



<b>Fall-Nr.:</b>	20-3833
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
<b>Instanz:</b>	Bau- und Umweltdepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	03.02.2021
<b>Entscheiddatum:</b>	20.01.2021

## **BDE 2021 Nr. 5**

**Art. 22 Abs. 1 RPG, Art. 136 Abs. 2 Bst. c PBG, Art. 108 Abs. 2 StrG, Art. 41c Abs. 1 Bst. a und abis GSchV. Das Erstellen einer 1,2 m hohen und 21 m langen Stützmauer entlang einer öffentlichen Strasse ist baubewilligungspflichtig (Erw. 4). Für die Beantwortung der Frage, ob eine Einfriedung oder eine Stützmauer vorliegt, ist es unerheblich, wie hoch die Stützwirkung einer Mauer konkret ist bzw. ob ihr Fundament und ihr Anzug bautechnisch so konzipiert sind, dass sie auch in der Lage ist, die Kräfte aus der Böschung ausreichend aufzunehmen. Es genügt für die Qualifikation als Stützmauer, dass die Mauer hinterfüllt ist und dass bei ihrer Entfernung Erdmaterial abrutschen würde (Erw. 6.3). Ausnahmebewilligungen nach Strassenrecht sind nur zurückhaltend und einzig bei Vorliegen besonderer Verhältnisse zu gewähren (Erw. 7). Als dicht überbaute Gebiete im Sinn von Art. 41c Abs. 1 GSchV gelten insbesondere Kern- oder Zentrumszonen, nicht aber mit Einfamilienhäusern locker überbaute Quartiere mit grossen Gärten und Grünflächen an der äussersten Peripherie einer Gemeinde (Erw. 8.4).**

BDE 2021 Nr. 5 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



20-3833

## Entscheid Nr. 5/2021 vom 20. Januar 2021

\_\_\_\_\_  
Rekurrent

**A.**\_\_\_\_

gegen

\_\_\_\_\_  
Vorinstanz

**Baubewilligungskommission Z.**\_\_\_\_(Beschluss vom 3. April 2020)

\_\_\_\_\_  
Rekursgegner

**B.**\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Betreff

Baugesuch (Stützmauer)

## Sachverhalt

### A.

A.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, ist Eigentümer von Grundstück Nr. 001 an der M.\_\_\_\_strasse in Z.\_\_\_\_. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Z.\_\_\_\_ vom 1. November 1980 in der Wohnzone W2. Auf der Südseite grenzt das Grundstück an die M.\_\_\_\_strasse – eine Gemeindestrasse 2. Klasse – an. Durch das Grundstück Nr. 001 fliesst ein eingedolter Bach.



### B.

a) Im Oktober 2018 erstellte A.\_\_\_\_ entlang der südlichen Grundstücksgrenze eine etwa 1,2 m hohe und 21 m lange Mauer mit Mauersteinen aus Beton.



Zustand vor Erstellung der Mauer (16. Mai 2014)



Zustand nach Erstellung der Mauer (24. August 2020)

- b)** Der Erstellung der Mauer ging eine intensive Korrespondenz mit der Bauberatung der Z.\_\_\_\_ voraus. Es wurde dabei insbesondere thematisiert, ob die geplante Mauer als reine Einfriedung zu werten sei, welche nach Art. 104 Bst. d des Strassengesetzes (sGS 732.1; abgekürzt StrG) lediglich einen Strassenabstand von 0,09 m einzuhalten habe, oder ob der Mauer Stützfunktion zukomme und sie damit als Stützmauer zu qualifizieren sei, welche nach Art. 41 Abs. 2 der Bauordnung der Z.\_\_\_\_ vom 23. Februar 2006 (BauO) einen Strassenabstand von 0,5 m einzuhalten habe. Mit E-Mail vom 15. Oktober 2018 bestätigte ein Mitarbeiter der Bauberatung, dass die Mauer entsprechend den Unterlagen ohne Baugesuch ausgeführt werden dürfe. Die Aufschüttungen dürften dabei jedoch maximal 50 cm ab dem Niveau des Bordsteins, und nicht ab der bestehenden Böschung, betragen.
- c)** Im Frühjahr 2019 stellte Z.\_\_\_\_ fest, dass die Mauer nicht gemäss der Vorgabe der Bauberatung ausgeführt worden war. Sie forderte A.\_\_\_\_ nach erfolglosen Gesprächen dazu auf, nachträglich ein Baugesuch einzureichen.
- d)** Mit Baugesuch vom 2. Mai 2019 (Eingang Gemeinde am 30. Juli 2019) beantragte A.\_\_\_\_ bei der Z.\_\_\_\_ die Baubewilligung für die bereits erstellte Mauer.
- e)** Innert der Auflagefrist vom 6. bis 21. August 2019 erhob der Eigentümer der östlich und nördlich angrenzenden Grundstücke Nrn. 002 und 003, B.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, Einsprache gegen das Bauvorhaben. Er rügte im Wesentlichen die Nichteinhaltung des Strassenabstands.
- f)** Mit E-Mail vom 19. Dezember 2019 teilte man dem Gesuchsteller mit, dass die Baubewilligungskommission aufgrund der negativen Beurteilung des Tiefbauamtes im Fall einer Ablehnung des Gesuchs auch über die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands befinden müsse. Der Gesuchsteller wurde deshalb eingeladen, zur Ermöglichung der Beurteilung der Verhältnismässigkeit eine Kostenschätzung (Offerte) für den Abbruch der Mauer und die Wiederherstellung



des vorherigen Zustands beizubringen. Mit Schreiben vom 18. März 2020 reichte der Gesuchsteller eine Kostenschätzung für den Rückbau ein.

**g)** Mit Beschluss vom 3. April 2020 hiess die Baubewilligungskommission der Z.\_\_\_\_ die Einsprache gegen das Bauvorhaben gut, verweigerte die Baubewilligung für die Stützmauer und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Zur Begründung wurde geltend gemacht, bei der fraglichen Mauer handle es sich um eine Stützmauer, da bei Entfernung der Mauer das sich dahinter befindliche Erdmaterial auf die Strasse abrutschen würde. Entsprechend habe die Mauer nach Art. 41 Abs. 2 BauO einen Strassenabstand von 0,5 m einzuhalten. Diesen Abstand unterschreite die bestehende Mauer um 0,41 m. Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 108 Abs. 2 StrG könne nicht erteilt werden, da für die M.\_\_\_\_strasse kein genügend grosser Lichtraum zur Verfügung stehe und die massive Steinmauer daher die Verkehrssicherheit beim Begegnungsfall von zwei Fahrzeugen beeinträchtigen würde. Auch befinde sich die fragliche Steinmauer im Bereich des M.\_\_\_\_bachs und damit im übergangsrechtlichen Gewässerraum gemäss Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung der eidgenössischen Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011 (SR 814.201; abgekürzt GSchV). Für die Unterschreitung des Gewässerabstands könne ebenfalls keine Ausnahmegewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV erteilt werden, weshalb das Vorhaben nicht nachträglich bewilligt werden könne. Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Abbruchverfügung erwog die Baubewilligungskommission, dass der Gesuchsteller die Mauer ohne vorgängige Einholung einer Baubewilligung erstellt und damit bösgläubig gehandelt habe. Die Beeinträchtigung der Strassenverkehrssicherheit sowie die Unterschreitung des Gewässerabstands könnten sodann nur durch den Abbruch der Stützmauer beseitigt werden, was mit einem verhältnismässigen Aufwand auch bewerkstelligt werden könne.

### **C.**

Gegen diesen Beschluss erhob A.\_\_\_\_ mit Schreiben vom 20. Mai 2020 Rekurs beim Baudepartement. Es werden folgende Anträge gestellt:

- a. Der Entscheid der Baubewilligungskommission sei aufzuheben.
- b. Die Bewilligung zur Erstellung der Ersatz-Einfriedung (resp. Gartenmauer), so wie erstellt und vor Ort einsehbar, sei zu erteilen.
- c. Die öffentlich-rechtliche Einsprache von B.\_\_\_\_ zu Gesuch Nr. 56876 sei zurückzuweisen, da keine objektiven Nachteile zu Ungunsten von B.\_\_\_\_ feststellbar sind. Er ist auch von keiner grösseren Betroffenheit durch das Gesuch (die erstellte Gartenmauer) als jedermann. B.\_\_\_\_ kann auch keinerlei objektive Beziehungen zur Gartenmauer nachweisen.



- d. Das Z.\_\_\_\_ sei zu verpflichten, die unbewiesene Behauptung der Bösgläubigkeit des Gesuchstellers zu dementieren.
- e. Das Z.\_\_\_\_ sei zu verpflichten, die geltenden Gewässerschutzbestimmungen den betroffenen Bürgern zu kommunizieren.
- f. Das Z.\_\_\_\_ sei zu verpflichten, auf die Erhebung der gesamten Bewilligungskosten gemäss Ziffer VI Kosten des Entscheids zu verzichten. Der Entscheid gründet auf einem zweifelhaft eingeforderten unnötigen Gesuch.
- g. Dies Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Z.\_\_\_\_.
- h. Der Gesuchsteller ist für die ungerechtfertigten Umtriebe und den angerichteten Reputationsschaden und materiellen Schaden angemessen zu entschädigen.

Zur Begründung wird in formeller Hinsicht geltend gemacht, der Nachbar sei nicht legitimiert gewesen, Einsprache zu erheben, weil er von der Mauer nicht stärker betroffen sei als die Allgemeinheit. Dieser Nachbar habe auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze selbst eine gegen die Bauordnung verstossende 2 m hohe Holzwand mit Betonfundament erstellt, die ebenfalls im Gewässerraum liege; er verlange deshalb eine rechtsgleiche Behandlung. In materieller Hinsicht wird vorgebracht, es handle sich nicht um eine Stützmauer, sondern um eine Einfriedung (Gartenmauer). Die maximal zulässige Aufschüttungshöhe von 50 cm sei nicht überschritten, und es falle auch keine Erde auf die Strasse, wenn die Mauer entfernt würde. Entsprechend müsse die Mauer nach Art. 104 Bst. d StrG lediglich einen Strassenabstand von 0,09 m einhalten. Auch sei die neue Mauer von der Bestandesgarantie nach Art. 109 PBG gedeckt, da sie nur die zuvor bestehende Flusssteinmauer ersetze. Die Verkehrssicherheit werde durch die Mauer auch nicht gefährdet, zumal der Lichtraum der Strasse durch die neue Einfriedung sogar vergrössert worden sei. Im Quartier würden zwei gleichartige Mauern mit gleichen Strassenabständen bestehen, welche offenbar als Gartenmauern bewilligt worden seien. Die Bauberatung habe am 15. Oktober 2019 die Zustimmung zur Ausführung in der vorliegenden Art und Weise gegeben. Ein Rücktritt von diesem "Entscheid" verstosse gegen Treu und Glauben. Er habe sich an die Vorgaben der Bauberatung gehalten und nicht bösgläubig gehandelt. Die Gewässerschutzverordnung sei während der gesamten Bauberatung nie ein Thema gewesen. Die Abbruchverfügung sei nicht gerechtfertigt, da kein öffentliches Interesse am Abbruch der Mauer bestehe, zumal die Offenlegung des Bachs gar nicht realisierbar sei.



#### **D.**

Mit Vernehmlassung vom 10. Juli 2020 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird auf den angefochtenen Entscheid verwiesen. Ergänzend wird geltend gemacht, die strittige Mauer könne unabhängig von ihrer Qualifikation als Stütz- oder Gartenmauer allein aufgrund der Verletzung des Gewässerabstands nicht bewilligt werden. Der Rekurrent habe sodann bereits im August 2018 ein Baugesuch für eine Mauer eingereicht, woraufhin das Amt für Baubewilligungen ihm mitgeteilt habe, dass mit den Bauarbeiten erst begonnen werden dürfe, wenn eine rechtskräftige Baubewilligung vorliege. Das Baugesuch sei ihm jedoch am 21. August 2018 wieder retourniert worden, da die Unterlagen nicht vollständig gewesen seien. Im gleichen Zeitraum habe das Amt für Baubewilligungen dem Rekurrenten mitgeteilt, dass es sich beim geplanten Vorhaben um eine Stützmauer handle, woraufhin er selbst in seinem Schreiben vom 28. August 2018 an die Bauberatung des Amtes für Baubewilligungen bestätigt habe, dass er von einem Strassenabstand von 0,5 m ausgehen müsse. Aufgrund der Vorgeschichte habe der Rekurrent somit gewusst, dass ein grösserer Strassenabstand als 0,09 m gelte und dass für die Erstellung der Mauer eine Baubewilligung nötig sei. Im Rahmen der detaillierten Baugesuchsprüfung habe sich dann auch noch herausgestellt, dass das Vorhaben im übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstand liege. Der Rekurrent habe aber schon lange vorher Kenntnis vom eingedolten Gewässer gehabt.

#### **E.**

Der Rekurrent wendet sich mit E-Mails vom 21. Juni und 22. Juli 2020 an den zuständigen Sachbearbeiter der Rechtsabteilung des Baudepartementes. Mit Schreiben vom 28. Juli 2020 nimmt er zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung.

#### **F.**

**a)** Das Baudepartement führte am 24. August 2020 in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten einen Augenschein durch.

**b)** Mit E-Mail vom 24. und 26. August 2020 sowie mit Schreiben vom 28. August, 7., 10. und 23. September sowie 29. Oktober 2020 lässt sich der Rekurrent mehrmals, unter anderem zum Augenscheinprotokoll, vernehmen.

### **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.**

Am 1. Oktober 2017 ist das Planungs- und Baugesetz (sGS 731.1; abgekürzt PBG) in Kraft getreten und das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Der erstinstanzliche Einsprache- und Baubewilligungsentscheid erging am 3. April 2020. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben „Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG“ vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

**3.**

Der Rekurrent macht geltend, auf die Einsprache seines Nachbarn hätte von der Vorinstanz erst gar nicht eingetreten werden dürfen, weil dieser nicht in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sei. Sinn- gemäss beanstandet er damit auch die Beteiligung des Rekursgegners am Rekursverfahren. Begründet wird dies damit, dass die umstrittene Mauer auf der dem Rekursgegner abgewandten Seite des Grundstücks Nr. 001 liege und von dessen Grundstück aus gar nicht eingesehen werden könne.

**3.1** Gemäss Art. 153 Abs. 2 PBG ist zur Einsprache gegen ein Baugesuch berechtigt, wer ein eigenes, schutzwürdiges Interesse dardat. Die Einsprachelegitimation richtet sich nach denselben Grundsätzen, wie sie für die Berechtigung zum Rekurs in Art. 45 Abs. 1 VRP umschrieben sind. Die Einsprachebefugnis des Nachbarn wird bejaht, wenn räumlich eine enge Beziehung zum Baugrundstück gegeben ist und der Nachbar durch die umstrittene Baute oder Anlage unmittelbar und in höherem Mass als die Allgemeinheit in eigenen schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt wird (GVP 1977 Nr. 23 und 1996 Nr. 59; BDE Nr. 21/2019 vom 29. März 2019 Erw. 2.1). Das schutzwürdige Interesse besteht dabei im "praktischen Nutzen", den ein erfolgreich geführtes Rechtsmittel dem Betroffenen in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation einträgt, bzw. in der Abwendung materieller, ideeller oder sonstiger Nachteile, den ein Bestand der angefochtenen Verfügung oder des Entscheids mit sich bringen würde (CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 392 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur). Dabei muss der Einsprecher grundsätzlich im Einzelnen dartun, inwieweit die allfällige Erteilung der Baubewilligung konkrete eigene rechtliche oder tatsächliche Interessen intensiver beeinträchtigt als die Interessen irgendwelcher Dritter (B. HEER, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 934 mit weiteren Hinweisen).



**3.2** Die Grundstücke des Rekursgegners befinden sich in unmittelbarer Nähe des Baugrundstücks; sie grenzen östlich und nördlich an das Baugrundstück an. Insofern ist das Erfordernis der engen räumlichen Beziehung zum Baugrundstück gegeben. Sodann ist die umstrittene Mauer namentlich vom östlich angrenzenden Grundstück Nr. W002 des Rekursgegners aus sichtbar. Der Rekursgegner ist beim Ein- und Ausfahren aus seinem Grundstück stets mit der erstellten Mauer konfrontiert und damit in höherem Mass als die Allgemeinheit in seinen schützenswerten Interessen betroffen. Entsprechend hatte die Vorinstanz seine Legitimation im erstinstanzlichen Verfahren zu Recht bejaht und ist er nun auch ohne Weiteres berechtigt, sich als Rekursgegner am Rekursverfahren zu beteiligen.

#### **4.**

Der Rekurrent rügt in materieller Hinsicht, dass die erstellte Mauer gar nicht bewilligungspflichtig sei, da es sich lediglich um eine Einfriedung handle. Er habe das nachträgliche Baugesuch bloss auf Drängen der Baubewilligungsbehörde eingereicht.

**4.1** Nach Art. 22 Abs. 1 des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes (SR 700; abgekürzt RPG) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Die Baubewilligungspflicht soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf die räumlichen Folgen vor der Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür ist die Frage, ob mit der Realisierung des Vorhabens 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 (BGE 139 II 140 Erw. 5.2; BGE 120 IB 383 Erw. 3c). Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen umfasst mindestens jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (BGE 113 IB 315 Erw. 2b; vgl. auch BGE 139 II 139 Erw. 5.2; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 22 N 10 und A. RUCH, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 22 N 32 je mit weiteren Hinweisen). Als Bauten gelten im Allgemeinen ober- oder unterirdische Gebäude oder gebäudeähnliche Objekte sowie Fahrnisbauten, die über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden. Als Anlagen werden hingegen eher Einrichtungen bezeichnet, die das Gelände oder den umliegenden Raum verändern. Zu den Bauten und Anlagen können auch Nebenanlagen gehören, die zwar für sich genommen keiner Bewilligungspflicht unterstehen, sofern sie mit den Hauptanlagen in engem örtlichen und sachlichem Zusammenhang stehen (WALDMANN/HÄNNI,



a.a.O., Art. 22 N 10 f. mit Hinweisen). Gewisse Vorhaben können so dann wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_3/2010 vom 1. Juli 2010 Erw. 2.1 mit Hinweisen). Nicht bewilligungspflichtig sind nach Art. 22 Abs. 1 RPG Kleinvorhaben, die nur ein geringes Ausmass haben und weder öffentliche noch nachbarliche Interessen berühren. Darunter fallen zum Beispiel bauliche Veränderungen im Innern von Gebäuden oder für kurze Zeit aufgestellte Zelte oder Wohnwagen. Wesentlich für die Frage, ob eine Kleinbaute der Bewilligungspflicht untersteht oder nicht, sind die Art und die Empfindlichkeit der Umgebung, in welcher das Vorhaben realisiert werden soll (BGE 139 II 140 Erw. 5.2 mit Hinweis auf A. BAUMANN, Das Baubewilligungsverfahren nach aargauischem Recht, Zürich 2007, S. 46 ff., insbesondere S. 50). Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen konkretisiert und erweitert, nicht aber enger gefasst werden. Die Kantone können nicht von der Bewilligungspflicht ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_509/2010 vom 16. Februar 2010 Erw. 2.3.1 mit Hinweisen; BDE Nr. 91/2020 vom 28 September 2020 Erw. 4.2).

**4.2** Vorliegend hat der Rekurrent entlang seiner südlichen Grundstücksgrenze eine etwa 1,2 m hohe und 21 m lange Mauer mit Mauersteinen aus Beton erstellt. Die Mauer befindet sich unmittelbar an der M.\_\_\_\_strasse, einer Gemeindestrasse 2. Klasse. Sie weist lediglich einen Strassenabstand von 9 cm auf, womit die Gefahr einer Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Neben dieser unmittelbaren Nähe zur öffentlichen Strasse macht aber auch allein schon die Dimensionierung der Anlage ihre (vorgängige) Überprüfung auf Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung durch die Bewilligungsbehörde notwendig. Dies gilt unabhängig davon, ob die Mauer nun als Stütz- oder Gartenmauer (bzw. Einfriedung) qualifiziert wird. Daraus folgt, dass die Vorinstanz zu Recht von der Baubewilligungspflicht der Mauer ausgegangen ist und ein Baugesuch einverlangt hat.

## **5.**

Weiter beanstandet der Rekurrent, die Erstellung der Mauer sei unter dem Titel der Bestandes- bzw. Wiederaufbaugarantie bewilligungsfähig, da die neue Mauer lediglich die früher vorbestandene Flussteinmauer ersetze.

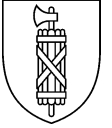
**5.1** Die Bestandesgarantie ergibt sich aus der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 der Bundesverfassung [SR 101; abgekürzt BV]), wobei die Kantone berechtigt sind, den Bestandesschutz auch in einem weiteren Umfang zuzusichern (BGE 113 Ia 122). So sind nach kantonalem Recht innerhalb der Bauzone Bestand und Erneuerung von formell rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften und Plänen widersprechen, gewährleistet (Art. 109 Abs. 1 PBG). 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.

**5.2** Auf den vom Rekurrenten eingereichten Bildern, welche die Situation auf seinem Grundstück Nr. 001 im Jahr 1984 darstellen sollen, ist noch keine Mauer, sondern lediglich eine Ansammlung von grauen Flusststeinen als Verstärkung des Fusses der Böschung erkennbar:



**5.3** Anlässlich eines Rekursaugenscheins vom 16. Mai 2014 in einem früheren Rekursverfahren in anderer Sache zwischen denselben Verfahrensbeteiligten (Verfahren Nr. 14-1039) wurden die tatsächlichen Verhältnisse an der M.\_\_\_\_strasse ebenfalls mit einigen Fotos dokumentiert. Das nachfolgende Bild zeigt, wie sich die Situation damals in Bezug auf die Pflanzungen und die Böschung entlang der M.\_\_\_\_strasse präsentierte:



**5.4** Eine eigentliche Mauer in Art und Grösse der inzwischen erstellten Anlage ist auf diesem Bild nicht erkennbar. Sichtbar ist gerade einmal eine Art Böschungsfussicherung oder -verstärkung mit einigen Flusssteinen. Die heutige Mauer weicht erheblich von der ursprünglichen "Verbauung" ab. Sie ist um ein Vielfaches höher und tritt optisch viel massiver in Erscheinung:



**5.5** Auf dem Bild vom 16. Mai 2014 ist – wie auf dem Foto des Rekurrenten aus dem Jahr 1984 – lediglich erkennbar, dass sich Flusssteine am Böschungsfuss befinden und diese fast vollständig von Pflanzen überdeckt sind. In starkem Kontrast dazu steht die neu erstellte Mauer, welche – bis auf die Grundstückszufahrt – die gesamte Südseite des Grundstücks Nr. 001 belegt; die Bepflanzung reicht heute auch nicht mehr bis an den Strassenrand, sondern befindet sich oberhalb bzw. hinter der Mauerkrone. Auch ist die vom Rekurrenten behauptete "Flusssteinmauer", bei der es sich viel eher um eine Böschungsfussicherung handelt, früher – soweit ersichtlich – nie einem



Baubewilligungsverfahren unterstellt, geschweige denn formell bewilligt worden. Dies wird zumindest weder vom Rekurrenten noch von der Vorinstanz geltend gemacht. Es handelte sich bei der früheren Böschungsfussicherung mit den wenigen Steinreihen wohl auch um keine baubewilligungspflichtige Anlage, sondern eher um eine übliche, bagatellartige und deshalb bewilligungsfreie Massnahme der Gartengestaltung, die nicht gegen irgendwelche materiell-rechtlichen Bestimmungen versties. Folglich war vorliegend weder eine rechtmässig bewilligte Anlage vorbestehend noch widersprach diese den heute geltenden Vorschriften. Damit fehlt es aber von vornherein an den Grundvoraussetzungen der Bestandesgarantie, gestützt auf welche die Anlage heute erweitert oder gar erneuert werden könnte.

**5.6** Aber selbst wenn diese Voraussetzungen gegeben wären, könnte die neue Mauer nicht gestützt auf Art. 109 Abs. 1 PBG bewilligt werden, weil sie aufgrund ihrer baulichen Ausgestaltung eine ganz andere, bedeutend grössere und komplett neue Anlage als die frühere Böschungsfussicherung darstellt. Die Bestandesgarantie bezweckt indessen grundsätzlich nur die Substanzerhaltung. Von Substanzerhaltung kann jedoch nicht die Rede sein, wenn Bauwerke zerfallen oder im Lauf der Zeit unbrauchbar oder abbruchreif geworden und deshalb nicht mehr bestimmungsgemäss nutzbar sind. Die Bestandesgarantie erstreckt sich deshalb nicht auf Bauten und Anlagen, die sich in einem verfallenen, unbenutzbaren Zustand befinden, und deren Lebensdauer abgelaufen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 1C\_356/2010 vom 21. Februar 2011 Erw. 2.4 mit Hinweisen). Gemäss den Ausführungen des Rekurrenten wurde der Ersatz der Mauer erforderlich, weil die früher bestehende "Flusssteinmauer" am Zerfallen und nur noch mühsam zu erhalten war. Über 30 Jahre hinweg habe er nach jedem Winter die frühere "Mauer" reparieren müssen. Damit ist erstellt, dass die Lebensdauer der damaligen "Flusssteinmauer" ohnehin abgelaufen gewesen wäre, womit auch die Bestandesgarantie ihr Ende gefunden hätte. Es kann vorliegend zudem keine Rede davon sein, die frühere Anlage sei bloss instandgehalten oder -gestellt worden. Ganz im Gegenteil ist die Erscheinung des Werks mit dem realisierten Neubau vollkommen verändert worden. Und letztlich ist auch gestützt auf die Erweiterungs- und Zweckänderungsgarantie nach Art. 109 Abs. 2 PBG keine Bewilligung der umstrittenen Anlage möglich, weil diese Bestimmung voraussetzt, dass die Rechtswidrigkeit der vorbestehenden Baute oder Anlage nicht wesentlich verstärkt oder vermehrt wird, wovon vorliegend – eine einfache, aus wenigen Steinreihen bestehende Böschungsfussicherung wurde durch eine etwa 1,2 m hohe und 21 m lange Mauer aus Beton-Mauersteinen ersetzt – ebenfalls nicht die Rede sein kann.

**5.7** 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 diese Voraussetzungen nach dem Gesagten vorliegend gerade nicht gegeben sind, kommt diese Bestimmung aber auch nicht zur Anwendung, weil das Strassengesetz als *lex specialis* zum Planungs- und Baugesetz (*lex generalis*) gilt und letzterem dadurch vorgeht. Art. 105 StrG sieht unter dem Randtitel "Bestandes- und Erweiterungsgarantie" nur vor, dass auf Umbauten, Zweckänderungen und Erweiterungen von Bauten und Anlagen, die den gesetzlichen Strassenabstand nicht einhalten, die Bestimmungen des Planungs- und Baugesetzes über die Bestandesgarantie sachgemäss angewendet werden. Art. 105 StrG selbst kennt allerdings keine Wiederaufbaugarantie. Entsprechend fiele auch eine nachträgliche Baubewilligung der Mauer gestützt auf die Wiederaufbaugarantie nach Art. 110 PBG ausser Betracht.

**5.8** Damit steht fest, dass die Mauer bewilligungspflichtig ist und die Erteilung einer nachträglichen Bewilligung gestützt auf die Bestandes-, Erweiterungs- oder Wiederaufbaugarantie ausgeschlossen ist. Es ist daher weiter zu prüfen, ob die erstellte Mauer den Regelbauvorschriften entspricht oder ob allenfalls eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.

## **6.**

Der Rekurrent macht geltend, dass die erstellte Mauer den erforderlichen Strassenabstand von 0,09 m einhalte. Da es sich bei der Mauer um eine Einfriedung und nicht um eine Stützmauer handle, müsse auch kein grösserer Abstand zur M.\_\_\_\_strasse eingehalten werden.

**6.1** Ohne besondere Vorschriften gilt für Einfriedungen von 0,45 m bis 1,20 m Höhe gemäss Art. 104 Bst. d StrG ein Strassenabstand von 0,09 m, zusätzlich der Mehrhöhe bei einer Höhe über 1,20 m. Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BauO schreibt hingegen vor, dass Stützmauern entlang von Fahrbahnen öffentlicher Strassen oberirdisch einen Abstand von 0,5 m und von Trottoirs einen solchen von 0,1 m einzuhalten haben. Es stellt sich daher die Frage, ob es sich bei der umstrittenen Mauer um eine Einfriedung oder um eine Stützmauer handelt.

**6.2** Unter den Begriff der Einfriedungen fallen alle Vorrichtungen, die längs von Strassen und Wegen ein Grundstück gegen aussen abschliessen. Als Einfriedungen gelten Mauern, Zäune aus Holz, Eisen oder Draht (D. GMÜR, in: G. Germann [Hrsg.], *Kurzkommentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988*, St.Gallen 1988, N 10 zu Art. 104). Einer Stützmauer kommt hingegen begriffsnotwendig eine Stützfunktion zu. Es handelt sich um ein Bauwerk, das regelmässig zur Sicherung von Einschnitts- und Dammböschungen dient (<https://de.wikipedia.org/wiki/Stützwand>).

**6.3** Vorliegend wurde hinter der neu erstellten Mauer das Gelände mit Erdmaterial aufgefüllt und dieses bepflanzt. Die Hinterfüllung reicht – mit Ausnahme des westlichen und östlichen Rands der Mauer – beinahe bis zur Oberkante der Mauerkrone:



Bepflanzung im mittleren Bereich der Mauer

Entgegen der Ansicht des Rekurrenten ist es für die Beurteilung, ob nun eine Einfriedung oder eine Stützmauer vorliegt, unerheblich, wie hoch die Stützwirkung der Mauer genau ist bzw. ob ihr Fundament und ihr Anzug bautechnisch so konzipiert sind, dass sie auch in der Lage ist, die Kräfte aus der Böschung ausreichend aufzunehmen. Es ist jedenfalls aufgrund der vorhandenen baulichen Ausgestaltung der Anlage mit Erdhinterfüllung offensichtlich, dass bei einer Entfernung der Mauer Erdmaterial auf die Strasse abrutschen würde. Folglich kommt der erstellten Mauer klar eine Stützfunktion zu – unabhängig davon wie hoch diese nun konkret ist –, weshalb sie nicht als blosse, nicht hinterfüllte Grundstückseinfriedung, sondern eben als Stützmauer zu qualifizieren ist und den entsprechenden Strassenabstand von 0,5 m gemäss Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BauO einzuhalten hat. Da dieser Abstand um 0,41 m unterschritten ist, fällt eine ordentliche Bewilligung der Anlage nicht in Betracht. Somit bleibt nachfolgend zu prüfen, ob für die Unterschreitung des Strassenabstands eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.

## 7.

Der Rekurrent bringt vor, es wäre zumindest eine Ausnahmegewilligung zu erteilen gewesen. Die Mauer beeinträchtigt die Verkehrssicherheit nicht, da der Lichtraum der Strasse durch die Einfriedung sogar vergrössert worden sei.



**7.1** Die zuständige Behörde kann nach Art. 108 Abs. 2 StrG 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 Ausnahmegewilligung besteht kein Rechtsanspruch (D. GMÜR, a.a.O., N 3 zu Art. 108). 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., N 3 zu Art. 108 StrG) und strassenrechtliche Ausnahmegewilligungen 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 Ausnahmegewilligungen einen grossen Spielraum haben. Gleichwohl heisst das aber nicht, dass Ausnahmegewilligungen 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. 37/2017 vom 13. November 2017 Erw. 6.2).

**7.2** Vorliegend sind keine besonderen Verhältnisse ersichtlich, welche ein Abweichen vom vorgeschriebenen Strassenabstand von 0,5 m rechtfertigen würden. Weder die Eigenart des Bauwerks, der Architektur oder der Zweckbestimmung der Anlage noch die Topografie, Form oder Lage des Baugrundstücks stehen einer regelkonformen Erstellung der Stützmauer entgegen. Der Rekurrent macht denn auch keine besonderen Verhältnisse geltend. Es wäre ihm somit ohne weiteres möglich gewesen, die Mauer unter Einhaltung des vorgeschriebenen Strassenabstands zu erstellen. Der Einwand des Rekurrenten, dass dazu ein Teil der Bepflanzung hätte entfernt werden müssen, rechtfertigt jedenfalls keine Ausnahmegewilligung von den Strassenabstandsbestimmungen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz aus Verkehrssicherheitsgründen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung verweigerte.

## **8.**

Der Rekurrent rügt des Weiteren, dass der eingedolte M. \_\_\_bach, welcher durch sein Grundstück fliesst, einer Bewilligung der Mauer nicht entgegenstehe.

**8.1** Nach Art. 36a Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (SR 814.2; abgekürzt GSchG) legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer fest, der erforderlich ist für die Gewährleistung folgender Funktionen (Gewässerraum):



- a. die natürlichen Funktionen der Gewässer;
- b. den Schutz vor Hochwasser;
- c. die Gewässernutzung.

Der Bundesrat regelt die Einzelheiten (Art. 36a Abs. 2 GSchG). Die Kantone sorgen dafür, dass der Gewässerraum bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv bewirtschaftet wird (Art. 36a Abs. 3 erster Satz GSchG).

**8.2** Art. 41a und Art. 41b GSchV legen fest, welche Breite der Gewässerraum für Fliessgewässer (Art. 41a GSchV) bzw. für stehende Gewässer (Art. 41b GSchV) mindestens zu betragen hat. In beiden Fällen muss die Breite des Gewässerraums unter bestimmten Voraussetzungen erhöht werden (Art. 41a Abs. 3 bzw. Art. 41b Abs. 2 GSchV), kann aber in dicht überbauten Gebieten auch den baulichen Gegebenheiten angepasst werden, soweit der Schutz vor Hochwasser gewährleistet ist (Art. 41a Abs. 4 bzw. Art. 41b Abs. 3 GSchV). Art. 41c GSchV regelt die extensive Gestaltung und Bewirtschaftung des Gewässerraums. Nach Art. 41c Abs. 1 erster Satz GSchV dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. Als standortgebunden gelten Anlagen, die aufgrund ihres Bestimmungszwecks oder aufgrund der standörtlichen Verhältnisse (z.B. Schluchten oder durch Felsen eingeengte Platzverhältnisse) nicht ausserhalb des Gewässerraums angeordnet werden können (Bundesamt für Umwelt BAFU, Erläuternder Bericht zur parlamentarischen Initiative "Schutz und Nutzung der Gewässer" [07.492] – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung, S. 14). Nach Art. 41c Abs. 1 zweiter Satz GSchV können, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, im Gewässerraum ausserdem die Erstellung zonenkonformer Anlagen in dicht überbauten Gebieten (Bst. a) oder zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen (Bst. a<sup>bis</sup>) bewilligt werden. Nach Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung der GSchV vom 4. Mai 2011 (abgekürzt Übest GSchV) legen die Kantone den Gewässerraum gemäss den Art. 41a und 41b GSchV bis zum 31. Dezember 2018 fest. Solange sie den Gewässerraum nicht festgelegt haben, gelten die Vorschriften für Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV entlang von Gewässern auf einem beidseitigen Streifen von je 8 m zuzüglich die Breite der bestehenden Gerinnesohle bei Fliessgewässern mit einer bestehenden Gerinnesohle bis 12 m Breite (Abs. 2 Bst. a ÜBest GSchV).

**8.3** Die Z.\_\_\_\_ hat den Gewässerraum nach Art. 41a GSchV für den M.\_\_\_\_bach noch nicht festgelegt. Es gelten demnach noch die Übergangsrechtlichen Bestimmungen. Die Eindolung hat im Bereich des Grundstücks Nr. 001 einen Rohrdurchmesser von 0,6 m. Der Übergangsrechtlich geltende Gewässerabstand beträgt somit beidseits der Eindolung 8,6 m (Rohrdurchmesser 0,6 m plus 8 m). Die erstellte Mauer befindet sich in einem Abstand zum Bach von nur rund 5 m an



der östlichen Grundstücksgrenze bzw. von rund 8 m an der westlichen Grundstücksgrenze. Sie liegt damit vollständig im übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstand. Soll aber – wie vorliegend – eine Anlage innerhalb des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands erstellt werden, kann eine Baubewilligung nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 41c Abs. 1 GSchV erfüllt sind.

**8.4** Bei der umstrittenen Mauer handelt es sich um keine standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlage. Die umstrittene Stützmauer ist als Element der Gartengestaltung in der Bauzone zwar zonenkonform, von einem dicht überbauten Gebiet kann vorliegend jedoch nicht die Rede sein. Als dicht überbaute Gebiete gelten insbesondere die Kern- oder Zentrumszonen (vgl. Merkblatt Gewässerraum im Siedlungsgebiet des Bundesamts für Umwelt, des Bundesamts für Raumentwicklung und der Bau- Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz; einsehbar unter [www.are.admin.ch/dokumentation/publikationen](http://www.are.admin.ch/dokumentation/publikationen)). Vorliegend handelt es sich hingegen um ein mit Einfamilien- und Reihenhäusern locker überbautes Quartier mit grossen Gärten und Grünflächen an der äussersten Peripherie der Z.\_\_\_\_.

**8.5** Aus dem Gesagten folgt, dass die nachträgliche Baubewilligung auch aufgrund der Verletzung des übergangsrechtlichen Gewässerabstands von der Vorinstanz zu Recht verweigert wurde.

## **9.**

Der Rekurrent macht sodann sinngemäss eine rechtsungleiche Behandlung geltend. Im Quartier seien gleichartige Mauern, welche den erforderlichen Strassenabstand ebenfalls nicht einhielten, von der Vorinstanz bewilligt worden.

**9.1** Aus dem in Art. 8 Abs. 1 BV verankerten Rechtsgleichheitsgebot lässt sich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht ableiten (BGE 132 II 485 Erw. 8.6), es sei denn, es liege eine ständige rechtswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vor und die Behörde gebe zu erkennen, sie gedenke auch in Zukunft nicht, von der rechtswidrigen Praxis abzuweichen (BGE 136 I 65 Erw. 5.6 mit Hinweisen). Da indessen das Gebot der rechtsgleichen Rechtsanwendung verlangt, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (BGE 131 I 91 Erw. 3.4), kann ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht von vornherein nur bestehen, wenn die Unterschiede in den Sachverhalten keine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (BDE Nr. 42/2020 vom 12. Mai 2020 Erw. 4.3).

**9.2** Vorliegend reicht der Rekurrent mit Beilage 3 zu seiner Rekurseingabe vom 20. Mai 2020 zwei Fotos von Mauern an der M.\_\_\_\_strasse und an der N.\_\_\_\_strasse ein, die vergleichbare Fälle von Stützmauern belegen sollen, welche ebenfalls den Strassenabstand unterschreiten. In seiner nachträglichen Eingabe vom 28. Oktober 2020 beruft sich der Rekurrent auf weitere Beispiele von Mauern, verzichtet aber auf deren konkrete Bezeichnung und begnügt sich damit,



der Rekursinstanz lediglich die entsprechenden Links zu Google-Earth bekannt zu geben, um deren Standorte an der M.\_\_\_\_-, O.\_\_\_\_-, P.\_\_\_\_- sowie Q.\_\_\_\_strasse selbst betrachten zu können. Abgesehen davon, dass der Rekurrent mit diesen blossen Verweisen auf Google-Earth seiner Begründungspflicht nicht genügend nachkommt und diese zudem lange nach der Durchführung des Rekursaugenscheins und damit verspätet erfolgen (vgl. BDE Nr. 41/2017 vom 24. November 2017 Erw. 2.2), zeigt er auch nicht auf, inwiefern diese Beispiele mit der rekursgegenständlichen Mauer vergleichbar sein und inwiefern diese Mauern die Anforderungen von Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BauO nicht einhalten sollen. Bei den bezeichneten Objekten handelt es sich nicht um vergleichbare Stützmauern, sondern um blosser Einfriedungsmauern, für welche gemäss Art. 104 Bst. d StrG ein Strassenabstand von lediglich 0,09 m gilt. Hinzu kommt, dass keinerlei Anhaltspunkte vorliegen, dass die Vorinstanz die Absicht hätte, die Regelung von Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BauO zukünftig gegenüber anderen Bauherren nicht in rechtsgleicher Weise anzuwenden. Eine rechtsungleiche Behandlung des Rekurrenten durch die Vorinstanz ist jedenfalls nicht zu erkennen.

## **10.**

Der Rekurrent beanstandet weiter, dass der angeordnete Rückbau der Mauer nicht verhältnismässig und erforderlich sei, da eine Offenlegung des M.\_\_\_\_bachs gar nicht realisierbar sei, weshalb auch der Gewässerabstand an Bedeutung verliere. Auch habe er gutgläubig auf die Angaben der Bauberatung der Vorinstanz vertraut und die Mauer nach deren Vorgaben errichtet.

**10.1** 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. Im Rahmen der Prüfung der Wiederherstellungspflicht sind die massgebenden allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien zu berücksichtigen, insbesondere die in Art. 5 BV festgehaltenen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens. So kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso wenn der Bauherr gutgläubig angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang (BGE 132 II 21 Erw. 6; Urteil des Bundesgerichtes 1P.74/2003 vom 14. Juli 2003 Erw. 4.1). Selbst ein Bauherr der nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich gegenüber einem Abbruch- und 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 rechtmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen



und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (BGE 123 II 255 mit Hinweisen). 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 den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 132 II 21 Erw. 6.4; BDE Nr. 100/2020 vom 27. Oktober 2020 Erw. 4.2).

**10.2** Gegenstand des Baugesuchs ist die Erstellung einer 1,2 m hohen und 21 m langen Mauer. Das nicht bewilligungsfähige Bauvorhaben unterschreitet den Strassenabstand und liegt im übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstand. Vor diesem Hintergrund und beim dargestellten Umfang des Bauvorhabens liegt zum Vornherein keine nur geringfügige Abweichung von den Bauvorschriften vor. Vielmehr handelt es sich um eine bedeutsame Verletzung des Strassen- und Gewässerschutzrechts, wobei der Frage, ob der M.\_\_\_\_bach in diesem Bereich in Zukunft vielleicht wieder einmal offen geführt werden kann, keinerlei Bedeutung zukommt. Der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungsrechts zu. Werden nämlich illegal errichtete, der Bauordnung und der Gewässerschutzverordnung widersprechende Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, wird rechtswidriges Verhalten belohnt. Diesen gewichtigen, für eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechenden raumplanungsrechtlichen und damit öffentlichen Interessen stehen zwar die privaten Interessen des Rekurrenten an der Beibehaltung der Mauer gegenüber. Inwiefern das private Interesse des Rekurrenten die vorerwähnten Interessen am Rückbau der Mauer überwiegen sollte, ist allerdings nicht ersichtlich und wurde vom Rekurrenten auch nicht dargelegt. Dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mit finanziellen Aufwendungen für den Rekurrenten verbunden sein wird, ist offenkundig, ändert daran indessen genauso wenig wie die Tatsache, dass die hinter der Mauer liegende Böschung nach der Wiederherstellung nicht mehr in gleicher Weise wie heute genutzt werden kann.

**10.3** Der Rekurrent kann sich überdies auch nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Er ist gemäss eigenen Angaben nicht zum ersten Mal in einem Baubewilligungsverfahren involviert. Ihm ist deshalb aus früheren Verfahren bekannt, wer für die Erteilung der Baubewilligung zuständig ist und wie die Erteilung einer Baubewilligung formell erfolgt. Infolgedessen durfte er nicht auf die am 15. Oktober 2018 per E-Mail erteilte Auskunft der Bauberatung vertrauen, die Mauer dürfe ohne vorgängige Einreichung eines Baugesuchs erstellt werden. Die Bauberatung ist – wie es der Name schon sagt – bloss beratend tätig. Sie



ist nicht zuständig für die verbindliche Feststellung, ob eine Baubewilligungspflicht besteht. Auch wusste der Rekurrent aufgrund der der Erstellung der Mauer vorausgegangenen intensiven Korrespondenz mit der Bauberatung, dass die Erstellung einer Stützmauer grundsätzlich bewilligungspflichtig ist. Trotzdem erstellte er die Stützmauer ohne vorgängige Einholung einer Baubewilligung. Damit kann der Rekurrent aber nicht als gutgläubig angesehen werden.

**10.4** Insgesamt überwiegen jedenfalls die Interessen an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands jene an der Beibehaltung des aktuellen, baurechtswidrigen Zustands. Der Rekurrent kann sich nicht mit Erfolg auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich vielmehr als verhältnismässig und darüber hinaus als einzig geeignete Massnahme zur Behebung des rechtswidrigen Zustands. Die Vorinstanz hat damit zu Recht die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet. Die angesetzte Frist von drei Monaten nach Rechtskraft für die Wiederherstellungsarbeiten ist ebenfalls angemessen.

## **11.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die erstellte Mauer bewilligungspflichtig und nicht durch die Bestandesgarantie gedeckt ist. Aufgrund des Unterschreitens des Strassenabstands sowie des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands hat die Vorinstanz die ordentliche (nachträgliche) Baubewilligung zu Recht verweigert. Mangels Vorliegen besonderer Verhältnisse fällt auch eine Ausnahmbewilligung nach Art. 108 Abs. 2 StrG ausser Betracht. Für die Unterschreitung des Gewässerabstands kann ebenfalls keine Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV erteilt werden. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist sodann verhältnismässig. Der Rekurs erweist sich deshalb insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

## **12.**

**12.1** 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 sind die amtlichen Kosten dem Rekurrenten zu überbinden.

**12.2** Der vom Rekurrenten am 29. Mai 2020 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist anzurechnen.

## **13.**

Der Rekurrent stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

**13.1** Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie auf Grund der Sach- und Rechtslage notwendig und ange-



messen 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).

**13.2** Da der Rekurrent mit seinen Anträgen unterliegt, hat er von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Sein Begehren ist deshalb abzuweisen.

## Entscheid

**1.**

Der Rekurs von A.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, wird abgewiesen.

**2.**

**a)** A.\_\_\_\_bezahlt eine Entscheidgebühr von Fr. 3'500.–.

**b)** Der am 29. Mai 2020 von A.\_\_\_\_geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird angerechnet.

**3.**

Das Begehren von A.\_\_\_\_um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann  
Regierungsrätin