Wie die Vorinstanz in Erwägung 5.3 des angefochtenen Entscheids (B 2016/22 act. 3, S. 15 f.) im Ergebnis überzeugend dargetan hat, muss sie sich unter diesen Umständen die Feststellungen des Verwaltungs- und des Bundesgerichts in den Entscheiden vom 12. April 2012 und 22. Januar 2013 anrechnen lassen. Diese sind auch für sie bindend (vgl. dazu auch die zutreffenden Ausführungen in der Beschwerdeantwort vom 13. Mai 2016, B 2016/21 act. 18, S. 39-41 Ziff. III/B/22, und der Duplik vom 13. Juli 2016, B 2016/21 act. 26, S. 17 f. Ziff. IV/).

## **E. 5**

Die Beschwerdeführer 1 und 2 rügen weiter (B 2016/21 act. 1, S. 2 f. Ziff. II/4a, act. 5, S. 3 f. Ziff. III/5, act. 24, S. 10 f. Ziff. IV/15), die Vorinstanz habe ihnen keine Gelegenheit gegeben, eine Duplik einzureichen.

### **E. 5.1**

Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, siehe auch Art. 4 lit. c der Verfassung des Kantons St. Gallen, sGS 111.1, KV, und Art. 53 und Art. 58 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 15 VRP) ergibt sich im verwaltungsinternen Rekursverfahren das Recht der Verfahrensbeteiligten, zu jeder Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (vgl. VerwGE B 2015/74 vom 28. März 2017 E. 4.2 mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Zur Gewährleistung dieses Rechts kann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden, welcher allerdings nicht zwingend vollständig durchgeführt werden muss (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 953), oder den Parteien Frist für eine allfällige Stellungnahme angesetzt werden. Die Behörde oder das Gericht können Eingaben aber auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wenn von den Parteien erwartet werden kann, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nehmen oder eine Stellungnahme beantragen, was namentlich bei anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen regelmässig der Fall ist. Eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung erhält und dazu Stellung nehmen will, hat dies umgehend zu tun oder zumindest zu beantragen. Andernfalls wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet. Die Behörde und das Gericht haben demnach bei dieser Vorgehensweise mit der Entscheidfällung so lange zuzuwarten, bis man annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet. Insoweit bejaht die Rechtsprechung in aller Regel eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wenn nur innert weniger Tage nach Mitteilung der Eingabe entschieden wird (vgl. VerwGE B 2013/37 vom 11. März 2014 E. 2.2, 2.4 und 2.4.2 f. und VerwGE B 2016/2 vom 20. Januar 2017 E. 1.2.3 je mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

### **E. 5.2**

Am 22. Dezember 2015 stellte die Vorinstanz den Beschwerdeführern 1 und 2 die Vernehmlassung des Beschwerdeführers 3 vom 15. Dezember 2015 zur Kenntnisnahme zu und kündigte den Erlass des Rekursentscheids an (B 2016/21 act. 8/13, 23 f.). Diese verfahrensleitende Anordnung ging dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer 1 und 2 eigenen Angaben zufolge am 23. Dezember 2015 zu (act. 24, S. 11). Er unterliess es indessen, umgehend um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zu ersuchen, obgleich ihm bekannt sein musste, dass die Gerichtsferien (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 1 VRP und Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) im Rekursverfahren vor Departementen nicht gelten (vgl. VerwGE B 2013/124 vom 8. November 2013 E. 3.6 mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Unter diesen Umständen kann der Vorinstanz keine Gehörsverletzung vorgeworfen werden, indem sie den Rekursentscheid am 13. Januar 2016 und damit über 20 Tage nach der Ankündigung eröffnete (vgl. hierzu auch B 2016/21 act. 7 Ziff. II, act. 18, S. 3 f. Ziff. III/B/1, S. 21 Ziff. III/B/7, act. 26, S. 16 f. Ziff. IV/11). Nicht die Verfahrensleitung ist dafür verantwortlich, dass erforderliche Stellungnahmen erfolgen, sondern die (anwaltschaftlich vertretenen) Parteien (vgl. M. Lanter, Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, in: ZBl 113/2012, S. 167 ff., S. 174).

## **E. 6**

Ob die Beschwerdebeteiligte den Anspruch des Beschwerdeführers 3 auf ein faires Verfahren (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 7 VRP sowie BGer 2C\_807/2015 vom E. 2.1.1 und VerwGE B 2013/166 vom 4. Dezember 2014 E. 2.2 ff. je mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 140 I 326, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)) und auf rechtliches Gehör (vgl. dazu Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 4 lit. c KV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, insbesondere Art. 16 VRP und BGer 2C\_444/2017 vom 19. Februar 2018 E. 4.3 mit Hinweisen [verfahrensrechtlicher Anspruch auf Akteneinsicht], Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP sowie BGer 2C\_961/2017 vom 21. Februar 2018 E. 3.1, BGer 1C\_353/2017 vom 10. Januar 2018 E. 3.2, BGer 8C\_606/2017 vom 7. November 2017 E. 3.2 und VerwGE B 2015/309 vom 26. April 2017 E. 2.1 je mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch) [Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör], BGer 1C\_154/2017 vom 1. November 2017 E. 2.1 mit Hinweisen, siehe auch B 2016/22 act. 15, S. 8 f. Ziff. III/B/12 f. [Anspruch auf vorgängige Anhörung zur vorgesehenen rechtlichen Begründung], und BGer 1C\_254/2017 vom 5. Januar 2018 E. 2.5 und VerwGE B 2016/229 vom 26. April 2018 E. 2.3 je mit Hinweisen [allfällige Heilung einer Gehörsverletzung]) seiner Darstellung gemäss (B 2016/22, act. 6, S. 57-61, Ziff. III/B/5, act. 18, S. 19-21 Ziff. IV/11 f.) im erstinstanzlichen Verfahren mehrfach verletzt hat, braucht nicht abschliessend erörtert zu werden, da seine Beschwerde bereits aus anderen Gründen gutzuheissen ist, wie zu sehen sein wird.

## **E. 7**

Die Beschwerdeführer 1 bis 3 halten sodann übereinstimmend dafür (B 2016/21 act. 1, S. 3 Ziff. II/4c, act. 5, S. 19 Ziff. III/7a, act. 18, S. 19 Ziff. III/B/3, B 2016/22 act. 6, S. 50 Ziff. III/B/4.1, act. 15, S. 6 Ziff. III/B/10a, act. 18, S. 16 f. Ziff. IV/7), die Vorinstanz habe zu zwei entscheiderelevanten Punkten, nämlich zum angeblich in das Grundstück des Beschwerdegegners 3 hineinragenden Mauerfuss und zum Abstand der Mauer von der Grundstücksgrenze, keine Stellung bezogen.

### **E. 7.1**

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Es genügt dabei, wenn die Begründung implizit erfolgt (vgl. BGer 8C\_606/2017 vom 7. November 2017 E. 3.2 mit Hinweisen).

## **E. 7.2**

In Sachverhalt lit. C-E/a des angefochtenen Entscheids (B 2016/22 act. 3, S. 8-10) berücksichtigte die Vorinstanz die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der Frage, ob die vorliegend strittige Stützmauer auf das Grundstück Nr. 01\_\_ rage. In Erwägung 6 (S. 16-20) ging sie jedoch nicht mehr darauf ein. Damit brachte sie implizit zum Ausdruck, dass eine allfällige Grenz(abstands)verletzung ihrer Meinung nach für die Frage der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht weiter von Belang ist. Die Beschwerdeführer vermochten diesen Entscheid durchaus sachgerecht anzufechten (vgl. B 2016/21 act. 5, S. 19-21 Ziff. III/7b f., act. 18, S. 34-38 Ziff. III/B/19, und B 2016/22 act. 1, S. 2 Ziff. I/1 – „als dass die Nichteinhaltung des Grenzabstandes sowie die Überschreitung der Grenze nicht zu korrigieren seien“ –, act. 6, S. 50-56 Ziff. III/B/4, act. 15, S. 6-8 Ziff. III/B/10b f.). Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid insoweit hinreichend.

## **E. 8**

Die Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 stellen die Beweisanträge (B 2016/21 act. 5, S. 2 Ziff. I/5, S. 8 Ziff. III/6f/bb, S. 15-18 Ziff. III/6h, 6i/aa, 6i/cc, S. 20 f. Ziff. III/7b f., S. 23-26 Ziff. III/8b und 10 f., act. 24, S. 3 Ziff. II/5, S. 5-10 Ziff. III/8 f. und 11-14, act. 51, S. 2 f. Ziff. 2 f., B 2016/22 act. 15, S. 4 Ziff. III/A/7a), es sei ein Augenschein mit Verständigungsversuch durchzuführen. Es seien K.\_\_ und Dr. L.\_\_ als Sachverständige/sachverständige Zeugen sowie D.\_\_, M.\_\_ und O.\_\_ als Zeugen zu befragen. Es seien Expertisen zur effektiven Ausführung des Mauerverlaufs, zur Richtigkeit der von der Q.\_\_ AG vorgenommenen Prüfungen, zur in den Projektplänen angegebenen Null-Ebene, zur geologischen Stellungnahme von Dr. L.\_\_ vom 12. Februar 2015, zur Lagerung von Bauaushub auf Parzelle Nr. 01\_\_ sowie zur Frosttiefe und eine Amtsauskunft des Bauamtes X.\_\_ einzuholen. Es sei das Baureglement der Politischen Gemeinde X.\_\_ vom 23. Januar 2004 mit Nachträgen und die Baubewilligung Nr. 32/2009 mitsamt der zugehörigen Akten inklusive der Baugesuchsakten aus dem Jahr 1999 beizuziehen. Der Beschwerdegegner/-führer 3 beantragt eine Parteibefragung (B 2016/21 act. 39, S. 18 und 20 Ziff. III/B/28 f.). Auf die beantragten prozessualen Vorkehren kann verzichtet werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse ergeben sich aus den Verfahrensakten (vgl. dazu BGer 8C\_649/2017 vom 4. Januar 2018 E. 7.6.2 mit Hinweisen). Ein geeigneter Fall für eine gütliche Verständigung liegt nicht vor (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 54 VRP, VerwGE B 2016/217 vom 13. Februar 2018 E. 3 mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch), sowie die Absage des Verständigungsversuchs vom 7. November 2017, B 2016/21 act. 41). Offenbleiben kann bei diesem Ergebnis, ob die Beweisanträge der Beschwerdeführer 1 und 2 verspätet erfolgt sind (vgl. B 2016/21 act. 18, S. 20 Ziff. III/B/5, S. 41 Ziff. III/B/23, act. 26, S. 14 Ziff. IV/8, act. 35 resp. 29, act. 36 resp. 30 Ziff. 2, act. 54 resp. 49).

## **E. 9**

Die zuständige Gemeindebehörde kann 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 (Art. 130 Abs. 2 BauG). Voraussetzung der Zulässigkeit einer Abbruchverfügung ist in jedem Fall die formelle und materielle Rechtswidrigkeit der Baute. Ist eine Baute formell illegal und somit ohne Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung erstellt worden, vermag dies allein eine Abbruchverfügung noch nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist in der Regel zu prüfen, ob aufgrund des geltenden materiellen Baupolizeirechts eine ordentliche Baubewilligung (Art. 87 Abs. 1 BauG) oder eine Ausnahmbewilligung (Art. 77 BauG) erteilt werden kann (siehe auch Art. 159 Abs. 1 lit. c PBG). Können Bauten und Anlagen aufgrund materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden, sind für einen allfälligen Abbruch die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts zu berücksichtigen, wozu insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) zu zählen ist (vgl. VerwGE B 2013/97 vom 23. Januar 2015 E. 2 mit Hinweis auf GVP 2009 Nr. 26, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

### **E. 9.1**

Laut Erwägung 2.2 des Urteils des Bundesgerichts BGer 1C\_272/2012 vom 22. Januar 2013 stand am Anfang des vorangegangenen Verfahrens der Antrag des Beschwerdeführers/-gegners 3, die behaupteten Mängel der Stützmauer auf Parzelle Nr. 00\_\_ seien zu beseitigen. Das Verwaltungsgericht habe es bei einem Feststellungsentscheid belassen, mit dem es im Sinne des Beschwerdeführers/-gegners 3 die Differenzen zwischen Bauausführung und -bewilligung bestätigt habe. Das weitere Vorgehen habe es offengelassen, ohne die Sache förmlich an die Beschwerdebeteiligte zurückzuweisen. Das Feststellungsverfahren sei damit abgeschlossen, womit ein Endentscheid unabhängig davon vorliege, ob die Streitsache als Ganzes erledigt sei oder nicht. Die verwaltungsgerichtlichen Feststellungen blieben nämlich für die unteren Instanzen verbindlich, falls sie rechtskräftig würden, und könnten vom Beschwerdeführer/-gegner 1 später nicht mehr angefochten werden. Das Verwaltungsgericht stellte in Dispositiv-Ziff. 1 Abs. 2 des Entscheids VerwGE B 2011/17 vom 12. April 2012 (fortan: Entscheid) fest, die Baubewilligung vom 12. November 1998 sei unter dem Vorbehalt erteilt worden, dass die Stützmauer auf dem Grundstück Nr. 00\_\_ die Parzelle Nr. 01\_\_ nicht tangiere. Auch habe der Gemeinderat X.\_\_ die Mauer mit einer Höhe von insgesamt 2.20 m ab dem auf dem Plan mit den Querprofilen vom 2. Oktober 1998 abgebildeten Terrainverlauf unter der Voraussetzung bewilligt, dass ein Satz Steine mit einer Höhe von 0.70 m bis 0.80 m um 0.60 m zurückversetzt werde. In Erwägung 4.1 bis 5 (S. 16-22) führte es dazu aus, die Blocksteinmauer samt Hinterfüllung und Maschendrahtzaun sei zum Zeitpunkt, als das nachträgliche Baubewilligungsverfahren im Jahr 1998 eingeleitet worden sei, bereits erstellt gewesen (E. 4.1). Die Mauerhöhen gemäss Umgebungsplan vom 2. Oktober 1998 wichen von denjenigen gemäss dem Plan mit den Querprofilen vom 2. Oktober 1998 ab (E. 4.3 bis 4.5). Die Rückversetzung habe auf der gesamten Länge der Mauer zu erfolgen (E. 4.5). Die Mauer sei zwischen 3.90 m (gemessen am Grenzpunkt in der südwestlichen Grundstücksecke) und 2.74 m (gemessen am Grenzpunkt in der südöstlichen Grundstücksecke) hoch (E. 4.6). Die Mauer entspreche der Baubewilligung vom 12. November 1998 nicht (E. 5). Es werde Sache des Gemeinderates der Beschwerdebeteiligten sein, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der

Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben über die Herstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden (E. 5). Vorweg stellt sich die Frage, ob diese Erwägungen an der Rechtskraft des Dispositivs des Entscheids teilhaben.

### **E. 9.2**

Grundsätzlich erwächst der Entscheid nur in jener Form in Rechtskraft, wie er im Dispositiv zum Ausdruck kommt (vgl. BGer 8C\_824/2017 vom 27. März 2018 E. 2.2 mit Hinweisen). Bei einem Widerspruch zwischen Dispositiv und Erwägungen oder unklarem Wortlaut ist der Entscheid nach seinem tatsächlichen Bedeutungsgehalt zu verstehen (vgl. Weissenberger/Hirzel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 61 Rz. 44, BVR 2016, S. 237 ff., S. 241 E. 4.1 mit Hinweisen, anders: Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.185). Das Dispositiv ist nach Treu und Glauben auszulegen (vgl. BGer 8C\_652/2016 vom 21. Februar 2017 E. 4.3 mit Hinweisen, allerdings in Bezug auf Verfügungen). Die Erwägungen haben auch bei fehlendem ausdrücklichem Hinweis im Dispositiv an dessen Rechtskraft teil, soweit dies für die Ermittlung des Sinns des Dispositivs und des ganzen Entscheids erforderlich ist (vgl. M. Donatsch, in: A. Griffel [Hrsg.], a.a.O., § 65 Rz. 16). Gemäss dem Wortlaut von Dispositiv-Ziff. 1 Abs. 2 des Entscheids bleibt unklar, inwiefern die strittige Mauer von der Baubewilligung vom 12. November 1998 abweicht. Für die Ermittlung des Sinns des Dispositivs und des ganzen Entscheids ist die Beantwortung dieser Frage indessen erforderlich. Nach Treu und Glauben können die Feststellungen in Ziff. 1 Abs. 2 des Dispositivs demnach nicht losgelöst von den Überlegungen in Erwägung 4.1 bis 5 betrachtet werden. Demzufolge sind die Erwägungen 4.1 bis 5 des Entscheids für die Behörden, das Verwaltungsgericht und die Verfahrensbeteiligten verbindlich. Die Beschwerdebeteiligte, die sich erneut mit der Sache auseinandersetzen hatte, hätte deshalb ihrer Verfügung vom 11. Juni 2015 die Feststellungen in Ziff. 1 Abs. 2 des Dispositivs des Entscheids unter Berücksichtigung der Erwägungen 4.1 bis 5 zugrunde legen müssen, selbst wenn im Dispositiv nicht ausdrücklich auf die Erwägungen verwiesen wird (vgl. VerwGE B 2016/40 vom 22. November 2017 E. 6.1, BGer 1C\_70/2016 vom 4. August 2016 E. 2.2 und BGer 1C\_57/2015 vom 22. Januar 2016 in BGE 142 II 20 nicht publizierte E. 2.2 je mit Hinweisen, allerdings in Bezug auf einen formellen Rückweisungsentscheid nach Art. 56 Abs. 2 VRP, siehe demgegenüber die Argumentation der Beschwerdeführer 1 und 2, B 2016/21 act. 5, S. 8-18 Ziff. III/6f-6j).

### **E. 9.3**

Unter Berücksichtigung der Erwägungen 4.1 bis 5 lässt sich aus dem besagten Entscheid (vgl. E. 5) vorab ableiten, dass das Verwaltungsgericht davon absah, die Sache zur nochmaligen Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens an die Beschwerdebeteiligte zurückzuweisen. Damit ist nurmehr über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, d.h. darüber, ob die Mauer auf Parzelle Nr. 00\_\_ gestützt auf Art. 130 Abs. 2 BauG teilweise zurückgebaut werden muss, zu befinden (vgl. hierzu auch Schreiben der Vorinstanz vom 29. Oktober 2014, B 2016/22 act. 7/5). Dieses Vorgehen drängte sich insofern auf, als auf die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens ausnahmsweise verzichtet werden konnte (vgl. zum Verzicht auf ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren VerwGE B 2001/75 vom 18. April 2002 E. 2b, B. Waldmann, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], öffentliches Baurecht, Zürich 2016, Rz. 6.7, mit Hinweis auf BGer 1C\_427/2014 vom 25. März 2015 E. 5.2, und

B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1208). Zum einen darf eine Baubewilligung nur mit Nebenbestimmungen verbunden werden (Art. 87 Abs. 2 BauG), mittels welcher Hindernisse von untergeordneter Bedeutung beseitigt werden (vgl. VerwGE B 2015/14 vom 20. Januar 2017 E. 13.1 mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Die Einhaltung der vorgeschriebene Höhe und des Grenzabstands für (hinterfüllte) Stützmauern stellt kein solch untergeordnetes Bauhindernis, sondern eine Grundvoraussetzung für die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens dar. Diesbezügliche Auflagen sind unzulässig. Zum anderen ist nicht erkennbar, inwiefern vorliegend ein Ausnahmetatbestand von Art. 77 BauG erfüllt sein sollte (vgl. VerwGE B 2006/42-44 vom 14. September 2006 E. 2a mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch), anders: Baubewilligungen vom 2. Oktober 1997 und 12. November 1998, B 2016/21 act. 8/14/BA/15 und 33). Eine nachträgliche Bewilligung der über 1.80 m hohen (vgl. hierzu E. 9.6 hiernach) und damit baureglementswidrigen hinterfüllten Stützmauer (vgl. Art. 28 Abs. 3 des Baureglements der Politischen Gemeinde X. vom 29. März 1988 resp. Art. 18 Abs. 3 f. des Baureglements vom 23. Januar 2004, aBauR, act. 8/7/59 f., bzw. Art. 21 Abs. 4 f. BauR) konnte somit offensichtlich nicht erteilt werden (vgl. zum kommunalen Übergangsrecht Art. 44 Abs. 1 aBauR und Art. 48 Abs. 1 BauR). Damit konnte auch dahingestellt bleiben, ob die Baubewilligung vom 12. November 1998 ursprünglich fehlerhaft war. Dasselbe gilt auch für den unbewilligten Maschendrahtzaun auf der strittigen Mauer (vgl. zutreffende Ausführungen des Beschwerdeführers 3 B 2016/22 act. 6, S. 47-49 Ziff. III/B/3, act. 18, S. 18 f. Ziff. IV/10). Dieser bereits vor Erlass der nachträglichen Baubewilligung vom 12. November 1998 erstellte Zaun auf Parzelle Nr. 00\_\_ ist als funktionaler Teil der strittigen Stützmauer baubewilligungspflichtig (vgl. Art. 45 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 des Baureglements der Politischen Gemeinde X. vom 30. April 2014, BauR, [www. ... .ch](http://www...ch), in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 RPG und Art. 78 Abs. 1 und Abs. 2 lit. f BauG, siehe auch Art. 136 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c PBG, vgl. hierzu auch Juristische Mitteilungen des Baudepartements 2000/IV/46, S. 20 f., und VerwGE B 2015/160 vom 30. Mai 2017 E. 4.2.1, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Die Feststellung der Vorinstanz in Erwägung 2.3 des angefochtenen Entscheids (B 2016/22 act. 3, S. 11), wonach der Zaun nicht Gegenstand des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens im Jahr 1998 war, ist zwar zutreffend. Entgegen der Einschätzung der Vorinstanz kann dieser Zaun als funktionaler Teil der strittigen Mauer nach dem Gesagten nachträglich jedoch offensichtlich nicht bewilligt werden. Damit trat die Vorinstanz zu Unrecht auf die Frage, ob der Zaun im Rahmen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu beseitigen oder zu versetzen ist, nicht ein (vgl. hierzu auch B 2016/22 act. 15, S. 8 Ziff. III/B/11).

#### **E. 9.4**

Die Beschwerdeführer 1 und 2 stellen sich auf den Standpunkt (B 2016/21 act. 1, S. 3 Ziff. II/4b, act. 5, S. 4-23 Ziff. III/6, 7b, 7c und 8, act. 24, S. 4-11 Ziff. III/6-11, 13 f. und Ziff. VI/17, B 2016/22 act. 15, S. 3-8 Ziff. III/4-9, 10b f.), Anordnungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands seien unverhältnismässig. Die strittige Stützmauer sei mit Ausnahme des äussersten südwestlichen Bereichs, wo sie 2.20 m hoch sei, auf der ganzen Länge nirgends höher als 1.80 m. Sie rage nirgends, weder oberhalb noch unterhalb des gewachsenen Terrains, in das Grundstück des Beschwerdegegners 3 hinein. Auch halte sie einen Grenzabstand von mindestens 0.09 m ein. Wegen der Verweigerungshaltung des Beschwerdegegners 3 rechtfertigte es sich, direkt und allein auf die Sachverhaltelemente und Beweise abzustellen, wie sie im Recht lägen. Der Beschwerdeführer/-gegner 3 hält im Wesentlichen dafür, dass keine weiteren Abklärungen zur

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands getroffen werden müssten. Ein Rückbau der Mauer sei verhältnismässig (B 2016/21 act. 18, S. 5-19 Ziff. III/B/2, S. 21-39 Ziff. III/B/8-20, act. 26, S. 4-16 Ziff. IV/2-7, 9 f., S. 18 Ziff. IV/13, act. 35 bzw. 29 Ziff. 1, 6, 9 f., act. 36 bzw. 30 Ziff. 3 und 5, act. 39 bzw. 33, S. 30-32 Ziff. III/C/41, act. 42 bzw. 36 Ziff. 2 f., act. 47 bzw. 42, Ziff. III, act. 54 bzw. 49, B 2016/22 act. 6, S. 22-46 Ziff. III/B/1 f., S. 50-56 Ziff. III/B/4, S. 61-64 Ziff. III/B/6 f., act. 18, S. 4-18 Ziff. IV/1-6, 9, S. 22-25 Ziff. IV/15, act. 20).

### **E. 9.5**

Vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit hält ein Grundrechtseingriff 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. Ein Wiederherstellungsbefehl erweist sich dann als unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch die Wiederherstellung entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Grundsätzlich kann sich auch der Bauherr, der nicht gutgläubig gehandelt hat, gegenüber einem Abbruch- oder Wiederherstellungsbefehl auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Er muss indessen in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (vgl. BGer 1C\_406/2012 vom 5. Februar 2013 E. 3.3 mit zahlreichen Hinweisen, insbesondere auf BGer 1P.708/2006; 1P.710/2006 vom 13. April 2007 E. 5.1, in: ZBl 109/2008, S. 100 f., und M. R. Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 153 ff., siehe zur Verwirkungsfrist auch BGer 1C\_533/2015 vom 6. Januar 2016 E. 3 mit Hinweisen).

### **E. 9.6**

Zunächst ergibt sich aus dem Entscheid (vgl. E. 5) zum einen, dass den Beschwerdeführer 1 und 2 nicht gefolgt werden kann, soweit sie die Auffassung vertreten (B 2016/21 act. 5, S. 5-18, Ziff. III/6e-6j), die Stützmauer weiche von der Baubewilligung vom 12. November 1998 (B 2016/21 act. 8/14/BA/30 und 33) nicht ab. Zum anderen stösst das Ansinnen des Beschwerdeführers/-gegners 3 (B 2016/21 act. 18, S. 36-38 Ziff. III/B/19.2, act. 42, S. 3 Ziff. 2d, act. 47 Ziff. 4.2, B 2016/22 act. 6, S. 52 f. Ziff. III/B/4.4 f.), die Mauer müsse gegenüber der Parzelle Nr. 01\_\_ einen Grenzabstand von 0.50 m einhalten, von vornherein ins Leere. Nach Dispositiv-Ziff. 1 Abs. 2 Satz 1 des Entscheids darf die Mauer das Grundstück Nr. 01\_\_ nicht tangieren. Die Stützmauer darf aber gemäss den am 12. November 1998 bewilligten Plänen (vgl. insbesondere Querprofile A-D), mit welchen sich der Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers/-gegners 3 am 23. Oktober 1998 einverstanden erklärte (B 2016/21 act. 8/14/BA/30), bis an die Grenze zur Parzelle Nr. 01\_\_ gebaut werden (vgl. hierzu auch E. 4.4 des Urteils BGer 1C\_272/2012 vom 22. Januar 2013). Weiter resultiert aus Dispositiv-Ziff. 1 Abs. 2 und Erwägung 4.3 bis 4.6 des Entscheids gestützt auf die Höhenmessungen der Q.\_\_ AG vom 24. Februar 2010 eine Differenz zwischen der bewilligten und der tatsächlich bestehenden Mauerhöhe von 0.94 m (südöstliche Grundstücksecke) bis 1.70 m (südwestliche Grundstücksecke). Anlass, auf diese Feststellungen im vorangegangenen Verfahren zurückzukommen, besteht nicht (vgl. hierzu BGer 1F\_10/2015 vom 7. Mai 2015 E. 3 sowie VerwGE B 2015/69 vom

11. Juni 2015). Insbesondere ist vorliegend nicht mehr zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht neben dem Umstand, dass der Beschwerdeführer/-gegner 3 vor dem 22. August 2000 (B 2016/22 act. 7/9) das Terrain entlang der Mauer abtragen liess (Sachverhalt lit. B und Erwägung 4.5), auch die zweite Abgrabung im April 2010 (B 2016/21 act. 8/14/VAG/12a/8c f.) berücksichtigte, zumal diese Abgrabungen im Zeitpunkt des Entscheids bereits erfolgt waren. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (vgl. E. 6.4.2 bis 6.5 des angefochtenen Rekursentscheids B 2016/22 act. 3, S. 18-20) rechtfertigt es sich damit nicht, die Sache zur weiteren Ermittlung des früheren gewachsenen Terrains im Bereich des Mauerfusses an die Beschwerdebeteiligte zurückzuweisen. Auch braucht nicht untersucht zu werden, ob gemäss den Beschwerdeführern/-gegnern 1 und 2 die Differenzen zwischen der Null-Ebene und der Oberkante der Mauer die planmässigen Vorgaben einhalten (B 2016/21 act. 24, S. 11 Ziff. IV/17), und ob die Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 mit dem Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers/-gegners 3 eine Aufschüttung an der Südwestecke der Mauer um 0.60 m vereinbart haben (B 2016/21 act. 5, S. 14 Ziff. III/6h). Im Weiteren hat die Vorinstanz in Erwägung 6.4.1 des angefochtenen Rekursentscheids (B 2016/22 act. 3, S. 18) zutreffend ausgeführt, dass die strittige Stützmauer entlang der Grenze zur Parzelle Nr. 01\_\_ nicht auf der gesamten Länge rückversetzt ist. Lediglich im südwestlichen Bereich im Bereich des Grenzpunktes in der südwestlichen Grundstücksecke weist sie eine Rückversetzung auf, wobei unklar ist, ob diese wenigstens 0.60 m beträgt (vgl. B 2016/21 act. 8/14/VAG/12a/7). Ferner geht aus Dispositiv-Ziff. 1 Abs. 2 und Erwägung 4.5 des Entscheids gestützt auf die Aufforderung der Beschwerdebeteiligten vom 30. Januar 2007 (B 2016/21 act. 8/14/BA/38) hervor, dass die Mauer teilweise auf dem Grundstück Nr. 01\_\_ erbaut wurde (vgl. hierzu Fotos des Beschwerdeführers/-gegners 3 aus dem Jahr 2000, B 2016/21 act. 8/14/BA/37 und 41). Auch darauf ist im vorliegenden Verfahren nicht mehr zurückzukommen (vgl. demgegenüber die von den Beschwerdeführern/-gegner 1 und 2 eingereichten Querprofile vom 25. März 2015, B 2016/21 act. 8/14/VAG/33a/13). Die Höhenabweichung um 0.94 m bis 1.70 m und die fehlende Rückversetzung des obersten Satzes Steine mit einer Höhe von 0.70 m bis 0.80 m um 0.60 m kann angesichts der bewilligten Höhe von höchstens 2.20 m und der Lage der Mauer direkt an der Grundstücksgrenze nicht als geringfügig bzw. unbedeutend qualifiziert werden (vgl. hierzu VerwGE B 2006/42-44 vom 14. September 2006 E. 3b/aa, a.a.O., siehe zur von der Beschwerdebeteiligten in der Verfügung vom 11. Juni 2015 aufgeworfenen Frage der Messtoleranz VerwGE B 2011/106 vom 20. März 2012 E. 5.6 mit Hinweis auf BGer 1C\_407/2010 vom 21. Februar 2011 E. 3.3, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch), BGer 1P.52/2002 vom 4. April 2002 E. 3.3 sowie Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 2, Bau- und Umweltrecht, 5. Aufl. 2011, S. 738 f.). Dasselbe gilt auch für die Grenzverletzungen durch einzelne Steine der Mauer, welche gemäss der Aufforderung der Beschwerdebeteiligten vom 30. Januar 2007 bis zu 0.40 m und damit für einen durchschnittlichen Betrachter wahrnehmbar (vgl. hierzu BGer 1C\_126/2013 vom 29. November 2013 E. 5.2.1 und 5.5) auf das Grundstück Nr. 01\_\_ ragen (vgl. hierzu auch C. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 619 FN 13, allerdings in Bezug auf Grenzabstandsunterschreitungen). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 nicht gutgläubig waren, sondern bei der Bauausführung eigenmächtig von den am 2. Oktober 1997 bewilligten Plänen abwichen, obschon der Beschwerdeführer/-gegner 1 als Verwaltungsrat der N.\_\_ AG, der S.\_\_ AG sowie der S.\_\_, alle G.\_\_ ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)), über Fachwissen verfügte, welche sich die durch ihn im Baubewilligungsverfahren vertretene

Beschwerdeführerin/-gegnerin 2 anrechnen lassen muss (vgl. BGer 1C\_205/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 5.5 mit Hinweis auf BGE 111 Ib 213 E. 6a). Daran ändert nichts, dass die Beschwerdebeteiligte die von den Beschwerdeführern/-gegner 1 und 2 am 6. Oktober 1998 nachträglich eingereichten Pläne, welche in Bezug auf die Höhenangaben in sich widersprüchlich sind und offensichtlich nicht mit dem tatsächlichen Zustand der Mauer übereinstimmen (vgl. Sachverhalt lit. B und E. 9.1 hiervor), am 12. November 1998 bewilligte. Wie sich dem Bundesgerichtsurteils BGer 1C\_272/2012 vom 22. Januar 2013 sowie dem Entscheid entnehmen lässt (vgl. E. 9.1 hiervor), erfolgte diese Bewilligung unter der Bedingung, dass die Stützmauer die Parzelle Nr. 01\_\_ nicht tangiert und eine Mauerhöhe von maximal 2.20 m eingehalten wird, sowie unter der Auflage, dass ein Satz Steine mit einer Höhe von 0.70 m bis 0.80 m auf der gesamten Länge der Mauer um 0.60 m zurückversetzt wird. Ob es sich dabei um zulässige Nebenbestimmungen handelte resp. die Baubewilligung vom 12. November 1998 ursprünglich fehlerhaft war, kann offenbleiben (vgl. bereits E. 9.3 hiervor). Vor diesem Hintergrund durften die Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 nicht annehmen, die Mauer sei rechtmässig bzw. stehe mit der Baubewilligung vom 12. November 1998 in Einklang. An der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands besteht insbesondere aus präjudiziellen Gründen ein erhebliches öffentliches Interesse. Grundeigentümer, die sich über geltende Vorschriften und Bewilligungen hinwegsetzen, sollen nicht besser gestellt werden als diejenigen, die den vorgeschriebenen Verfahrensweg einschlagen und sich an die entsprechenden Vorschriften halten. Die Einhaltung der Rechtsordnung und die Durchsetzung der Baubewilligungen wären nicht mehr gewährleistet, wenn Abweichungen, selbst wenn sie die nachbarlichen Interessen nicht untragbar beeinträchtigen, toleriert würden. Würde im Streitfall auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet, so wäre inskünftig bei ähnlich gelagerten Verstössen eine Durchsetzung der Bauordnung nicht mehr sichergestellt. Auch im Lichte der rechtsgleichen Behandlung der Grundeigentümer und Baugesuchsteller ist ein strenger Massstab anzulegen, insbesondere in Fällen, in denen nicht gutgläubig gehandelt wurde. Es geht nicht an, wissentlich Bauvorschriften zu missachten und sich anschliessend der Wiederherstellung unter Berufung auf die Kosten zu widersetzen (vgl. VerwGE B 2006/42-44 vom 14. September 2006 E. 3c mit Hinweis, a.a.O.). Diese Kosten sind im vorliegenden Fall aufgrund des fehlenden guten Glaubens nur in geringfügigem Mass zu berücksichtigen. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, die finanziellen Interessen der Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 am Bestand der illegalen Stützmauer bzw. am Verzicht auf die Wiederherstellung höher zu gewichten als das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Bauvorschriften und der Rechtsgleichheit. Damit braucht auch nicht weiter abgeklärt zu werden, welchen prozentualen Anteil an den im Jahr 1997 veranschlagten Baukosten des Gesamtprojekts (Neubau Einfamilienhaus) von CHF 600'000 (vgl. B 2016/21 act. 8/14/BA/2) die Wiederherstellungskosten ausmachen. Auch tut nichts zur Sache, dass die Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 dem Beschwerdegegner 3 angeblich erlaubt haben wollen, ein sowohl formell als auch materiell rechtswidriges Vollgeschoss zu einem Attikageschoss umzunutzen, ohne einen nennenswerten Teil seiner bisherigen Nutzung zu verlieren (vgl. hierzu C. Mäder, a.a.O., Rz. 664). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich daher als verhältnismässig.

## **E. 10**

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde der Beschwerdeführer 1 und 2 abzuweisen. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 3 ist gutzuheissen, soweit darauf

einzutreten ist. Dispositiv-Ziff. 1c und 1d sowie der Passus „im Sinn der Erwägungen“ und der Halbsatz „soweit darauf einzutreten ist“ in Dispositiv-Ziff. 1a des angefochtenen Entscheids sind aufzuheben. Die Beschwerdebeteiligte ist anzuweisen, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme im Sinn der Erwägungen dieses Entscheids (vgl. E. 9.6 hiervor) anzuordnen (vgl. hierzu Art. 159 Abs. 2 PBG). Bei diesem Ergebnis ist die Kostenverlegung der Vorinstanz (Dispositiv-Ziff. 2 f. des angefochtenen Entscheids, B 2016/22 act. 3) nach dem Erfolgsprinzip trotz gegenteiliger Auffassung der Beschwerdeführer 1 und 2 (B 2016/21 act. 1, S. 3 f. Ziff. II/4d, act. 5, S. 23 f. Ziff. III/9) zu bestätigen (vgl. Art. 95 Abs. 1, Art. 98 Abs. 2 und Art. 98 bis VRP sowie das Rechtsbegehren in der Rekursantwort vom 30. Oktober 2015, B 2016/21 act. 8/13, siehe auch die Argumentation des Beschwerdeführers/-gegners 3, B 2016/21 act. 18, S. 19 f. Ziff. III/B/4, S. 39 Ziff. III/B/21, B 2016/22, act. 18, S. 15 f. Ziff. IV/6), zumal den Behörden bei der Kostenverlegung ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt und dem Verwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren die Ermessenskontrolle verwehrt ist (vgl. Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP und VerwGE B 2016/161; 2016/162 vom 15. August 2017 E. 7.1 mit Hinweisen, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Die konkrete Bemessung der Kosten im vorinstanzlichen Verfahren wird von den Beschwerdeführern 1 und 2 anerkannt.

## **E. 11**

Dem Ausgang der Verfahren entsprechend gehen die amtlichen Kosten der Beschwerdeverfahren vollständig zulasten der Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von insgesamt CHF 4'000 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12, GKV). Der von der Beschwerdeführern/-gegner 1 und 2 geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000 wird angerechnet. Dem Beschwerdeführer/-gegner 3 wird der geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000 zurückerstattet. Der Beschwerdeführer/-gegner 3 hat in den Beschwerdeverfahren obsiegt, weshalb ihn die Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 ausseramtlich zu entschädigen haben (Art. 98 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 98 bis VRP). Sein Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung nach Ermessen festzulegen ist (vgl. Art. 30 lit. b Ziff. 1 und Art. 31 Abs. 1 und 2 des Anwaltsgesetzes, sGS 963.70, AnwG, sowie Art. 6 und 19 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, HonO). Eine Entschädigung von CHF 3'500 zuzüglich vier Prozent Barauslagen und 8% Mehrwertsteuer – der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers/-gegners 3 hat die anwaltlichen Leistungen im Wesentlichen vor dem 1. Januar 2018 erbracht – ist angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b, Art. 28 bis und Art. 29 HonO, Ziff. 2.1 der MWST-Info 19 zur Steuersatzänderung per 1. Januar 2018, [www.estv.admin.ch](http://www.estv.admin.ch)). Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht: 1. Die Beschwerdeverfahren B 2016/21 und B 2016/22 werden vereinigt. 2. Die Beschwerde B 2016/21 wird abgewiesen. 3. Die Beschwerde B 2016/22 wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Dispositiv-Ziff. 1c und 1d sowie der Passus „im Sinn der Erwägungen“ und der Halbsatz „soweit darauf einzutreten ist“ in Dispositiv-Ziff. 1a des angefochtenen Entscheids werden aufgehoben. Die Beschwerdebeteiligte wird angewiesen, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme im Sinn der Erwägungen anzuordnen. 4. Die Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 bezahlen die amtlichen Kosten von CHF 4'000. Der von ihnen geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000 wird angerechnet. Dem Beschwerdeführer/-gegner 3 wird der geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000

zurückerstattet. 5. Die Beschwerdeführer/-gegner 1 und 2 entschädigen den Beschwerdeführer/-gegner 3 für die Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit CHF 3'500 zuzüglich vier Prozent Barauslagen und 8% Mehrwertsteuer. Die stellvertretende  
Abteilungspräsidentin Der Gerichtsschreiber Reiter  
Bischofberger

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