



<b>Fall-Nr.:</b>	20-687 / 20-1104
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
<b>Instanz:</b>	Bau- und Umweltdepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	11.09.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	28.08.2020

## **BDE 2020 Nr. 81**

**Art. 13, 21, 32, 60 WBG, Art. 157 Abs. 1 PBG. Für wasserbauliche Massnahmen an Gewässern wird das Planverfahren nach Wasserbaugesetz durchgeführt; es ersetzt das Baubewilligungsverfahren. Das Planverfahren wird mit einer Genehmigung nach Art. 32 WBG abgeschlossen, nicht mit einer Baubewilligung nach Art. 157 Abs. 1 PBG. Erteilt eine Baubewilligungsbehörde trotzdem eine Baubewilligung für wasserbauliche Massnahmen an einem Gewässer, ist die Baubewilligung infolge Vorliegens eines schwerwiegenden Zuständigkeitsfehlers nichtig (Erw. 3). Für Zwangsmassnahmen bei wasserbaulichen Massnahmen nach Art. 13 WBG an einem kantonalen Gewässer ist nach Art. 60 WBG nicht die politische Gemeinde, sondern das Amt für Wasser und Energie zuständig. Erlässt eine Baubewilligungsbehörde einen Baustopp für wasserbauliche Massnahmen an einem kantonalen Gewässer, ist diese Verfügung nichtig (Erw. 4). // (Dieser Entscheid wurde mit VerwGE B 2020/177 vom 25. März 2021 bestätigt.)**

BDE 2020 Nr. 81 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



20-687/20-1104

## Entscheid Nr. 81/2020 vom 28. August 2020

---

Rekurrenten

**A.**\_\_\_\_  
vertreten durch Dr.iur. Christoph Bürgi, Rechtsanwalt, Bogenstrasse 9, 9000 St.Gallen

gegen

---

Vorinstanz

**Gemeinderat Z.**\_\_\_\_ (Entscheide vom 9. November 2019 und 22. Januar 2020)

---

Rekursgegner

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

---

Betreff

Baubewilligung und Begehren um Erlass eines Baustopps



## Sachverhalt

### A.

a) A.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_, sind Eigentümer des Grundstücks Nr. 001, Grundbuch Z.\_\_\_\_, in X.\_\_\_\_. Das Grundstück liegt zwischen dem M.\_\_\_\_ und der N.\_\_\_\_strasse und ist nach dem geltenden Zonenplan der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 22. Dezember 1998 teils dem übrigen Gemeindegebiet, teils der Grünzone Freihaltung zugeordnet. Es ist mit einem Ferienhaus überbaut.

b) Die Staatsverträge zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Österreich-Ungarn bzw. der Österreichischen Republik (SR 0.721.191.631, 0.721.191.632, 0.721.191.633) über die Regulierung des O.\_\_\_\_ sehen eine bauliche Umgestaltung des M.\_\_\_\_laufs vor. Deshalb erarbeitete die C.\_\_\_\_kommission der D.\_\_\_\_ (im Folgenden D.\_\_\_\_) ein Projekt zur Endgestaltung des M.\_\_\_\_. Dieses Projekt lag vom 14. August bis 12. September 2002 öffentlich auf. Die dagegen von A.\_\_\_\_ erhobene Einsprache wies das Baudepartement mit Entscheid vom 24. November 2004 ab und hielt fest, dass zwischen dem Gebiet "E.\_\_\_\_" und der Schiffsanlegestelle X.\_\_\_\_ ein durchgehend einheitlicher Hochwasserschutz gewährleistet sein müsse. Das Gesamtprojekt mit Ersatzsteganlage stelle ein geeignetes und erforderliches Mittel dar, um den Staatsvertrag zu erfüllen sowie den Hochwasser- und Naturschutz zu erreichen. Die gegen diesen Entscheid beim Verwaltungsgericht erhobene Beschwerde (B 2004/194) wurde am 10. Januar 2005 zufolge Rückzugs abgeschrieben.

c) Die Schlussarbeiten für die Realisierung des Hochwasserschutzes wurden im November 2008 ab der Abwasserreinigungsanlage X.\_\_\_\_ (ARA) und der Schiffsanlegestelle begonnen. Zwischen der ARA und dem Gebiet E.\_\_\_\_ schlossen alle betroffenen Grundeigentümer mit der D.\_\_\_\_ einen Dienstbarkeitsvertrag ab, so dass dieses Teilstück im Sommer 2009 realisiert werden konnte. Im Bereich E.\_\_\_\_ bis Schiffsanlegestelle X.\_\_\_\_ unterzeichnete die Hälfte der betroffenen Grundeigentümer Dienstbarkeitsverträge. Die Landerwerbsverhandlungen mit den weiteren Grundeigentümern führten zu keinem Ergebnis. Am 16. Juni 2011 ersuchte die D.\_\_\_\_ die Regierung um Erteilung des Enteignungsrechts gemäss Art. 7 Abs. 2 des Enteignungsgesetzes (sGS 735.1; abgekürzt EntG) im Zusammenhang mit dem Hochwasserschutz im Abschnitt E.\_\_\_\_ bis Schiffsanlegestelle. Dieses wurde ihr mit Beschluss der Regierung vom 8. November 2011 übertragen. Am 6. und 7. Februar 2012 stellte die D.\_\_\_\_ bei der Schätzungskommission für Enteignungen des Kantons St.Gallen (im Folgenden Schätzungskommission) gestützt auf Art. 5 Bst. a EntG das Gesuch um Einleitung und Durchführung des Enteignungsverfahrens. Darin wurde u.a. für das Grundstück Nr. 001 von A.\_\_\_\_ für eine Fläche von 60 m<sup>2</sup> die Eintragung einer Grunddienstbarkeit im Grundbuch (Baurecht für Hochwasserschutzdamm mit Terrainveränderungsverbot und Pflanzbeschränkung) als ständige Beanspruchung beantragt. Gegen das öffentlich aufgelegte Enteignungsbegehren erhoben A.\_\_\_\_



am 15. März 2012 Einsprache. Einigungsversuche führten zu keinem Ergebnis, weshalb die Schätzungskommission die Angelegenheit gestützt auf Art. 33 EntG der Regierung für den Entscheid über die Zulässigkeit der Enteignung des Grundstücks Nr. 001 überwies. Mit Entscheid vom 1. Oktober 2013 bejahte die Regierung die Zulässigkeit der Teilenteignung des Grundstücks Nr. 001 und wies die Einsprache von A.\_\_\_\_ ab. Dieser Entscheid erwuchs, nachdem die dagegen erhobene Beschwerde an das Verwaltungsgericht zurückgezogen worden war (VerwGE B 2013/228 vom 15. November 2013), in Rechtskraft.

**d)** Im Entscheid vom 1. April 2014 wies die Schätzungskommission das Gesuch der D.\_\_\_\_ um vorzeitige Besitzeinweisung ab (Ziff. 1). Die D.\_\_\_\_ wurde weiter verpflichtet, den Grundeigentümern von Grundstück Nr. 001 für das darauf zu errichtende Baurecht (für einen Hochwasserschutzdamm mit Terrainveränderungsverbot und Pflanzbeschränkung) sowie für die weiteren damit zusammenhängenden Eigentumseingriffe eine pauschale Entschädigung von Fr. XXX.– zu bezahlen (Ziff. 2). Der D.\_\_\_\_ wurde eine Entscheidgebühr von Fr. XXX.– auferlegt (Ziff. 3) und sie wurde verpflichtet, die Grundeigentümer von Grundstück Nr. 001 für ausseramtliche Kosten pauschal mit Fr. XXX zu entschädigen (Ziff. 4). Gegen diesen Entscheid erhoben A.\_\_\_\_, vertreten durch Dr. Christoph Bürgi, Rechtsanwalt, St.Gallen, am 29. April 2014 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Diese Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Urteil B 2014/71 vom 24. März 2015 ab.

**e)** Mit Beschluss vom 30. August 2017 hat der Bundesrat die D.\_\_\_\_ aus ihren Verpflichtungen am Projekt "Endgestaltung M.\_\_\_\_" entlassen, womit der M.\_\_\_\_ im fraglichen Bereich nun wieder ausschliesslich im Zuständigkeitsbereich des Kantons St.Gallen liegt und damit nach Art. 2 f. des Rheingegesetzes (sGS 734.21) das B.\_\_\_\_ für Bau und Unterhalt an dem kantonalen Gewässer verantwortlich ist.

## **B.**

In der Folge verzögerte sich die Projektausführung im Bereich E.\_\_\_\_ bis Schiffsanlegestelle X.\_\_\_\_ weiter. Im Herbst 2019 plante das B.\_\_\_\_ auf den Grundstücken Nr. 002 (Ortsgemeinde X.\_\_\_\_) und Nr. 003 (B.\_\_\_\_) eine Änderung des Auflageprojekts des Jahres 2002, im Bereich nördlich des Grundstücks Nr. 004 bis zur Schiffsanlegestelle. Nach dem Plan vom 14. August 2019 sollte der Verlauf des noch zu erstellenden Hochwasserdamms leicht angepasst und Richtung Westen verschoben werden. Die Verschiebung wurde damit begründet, dass das bestehende Ufer im Bereich der Schiffsanlegestelle gemäss Auflageprojekt bereits mit Spundwänden gesichert worden sei. Durch das Verschieben des Damms Richtung Westen werde nun diese Uferverbauung einerseits einer geringeren erdstatischen Belastung ausgesetzt und andererseits könnten so die Dammböschungen beidseits flacher ausgestaltet werden. Die Projektänderung habe auch zur Folge, dass mehrere Bäume – die sich gemäss der geltenden Schutzverordnung der Gemeinde Z.\_\_\_\_ vom 29. Dezember 1998 in einem Baumschutzgebiet befänden – entgegen dem rechtskräftigen Auflageprojekt nicht gefällt werden müssten, die Schiffsanlegestelle im bestehenden



Zustand belassen werden könne und die Zufahrtsstrasse nicht angehoben werden müsse.

**a)** Mit Schreiben vom 5. September 2019 ersuchte das B.\_\_\_\_ den Gemeinderat Z.\_\_\_\_, für die Projektänderung das vereinfachte Planverfahren nach Art. 27 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 des Wasserbaugesetzes (sGS 734.1; abgekürzt WBG) durchzuführen. Das B.\_\_\_\_ teilte mit, die vom Bauvorhaben betroffenen Grundeigentümer und die beschwerdeberechtigten Organisationen hätten dem Vorhaben bereits schriftlich zugestimmt.

**b)** Am 16. September 2019 ersuchte der Gemeinderat das Baudepartement um Erteilung der Genehmigung nach Art. 32 Abs. 1 WBG für die Projektänderung. In der Folge wurde die Projektänderung am 25. Oktober 2019 (nach Vorliegen der fischereirechtlichen Bewilligung vom 22. Oktober 2019 und der wasserbaulichen Stellungnahme vom 23. Oktober 2019) vom Baudepartement bzw. dem dazu ermächtigten Amt für Wasser und Energie (AWE) genehmigt und diese Genehmigungsverfügung in der Folge wieder dem Gemeinderat zugestellt. Daraufhin erteilte der Gemeinderat – basierend auf einer bereits am 9. September 2019 abgehaltenen Gemeinderatssitzung – am 12. November 2019 die Baubewilligung für die nachgesuchte Projektänderung.

### **C.**

**a)** Am 11. November 2019 begannen die Bauarbeiten für die Erstellung des Hochwasserdamms im Bereich E.\_\_\_\_ bis Schiffsanlegestelle X.\_\_\_\_.

**b)** Mit Schreiben vom 26. November 2019 stellten A.\_\_\_\_ durch ihren Rechtsvertreter beim Gemeinderat Z.\_\_\_\_ folgendes Begehren:

1. Es sei gegenüber den beiden Gesuchsgegnerinnen [B.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_] per sofort die Einstellung der Arbeiten zu verfügen und ihnen zu verbieten, die Arbeiten am Hochwasserdamm entlang des M.\_\_\_\_ fortzusetzen.
2. Es sei den beiden Gesuchsgegnerinnen Frist zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs anzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung wurde ausgeführt, der Gemeinderat sei nach Art. 158 f. des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) für die Anordnung des Baustopps zuständig. Für den Fall, dass sich der Gemeinderat nicht als zuständig erachten sollte, werde eine Kopie des Gesuchs gleichzeitig auch dem Baudepartement eingereicht. Mit den Bauarbeiten zur Erstellung des Hochwasserdamms sei



inzwischen begonnen worden, obwohl nur ein generelles Projekt, jedoch noch gar kein bewilligtes Ausführungsprojekt vorliege. Die aufgrund des Enteignungsverfahrens auf den Grundstücken Nrn. 005 und 001 eingetragenen Dienstbarkeiten hätten nur privatrechtliche Wirkung und könnten die fehlenden Ausführungspläne nicht ersetzen. Vielmehr sei für die definitive Gestaltung des Damms ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen.

**c)** Mit gemeinsamer Vernehmlassung vom 13. Dezember 2019 beantragten das B.\_\_\_\_ und die D.\_\_\_\_ dem Gemeinderat, auf das Gesuch nicht einzutreten bzw. – eventualiter – dieses abzuweisen. Zur Begründung wurde geltend gemacht, die Gesuchsteller handelten rechtsmissbräuchlich, weil einerseits das Projekt rechtskräftig sei und andererseits auch das Recht, das Grundstück der Gesuchsteller für die Dammerstellung mitzubedenken, rechtskräftig enteignet worden sei. In materieller Hinsicht wurde ausgeführt, die Ausführungspläne vom 1. November 2019, nach denen gebaut werde, entsprächen dem Auflageprojekt des Jahres 2002. Das zeige sich bereits daran, dass im Landerwerbsplan des Auflageprojekts des Jahres 2002 von einer Landbeanspruchung für den Hochwasserschutzdamm von 760 m<sup>2</sup> ("ca.-Mass") ausgegangen worden sei; gemäss dem Ausführungsprojekt werde nun Boden im Ausmass von 755 m<sup>2</sup> beansprucht.

**d)** Mit Stellungnahme vom 13. Januar 2020 zur Vernehmlassung des B.\_\_\_\_ und der D.\_\_\_\_ ergänzte der Vertreter der Gesuchsteller seine Anträge folgendermassen:

1. (unverändert)
2. (unverändert)
3. Es sei für die Endgestaltung Mündungsbereich M.\_\_\_\_, Ausführungsprojekt 2019/2020, Etappe [1] sowie Projektänderung Etappe 2 ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen und den Gesuchstellern sämtliche Parteirechte zu gewähren.
4. Als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens betreffend Baustopp und nachträgliche Baubewilligung seien die beiden Gesuchsgegnerinnen zu verpflichten, die Baupiste und den Hochwasserdamm abzusperren, damit sie nicht als Fuss- und Fahrweg benutzt werden können.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung wurde vorgebracht, es werde daran festgehalten, dass der derzeit in Bau befindliche Hochwasserschutzdamm (mit Ausnahme eines Bereichs beim W.\_\_\_\_) nicht Gegenstand des generellen Projekts gewesen sei. Die jetzt vorgelegten Ausführungspläne vom November 2019, nach denen gebaut werde, seien nie bewilligt wor-



den; folglich sei das dafür nötige Baubewilligungsverfahren nachzuholen. Das im Enteignungsverfahren rechtskräftig erteilte Baurecht auf Grundstück Nr. 001 könne diese Baubewilligung nicht ersetzen. Im Weiteren hätten die Gesuchsteller aufgrund der nun übermittelten Vorakten überrascht festgestellt, dass für eine Änderung des Hochwasserdamms südlich der Schiffsanlegestelle X.\_\_\_\_ vor Kurzem das vereinfachte Verfahren nach Art. 27 WBG durchgeführt und eine Baubewilligung erteilt worden sei, ohne dass man ihnen davon Kenntnis gegeben hätte.

**e)** Mit Beschluss vom 22. Januar 2020 trat der Gemeinderat Z.\_\_\_\_ auf das Begehren um Erlass eines Baustopps nicht ein. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Gemeinderat sei nach Art. 158 f. PBG für die Anordnung des Baustopps zuständig. Ein solcher sei vorliegend aber nicht angezeigt, weil entgegen der Ansicht der Gesuchsteller ein rechtskräftiges Projekt vorliege. Der Gemeinderat habe vor Ort festgestellt, dass einerseits nur solche baulichen Massnahmen vorgenommen würden, welche vom rechtskräftigen Projekt umfasst seien, und andererseits, dass auf Grundstück Nr. 001 nur auf jener Fläche Arbeiten stattfänden, für die im Enteignungsverfahren ein Baurecht für den Hochwasserschutzdamm erwirkt worden sei. Auf das Begehren um Erlass eines Baustopps könne deshalb nicht eingetreten werden bzw. es müsse, soweit darauf eingetreten werden könne, abgewiesen werden. Auf die weiteren Anträge der Gesuchsteller in den Eingaben vom 26. November 2019 und 13. Januar 2020 ging der Gemeinderat weder in den Erwägungen ein noch entschied er im Dispositiv darüber.

#### **D.**

**a)** Am 23. Januar 2020 erhoben A.\_\_\_\_ durch ihren Rechtsvertreter gegen die vom Gemeinderat Z.\_\_\_\_ im vereinfachten Verfahren erteilte Baubewilligung Rekurs beim Baudepartement (Verfahren Nr. 20-687; im Folgenden Rekurs 1). Mit Rekursergänzung vom 18. März 2020 werden folgende Anträge gestellt:

1. Die im vereinfachten Verfahren erteilte Baubewilligung vom 9. September/12. November 2019 betreffend Endgestaltung M.\_\_\_\_, Projektänderung 2. Etappe Hochwasserdamm, sei samt den Verfügungen der kantonalen Stellen aufzuheben.
2. Es sei für die Endgestaltung Mündungsbereich M.\_\_\_\_, Ausführungsprojekt 2019/2020, Etappe 1 sowie Projektänderung Etappe 2 ein ordentliches Genehmigungsverfahren nach Art. 34 ff. aWBG durchzuführen und den Gesuchstellern sämtliche Parteirechte zu gewähren.
3. Als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens seien die beiden Gesuchsgegnerinnen zu verpflichten, die Baupiste und den Hochwasserdamm abzusperren, damit sie nicht als Fuss- und Fahrweg benutzt werden können.



4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. Mehrwertsteuer).

Zur Begründung wird ausgeführt, trotz fehlender rechtskräftiger Bewilligung sei im November 2019 mit der Aufschüttung des Damms begonnen worden. Deshalb sei von den nunmehrigen Rekurrenten bei der Vorinstanz ein Gesuch um Erlass eines Baustopps eingereicht worden. Im Rahmen der Akteneinsicht zu diesem Gesuch hätten sie nun erstmals Kenntnis von der Baubewilligung der Vorinstanz vom 9. September 2019 (Versand 12. November 2019) erhalten. Diese sei im vereinfachten Verfahren erteilt worden. Das vereinfachte Verfahren sei allerdings zu Unrecht für die Projektänderung zur Anwendung gelangt. Art. 27 WBG hätte vorliegend gar keine Anwendung finden dürfen. Das Projekt für die Endgestaltung des M.\_\_\_\_ sei nach dem früher geltenden Wasserbaugesetz (nGS 18-58; abgekürzt aWBG) abgewickelt worden. Nach der Übergangsbestimmung von Art. 71 WBG hätte daher die umstrittene Projektänderung ebenfalls nach den Bestimmungen des früher geltenden Rechts behandelt werden müssen; das aWBG habe indessen noch kein vereinfachtes Verfahren vorgesehen. Aber selbst wenn das heute geltende Wasserbaugesetz zur Anwendung gelangte, wären die Voraussetzungen von Art. 27 WBG nicht gegeben gewesen, weshalb das vereinfachte Verfahren nicht hätte durchgeführt werden dürfen; die Baubewilligung der Vorinstanz sei daher aufzuheben.

**b)** Gegen den Beschluss des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 22. Januar 2020 erhoben A.\_\_\_\_ durch ihren Rechtsvertreter mit Schreiben vom 6. Februar 2020 Rekurs beim Baudepartement (Verfahren Nr. 20-1104; im Folgenden Rekurs 2). Mit Rekursergänzung vom 18. März 2020 werden folgende Anträge gestellt:

1. Der Entscheid des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 22. Januar 2020 betreffend Baustopp sei aufzuheben.
2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, für die Endgestaltung Mündungsbereich M.\_\_\_\_, Ausführungsprojekt 2019/2020, Etappe 1 sowie Projektänderung Etappe 2 ein ordentliches Genehmigungsverfahren nach Art. 34 ff. aWBG durchzuführen und den Gesuchstellern sämtliche Parteirechte zu gewähren.
3. Als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens betreffend Baustopp und nachträgliche Baubewilligung seien die beiden Gesuchsgegnerinnen zu verpflichten, die Baupiste und den Hochwasserdamm abzusperren, damit sie nicht als Fuss- und Fahrweg benutzt werden können.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. Mehrwertsteuer).



Zur Begründung wird geltend gemacht, bis heute liege für den Bereich zwischen der Schiffsanlegestelle und dem Gebiet E.\_\_\_\_ kein rechtskräftiges Projekt für die Erstellung des Hochwasserdamms vor. Dem Auflageprojekt aus dem Jahr 2002 lasse sich die Gestaltung des Hochwasserschutzdamms nicht mit der erforderlichen Genauigkeit entnehmen und nach den Ausführungsplänen vom November 2019 dürfe nicht gebaut werden, weil diese nie bewilligt worden seien.

#### **E.**

**a)** Mit ihren Vernehmlassungen vom 27. Mai 2020 beantragt die Vorinstanz, die Rekurse 1 und 2 seien abzuweisen, sofern überhaupt darauf einzutreten sei. Zur Begründung wird zum einen geltend gemacht, für den Erlass eines Baustopps gebe es keinen Grund. Zum anderen habe der Rekursgegner für die kleine Projektänderung um Durchführung des vereinfachten Verfahrens nach Art. 27 WBG ersucht. Die Voraussetzungen dafür seien als gegeben beurteilt worden, weshalb dieser Verfahrensart vom Gemeinderat zugestimmt worden sei. Die Rekurrenten seien von der Projektänderung im Übrigen überhaupt nicht betroffen.

**b)** Mit seinen Vernehmlassungen vom 28. Mai 2020 beantragt der Rekursgegner, die Rekurse 1 und 2 seien abzuweisen. Zur Begründung wird betreffend Rekurs 1 darauf hingewiesen, dass die umstrittene Projektänderung nur deshalb vom Baudepartement genehmigt worden sei, weil das Projekt nicht vom AWE selbst, sondern vom Rekursgegner initiiert worden sei. Normalerweise genehmige das Baudepartement wasserbauliche Massnahmen an kantonalen Gewässern nicht, weil diese von der dafür zuständigen kantonalen Stelle, dem AWE, projektiert würden. Der Vernehmlassung zu Rekurs 1 ist ein Abnahmeprotokoll mit Fotodokumentation beigelegt, aus dem sich einerseits ergibt, dass die Bauarbeiten für die Erstellung des Hochwasserdamms im Bereich E.\_\_\_\_ bis Schiffsanlegestelle X.\_\_\_\_ am 11. Februar 2020 abgeschlossen worden seien, und in welchem andererseits bestätigt wird, dass der Hochwasserschutzdamm gemäss dem Auflageprojekt des Jahres 2002 und der Projektänderung vom November 2019 ausgeführt worden sei. Das Projekt gelte damit baulich als abgeschlossen und abgenommen, obwohl im Frühjahr 2020 noch die wasserseitige Böschung bepflanzt werde und im Herbst/Winter 2020 Ersatzpflanzungen für einzelne gefällte Bäume vorgenommen würden.

#### **F.**

**a)** Die eingegangenen Vernehmlassungen und sämtliche eingereichten Vorakten wurden dem Vertreter der Rekurrenten antragsgemäss am 2. Juni 2020 zur Einsichtnahme zugestellt.

**b)** Mit Stellungnahme vom 17. August und Ergänzung vom 26. August 2020 teilt der Vertreter der Rekurrenten mit, ihm sei nun klar geworden, dass die Vorinstanz für das Erteilen der Baubewilligung und für die Verfügung über den beantragten Baustopp gar nicht zuständig gewesen sei. Die Zuständigkeit liege für die Projektänderung (gemäss aWBG) beim Baudepartement. Trotzdem sei das Baudepartement im



Rekurs 1 nun dafür zuständig, die nichtige Baubewilligung der Vorinstanz aufzuheben. Das Baudepartement habe im Rahmen von Rekurs 1 auch über die beantragte Durchführung eines ordentlichen Genehmigungsverfahrens für das Ausführungsprojekt von Etappe 1 und 2 zu entscheiden. Eine Überweisung des Rekurses 1 an das Verwaltungsgericht falle ausser Betracht. Auch im Rekurs 2 habe die Zuständigkeit für den Entscheid über den Baustopp beim Baudepartement gelegen (welches das Gesuch um Erlass im Übrigen gleichzeitig mit der Vorinstanz erhalten habe); folglich sei die Verfügung der Vorinstanz im Rekurs 2 ebenfalls aufzuheben. Im Übrigen werde Antrag 2 von Rekurs 2 folgendermassen korrigiert:

2. Es sei für die Endgestaltung Mündungsbereich M.\_\_\_\_, Ausführungsprojekt 2019/2020, Etappe 1 sowie Projektänderung Etappe 2 ein ordentliches Genehmigungsverfahren nach Art. 34 ff. aWBG durchzuführen und den Gesuchstellern sämtliche Parteirechte zu gewähren.

In materieller Hinsicht wird ausgeführt, die Arbeiten am Hochwasserdamm seien noch nicht abgeschlossen, weil einerseits die Renaturierung noch fehle und andererseits Massnahmen, die den Rekurrenten im Einspracheentscheid gegen das Auflageprojekt und im Rahmen des Enteignungsverfahrens zugesichert worden seien, noch nicht umgesetzt wären. Zudem würden derzeit auf den Nachbargrundstücken der Rekurrenten und auf der Dammkrone immer weitere Bauten und Anlagen erstellt, wie etwa Treppen, Beleuchtungsanlagen, Mauern, Terrainanhebungen, Meteorwasserleitungen mit Schieberschacht, diverse Feuerstellen und sogar ein Sitzplatz.

## Erwägungen

### 1.

**1.1** Die beiden Rekursverfahren stehen im gleichen sachlichen Zusammenhang. Sie werfen ähnliche Sachverhalts- und Rechtsfragen auf. Es ist somit zweckmässig, sie verfahrensrechtlich zu vereinen und durch einen einzigen Entscheid zu erledigen (GVP 1972 Nr. 30).

**1.2** Die Zuständigkeit des Baudepartementes ergibt sich – jedenfalls soweit in den beiden Rekursen in den Anträgen 1 jeweils die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügungen verlangt und in den Anträgen 3 jeweils der Erlass von vorsorglichen Massnahmen beantragt wird – aus Art. 43<sup>bis</sup> des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

**1.3** Hingegen ist das Baudepartement nicht zur Behandlung der in den beiden Rekursen gestellten Anträge 2, mit denen verlangt wird, es



sei für die Ausführungsprojekte ein ordentliches Genehmigungsverfahren nach Art. 34 ff. aWBG durchzuführen und dabei den Gesuchstellern sämtliche Parteirechte zu gewähren, zuständig (siehe dazu nachfolgende Erw. 5). Folglich ist auf die beiden Rekurse in diesen Punkten nicht einzutreten.

**1.4** Die Frist- und Formerfordernisse von Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 VRP sind erfüllt. Die Rekursberechtigung ist in hinsichtlich des Rekurses 1 umstritten und deshalb nachfolgend zu prüfen, in Bezug auf Rekurs 2 dagegen unbestrittenermassen gegeben (Art. 45 VRP).

**1.4.1** Nach Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung eines Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Schutzwürdig ist es, wenn der Betroffene rechtlich geschützte Interessen geltend macht oder wenn eine Verfügung oder ein Entscheid seine tatsächliche Interessenlage mehr berührt als irgendeinen Dritten oder die Allgemeinheit (GEISSER/ZOGG, in: Rizvi/Schindler/Cavelti, Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 45 N 12, CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 390 mit Hinweisen).

**1.4.2** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Nachbarn zur Beschwerdeführung gegen ein Bauvorhaben legitimiert, wenn sie mit Sicherheit oder zumindest grosser Wahrscheinlichkeit durch Immissionen (Lärm, Staub, Erschütterungen, Licht oder andere Einwirkungen) betroffen werden, die der Bau oder Betrieb der fraglichen Anlage hervorruft. Als wichtiges Kriterium zur Beurteilung der Betroffenheit dient in der Praxis die räumliche Distanz zum Bauvorhaben bzw. zur Anlage. Die Rechtsprechung bejaht in der Regel die Legitimation von Nachbarn, deren Liegenschaften sich in einem Umkreis von bis zu rund 100 m befinden. Bei grösseren Entfernungen muss eine Beeinträchtigung aufgrund der konkreten Gegebenheiten glaubhaft gemacht werden. Es darf allerdings nicht schematisch auf einzelne Kriterien (insbesondere Distanzwerte) abgestellt werden; vielmehr ist eine Gesamtwürdigung anhand der konkreten Verhältnisse vorzunehmen. Besteht die spezifische Beziehungsnähe, sind alle Rügen zulässig, die sich rechtlich oder tatsächlich in dem Sinn auf die Stellung des Nachbarn auswirken, dass ihm im Fall des Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht. Ein praktischer Nutzen ist zu bejahen, wenn das Durchdringen von Rügen dazu führen würde, dass das Bauvorhaben im die Beschwerdeführer belastenden Bereich nicht oder anders realisiert würde als geplant. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_313/2019 vom 28. April 2020 Erw. 2.3 mit Hinweisen).



**1.4.3** Das Grundstück Nr. 001 der Rekurrenten liegt gerade einmal 50 m von der Stelle entfernt, ab welcher der Hochwasserschutzdamm gemäss umstrittener Projektänderung gegenüber dem Auflageprojekt des Jahres 2002 baulich angepasst werden soll. Die Rekurrenten verfügen damit aufgrund der Nähe ihres Grundstücks zum Plangebiet und des Umstands, dass Änderungen am Dammverlauf Auswirkungen auf ihr Grundstück haben könnten, über die für die Bejahung der Rekursberechtigung erforderliche räumlich enge Beziehung. Sie sind durch die baulichen Massnahmen unmittelbar und in höherem Ausmass als die Allgemeinheit in eigenen Interessen betroffen. Ihre Rekurslegitimation ist damit auch im Rekurs 1 gegeben.

**1.5** Im Folgenden ist somit auf beide Rekurse – vorbehältlich Erw. 1.3 – einzutreten.

## **2.**

Die Rekurrenten bringen im Rekurs 1 einleitend vor, für die Projektänderung hätte das vereinfachte Verfahren nach Art. 27 WBG erst gar nicht durchgeführt werden dürfen, weil diese Bestimmung vorliegend keine Anwendung finde. Das ursprüngliche Projekt für die Endgestaltung des M.\_\_\_\_ sei nach den Verfahrensvorschriften des aWBG abgewickelt worden. Folglich hätte – nach der Übergangsbestimmung von Art. 71 WBG – für die umstrittene Projektänderung ebenfalls das aWBG angewendet werden müssen; dieses wiederum habe noch kein vereinfachtes Verfahren vorgesehen.

Nach Art. 71 WBG schliesst die nach bisherigem Recht zuständige Behörde oder Stelle bei Vollzugsbeginn dieses Erlasses hängige Verfahren nach bisherigem Recht ab. Die Rekurrenten übersehen bei ihrem Einwand, dass zum Zeitpunkt der Durchführung des vereinfachten Verfahrens für die umstrittene Projektänderung kein Planverfahren nach aWBG mehr hängig war. Das Baudepartement hatte mit Entscheid vom 24. November 2004 die dagegen erhobene Einsprache der heutigen Rekurrenten abgewiesen. Die gegen diesen Entscheid beim Verwaltungsgericht erhobene Beschwerde (B 2004/194) wurde am 10. Januar 2005 zufolge Rückzugs abgeschlossen; damit war das Planverfahren für die Endgestaltung des M.\_\_\_\_ rechtskräftig abgeschlossen. Folglich ist für die Projektänderung das neue WBG anwendbar und war damit auch die Durchführung des vereinfachten Verfahrens für die Projektänderung grundsätzlich möglich.

## **3.**

Mit Stellungnahme vom 17. August 2020 teilt der Vertreter der Rekurrenten hinsichtlich Rekurs 1 mit, die Vorinstanz sei für das Erteilen der Baubewilligung im vereinfachten Verfahren nicht zuständig gewesen; die Zuständigkeit dafür hätte beim Baudepartement gelegen. Deshalb müsse dieses nun die nichtige Baubewilligung der Vorinstanz aufheben. Eine Überweisung des Rekurses 1 an das Verwaltungsgericht falle ausser Betracht.



**3.1** Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. a WBG gilt der M.\_\_\_\_ im hier interessierenden Bereich als kantonales Gewässer. Die Wasserbaupflicht, welche die Pflicht zu Unterhalt und Ausbau der Gewässer umfasst, obliegt bei kantonalen Gewässern nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a WBG dem Kanton. Zuständig für die Projektierung wasserbaulicher Massnahmen an kantonalen Gewässern ist die zuständige Stelle des Kantons (Art. 16 Abs. 1 WBG), welche – nach Art. 2 Abs. 1 der Wasserbauverordnung (sGS 734.11; abgekürzt WBV) – das AWE ist. Für wasserbauliche Massnahmen an Gewässern wird das Planverfahren durchgeführt (Art. 21 Abs. 1 WBG). Auch das Auflage- und Anzeigeverfahren wird bei kantonalen Gewässern von der zuständigen Stelle des Kantons durchgeführt (Art. 22 Bst. a WBG). Das Projekt wird dabei in der politischen Gemeinde mit einer Einsprachefrist von dreissig Tagen öffentlich aufgelegt (Art. 24 Abs. 1 WBG). Das Planverfahren wird erneut durchgeführt, wenn das Projekt geändert wird (Art. 30 Abs. 1 WBG). Ist die Projektänderung klein und unbedeutend, werden die Betroffenen mit eingeschriebenem Brief unter Eröffnung einer Einsprachefrist von dreissig Tagen in Kenntnis gesetzt, soweit diese der Projektänderung nicht schriftlich zugestimmt haben (Art. 30 Abs. 2 WBG). Über die Einsprachen entscheidet bei kantonalen Gewässern die zuständige Stelle des Kantons, welche – nach Art. 2 Abs. 2 WBV – das Baudepartement ist (Art. 31 WBG). Und schliesslich bedürfen nach Art. 32 Abs. 1 WBG wasserbauliche Massnahmen an einem Gewässer auch noch der Genehmigung des zuständigen Departementes.

**3.2** Der geschilderte Verfahrensablauf für wasserbauliche Massnahmen an einem kantonalen Gewässer macht deutlich, dass den Rekurrenten zuzustimmen ist, wenn sie einwenden, die Vorinstanz sei gar nicht dafür zuständig gewesen, für die umstrittene Projektänderung eine Baubewilligung zu erteilen. Wie beschrieben, ist für wasserbauliche Massnahmen an Gewässern stets und ausschliesslich das Planverfahren nach Art. 21 Abs. 1 WBG durchzuführen. Dieses ersetzt das Baubewilligungsverfahren (Art. 21 Abs. 2 WBG). Das Planverfahren wird mit einer Genehmigung nach Art. 32 WBG abgeschlossen, nicht aber mit einer Baubewilligung nach Art. 157 Abs. 1 PBG.

**3.3** Die Nichtigkeit einer Baubewilligung ist jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (B. WALDMANN, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich/Basel/Genf 2016, N 6.22 und 6.23 ff.). Nichtigkeit ist jedoch nur gegeben, wenn die Verfügung einen besonders schweren Mangel aufweist, dieser offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet. Zur Nichtigkeit können schwerwiegende Zuständigkeitsfehler, besonders gewichtige Verfahrensfehler, schwere Form- oder Eröffnungsmängel oder ein ausserordentlich schwerwiegender inhaltlicher Mangel führen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St.Gallen 2016, N 1098, 1102 ff.). Nachdem sich vorliegend ergeben hat, dass die Vorinstanz am 9. September/12. November 2019 eine Baubewilligung für wasserbauliche Massnahmen an einem kan-



tonalen Gewässer erteilt hat, ohne dafür zuständig zu sein, ist die Baubewilligung infolge Vorliegens eines schwerwiegenden Zuständigkeitsfehlers als nichtig zu betrachten; eine bereits nichtige Verfügung kann indessen nicht auch noch aufgehoben werden. Rekurs 1 ist bezüglich des Antrags 1 dennoch gutzuheissen.

**3.4** In diesem Zusammenhang würde sich nun grundsätzlich die Frage stellen, ob Antrag 1 von Rekurs 1 (Aufhebung Baubewilligung) nicht als Beschwerde gegen die Genehmigungsverfügung des AWE vom 25. Oktober 2019 umgedeutet und zuständigkeitshalber an das Verwaltungsgericht zur Beurteilung überwiesen werden müsste. Nachdem die Rekurrenten indessen anwaltlich vertreten sind und der Rechtsvertreter mit Stellungnahme vom 17. August 2020 ausdrücklich eine Überweisung des Rekurses 1 an das Verwaltungsgericht ablehnt und stattdessen lediglich die Feststellung der Nichtigkeit und die Aufhebung der Baubewilligung vom 9. September/12. November 2019 verlangt, ist von einer Überweisung abzusehen.

#### **4.**

Im Rekurs 2 beantragen die Rekurrenten im Antrag 1 die Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2020 betreffend die Verweigerung des Baustopps. Mit Stellungnahme vom 17. August 2020 teilt der Vertreter der Rekurrenten mit, auch für den Entscheid über den beantragten Baustopp hätte die Zuständigkeit beim Baudepartement gelegen; die Verfügung der Vorinstanz sei deshalb aufzuheben. Im Übrigen sei das an die Vorinstanz adressierte Begehren um Erlass eines Baustopps vom 26. November 2019 in Kopie auch dem Baudepartement zugestellt worden; dieses hätte deshalb auf das Gesuch reagieren müssen.

**4.1** Wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird, verfügt die zuständige Stelle die Entfernung oder die Änderung der rechtswidrig ausgeführten Bauten und Anlagen oder anderweitigen Beeinträchtigungen sowie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Art. 60 Abs. 2 WBG). Zuständig für das Einschreiten ist gemäss Botschaft und Entwurf der Regierung vom 22. April 2008/14. Mai 2008 zum Wasserbaugesetz (ABI 2008, 2175 ff., Bemerkungen zu Art. 60) die jeweilige Aufsichtsbehörde gemäss Art. 8 WBG, also das Baudepartement für die kantonalen Gewässer und die politische Gemeinde für alle anderen Gewässer. Für die Aufsichtsbehörde handelt als zuständige Stelle des Kantons nach Art. 2 Abs. 1 WBV wiederum das AWE bei der Behebung eines rechtswidrigen Zustands im Sinn von Art. 60 WBG.

**4.2** Nachdem das Wasserbaugesetz (wie auch das Strassengesetz [sGS 732.1]) als lex specialis zum Planungs- und Baugesetz (lex generalis) zu betrachten ist, gehen die in Art. 60 WBG enthaltenen Vollzugsbestimmungen jenen von Art. 158 f. PBG vor. Folglich ist für Zwangsmassnahmen bei wasserbaulichen Massnahmen an einem



kantonalen Gewässer, wie beispielsweise die Anordnung der Einstellung von Arbeiten, nicht die politische Gemeinde, sondern das AWE zuständig. Das bedeutet, dass auch die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2020 an einem schwerwiegenden Zuständigkeitsfehler leidet und deshalb als nichtig zu betrachten ist, womit sich deren Aufhebung (entgegen der Antragstellung) wiederum erübrigt. Rekurs 2 ist bezüglich des Antrags 1 somit ebenfalls gutzuheissen.

**4.3** Auch in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Antrag 1 von Rekurs 2 (Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz vom 22. Januar 2020 betreffend die Verweigerung des Baustopps) nun gestützt auf Art. 11 Abs. 3 VRP nicht an das AWE zur Beurteilung überwiesen werden müsste. Nachdem die wasserbaulichen Massnahmen am umstrittenen Hochwasserdamm gemäss Bauabnahme vom 3. April 2020 vollständig abgeschlossen sind und im Herbst/Winter 2020 nur mehr Ersatzpflanzungen für einzelne gefälltete Bäume stattfinden, ist von einer Überweisung des Gesuchs vom 26. November 2019 um Einstellung der Arbeiten an das AWE abzusehen.

**4.4** Sollten die Rekurrenten an der in der Stellungnahme vom 17. August 2020 vertretenen Meinung festhalten, die Bauarbeiten am Damm seien noch im Gang, ist es ihnen überlassen, sich mit einem neuen Begehren um Einstellung der Arbeiten an das AWE zu wenden. In diesem Zusammenhang gilt es indessen zu beachten, dass es sich bei den von den Rekurrenten in der Stellungnahme vom 17. August 2020 aufgezählten baulichen Massnahmen, die auf den Nachbargrundstücken und auf der Dammkrone noch immer stattfinden (neue Treppen, Beleuchtungsanlagen, Mauern, Terrainanhebungen, Meteorwasserleitungen mit Schieberschacht, diverse Feuerstellen und Sitzplatz), nicht um wasserbauliche Massnahmen im Sinn von Art. 13 WBG handelt. Sie unterstehen deshalb von vornherein nicht den spezialgesetzlichen Bestimmungen des WBG, sondern – mit oder ohne Baubewilligungspflicht – jenen des PBG, weshalb in diesen Fällen für allenfalls notwendige Vollzugsmassnahmen die politische Gemeinde nach Art. 158 f. PBG und nicht das AWE zuständig wäre.

## **5.**

In den jeweils gleichlautenden Anträgen 2 der Rekurse 1 und 2 verlangen die Rekurrenten, es sei für die Endgestaltung Mündungsbereich M.\_\_\_\_, Ausführungsprojekt 2019/2020, Etappe 1 sowie Projektänderung Etappe 2, ein ordentliches Genehmigungsverfahren nach Art. 34 ff. aWBG durchzuführen, wobei ihnen sämtliche Parteirechte zu gewähren seien. Mit Stellungnahme vom 17. August 2020 verlangen die Rekurrenten nochmals, das Baudepartement habe im Rahmen von Rekurs 1 (gemeint ist nach der ausdrücklichen Antragstellung wohl auch von Rekurs 2) auch über die beantragte Durchführung eines ordentlichen Genehmigungsverfahrens für das Ausführungsprojekt von Etappe 1 und 2 zu entscheiden, weil die Baubewilligung der Vorinstanz vom 9. September/12. November 2019 gemäss Antrag 1 von Rekurs 1 aufgehoben werden müsse.



**5.1** Die Rekurrenten übersehen, dass die in Erw. 3 festgestellte Nichtigkeit der Baubewilligung vom 9. September/12. November 2019 nicht zur Folge hat, dass deshalb auch die im vereinfachten Planverfahren genehmigte Projektänderung ungültig und das Verfahren zu wiederholen wäre. Die Projektänderung basiert auch nach Aufhebung der (unnötigen) Baubewilligung auf einem vom Baudepartement am 25. Oktober 2019 genehmigten Sondernutzungsplan. Folglich besteht kein Anlass, das AWE anzuhalten, dieses Planverfahren zu wiederholen. Sofern die Rekurrenten der Ansicht sind, sie seien als Betroffene zu Unrecht nicht in das vereinfachte Planverfahren einbezogen worden, besteht für sie keine andere Möglichkeit, als die Genehmigungsverfügung vom 25. Oktober 2019 eben beim Verwaltungsgericht anzufechten.

**5.2** Wenn die Rekurrenten in den Anträgen 2 zu den beiden Rekursen darüber hinaus auch die Durchführung eines ordentlichen Genehmigungsverfahrens für das Ausführungsprojekt 2019/2020, Etappe 1, beantragen, ist Folgendes zu berücksichtigen: Im Rahmen des Gesuchs um Einstellung der Bauarbeiten am Hochwasserdamm bei der Vorinstanz hatte der Vertreter der Gesuchsteller erst mit Eingabe vom 13. Januar 2020 seine Anträge auf dieses Thema ausgeweitet. Damals beantragte er indessen, es sei von der Baubewilligungsbehörde "ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen". Über diesen Antrag hat die Vorinstanz in der Verfügung vom 22. Januar 2020 nicht entschieden, was von den Rekurrenten im Rekurs 2 auch nicht gerügt wurde; er ist damit von vornherein nicht Gegenstand des Rekursverfahrens 2.

**5.3** In den Anträgen 2 zu den Rekursen 1 und 2 wird somit erstmalig ein neues Begehren gestellt, über das die Vorinstanz nicht befunden hatte. Sie hätte über das Begehren nach dem oben Erwähnten auch nicht zu befinden gehabt, weil Fragen nach der ordnungsgemässen Durchführung eines Planverfahrens für wasserbauliche Massnahmen an kantonalen Gewässern erstinstanzlich ausschliesslich vom AWE als der dafür zuständigen Stelle des Kantons zu beantworten sind. Ist aber das erstinstanzliche Verfahren mit der Genehmigung des Sondernutzungsplans erst einmal abgeschlossen, kann die Rechtmässigkeit der Genehmigungsverfügung nur mehr vom Verwaltungsgericht geprüft werden. Folglich ist es nicht Sache der Rekursinstanz, sich im Rahmen der hängigen Rekursverfahren mit diesen Themen zu befassen. Auf die Rekurse 1 und 2 ist damit in diesen Punkten nicht einzutreten.

## **6.**

Die Rekurrenten beantragen in beiden Rekursen, für die Dauer der Verfahren sei die Rekursgegnerin mittels vorsorglicher Massnahme zu verpflichten, den Hochwasserdamm abzusperrern, damit dieser nicht als Fuss- und Fahrweg benutzt werden könne. Zur Begründung dieses Antrags wird in den beiden Rekursklärungen 1 und 2 einzig vorgebracht, der Damm könnte sich ohne Absperrvorrichtungen zu einem



Fuss- oder Fahrradweg entwickeln. Das aber müsse solange unterbunden werden, bis dafür ein rechtskräftiges Wegprojekt vorliege.

**6.1** Die Behörde kann zur Erhaltung des Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen (Art. 18 Abs. 1 VRP). Vorsorgliche Massnahmen sind dazu bestimmt, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen. Der Hauptzweck des einstweiligen Rechtsschutzes ist seine Sicherungsfunktion im Hinblick auf das Ergebnis des Hauptsachenverfahrens (B. MÄRKLI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti, Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 18 N 12; F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 246; CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., Rz. 1107). Für den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen sind die Interessen des Geschworenen sowie die der übrigen Beteiligten und der Öffentlichkeit gegeneinander abzuwägen. In diese Abwägung können – mit Zurückhaltung – auch die Aussichten des Ausgangs des Verfahrens einbezogen werden, sofern diese eindeutig sind. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu (VerwGE B 2019/160 vom 23. Januar 2020 Erw. 2.1; VerwGE B 2012/171 vom 10. Oktober 2012 Erw. 4.1; MÄRKLI, a.a.O., Art. 18 N 28; CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., Rz. 1111). Einstweiliger Rechtsschutz ist in allen Verfahrensarten und in allen Verfahrensstadien und durch alle Instanzen hindurch möglich und gefordert, da jedes Verfahren auch tatsächlich effektiv sein soll. Das VRP konzentriert die Bestimmungen dazu auf der erstmals möglichen Stufe, also für die vorsorglichen Massnahmen auf der Stufe der Verwaltungsbehörden. Es können aber auch die höheren Instanzen gestützt auf Art. 18 VRP ursprüngliche vorsorgliche Massnahmen erlassen (vgl. MÄRKLI, a.a.O., Art. 18 N 3 und N 14, BDE Nr. 75/2020 vom 14. August 2020 Erw. 4.1).

**6.2** Der auf dem Projekt "Endgestaltung M.\_\_\_\_" basierende Hochwasserschutzdamm mit einer Kronenbreite von rund 3,5 m verläuft im fraglichen Bereich grossteils auf dem Grundstück Nr. 003 des Rekursgegners; nur etwa 1 m bis 1,5 m der Dammkrone liegen auf den angrenzenden Privatgrundstücken. Gemäss rechtskräftigem Projekt ist der einzige Zweck des Damms, den Hochwasserschutz am M.\_\_\_\_ sicherzustellen. Dessen Dammkrone auch als öffentlichen Fuss- und Radweg nutzen zu können, war zwar zum Zeitpunkt der öffentlichen Auflage des Wasserbauprojekts im Jahr 2002 noch angedacht, wurde im Verlauf des damaligen Verfahrens aber wieder fallen gelassen, und der dafür separat aufgelegte Teilstrassenplan wurde vom Gemeinderat Z.\_\_\_\_ widerrufen. Ein öffentlicher Fuss- und Radweg auf der Dammkrone ist damit derzeit kein Thema. Damit fehlt es vorliegend von vornherein an einem pendenten "Hauptverfahren", dessen Ergebnis mittels vorsorglicher Massnahmen gesichert werden könnte.

**6.3** Es ist zwar durchaus denkbar, dass Fussgänger künftig dem M.\_\_\_\_ entlang spazieren und dabei auch die Dammkrone beschreiten, ein öffentlicher Weg ist dort allerdings weder signalisiert noch (derzeit)



geplant. Es entspricht im Übrigen dem Planungsgrundsatz von Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes über die Raumplanung (SR 700; abgekürzt RPG), den öffentlichen Zugang und die Begehung von See- und Flussufern zu erleichtern. Das öffentliche Interesse an frei zugänglichen See- und Flussufern ist nach der Rechtsprechung als erheblich einzustufen (BGE 145 II 70 Erw. 6.5 mit Hinweisen), weshalb zusätzlich kein Grund für die vorsorglich verlangte Absperrung der Uferböschungen am M.\_\_\_\_ besteht. Kommt hinzu, dass eine solche Absperrung nur mit massiven baulichen Massnahmen möglich wäre, welche wiederum – wie die nachfolgende Erwägung noch deutlich machen wird – ein vorgängiges Bewilligungsverfahren auslöste. Die in den Rekursen 1 und 2 gestellten Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen sind damit abzuweisen.

## 7.

Aus den eingereichten Vorakten ergibt sich, dass die von den Rekurrenten verlangten Absperrungen am M.\_\_\_\_ heute bereits bestehen. Im Bereich der Grundstücke Nrn. 004 und 006 wurden zwei Absperrgitter (Nord und Süd) erstellt, die sich folgendermassen präsentieren:



Absperrung Nord

**7.1** Nach Art. 56 Abs. 1 VRP entscheidet die Rekursinstanz, ohne an die Anträge der Beteiligten gebunden zu sein. Nach Art. 155 Abs. 1 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2; abgekürzt GG) umfasst die Staatsaufsicht nach Massgabe der Kantonsverfassung die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Tätigkeit der Gemeinde. Die Vorschriften über die Staatsaufsicht gelten sachgemäss für die selbständigen öffentlich-rechtlichen Unternehmen (wie beispielsweise den Rekursgegner), die Gemeindeverbände und die Zweckverbände (Art. 155 Abs. 2 GG). Nach Art. 156 Bst. b GG in Verbindung mit Art. 25 Bst. b, c und d<sup>bis</sup> des Geschäftsreglementes der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3) ist für die vorliegend interessierenden Absperrgitter in der Grünzone Freihaltung am Flussufer des M.\_\_\_\_ das Baudepartement Aufsichtsinstanz. Nach Art. 158 GG übt das zuständige Departement die Aufsicht durch Kontrollen (Bst. a), Verfügungen und Weisungen (Bst. b), Genehmigungen (Bst. c) sowie Aufhebung von Verfügungen (Bst. d) aus. Aufsichtsrechtliches Einschreiten ist allerdings nur zulässig, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 1999/III/36 und



2004/I/9; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, Basel und Stuttgart 1976, Nr. 145 B III, S. 1071).

**7.2** Bei den beiden Absperranlagen Nord und Süd handelt es sich um massive, rund 2 m hohe und 4 m lange Gitterelemente, die im Boden verankert und miteinander fest verbunden sind. Die Absperranlagen reichen von den Privatgrundstücken über den Hochwasserschutzdamm bis ins Wasser des M.\_\_\_\_ und verhindern vollständig das Begehen des Flussufers. Bei den beiden Absperranlagen handelt es sich nicht um wasserbauliche Massnahmen nach Art. 13 WBG, sondern ausschliesslich um baupolizeilich relevante Sachverhalte. Die Anlagen unterliegen damit nicht den Bestimmungen des WBG; sie sind vielmehr offensichtlich baubewilligungspflichtig nach Art. 136 Abs. 1 PBG. In materieller Hinsicht ist dabei von Belang, dass sich die beiden Anlagen vollständig in der Grünzone Freihaltung befinden. Nach Art. 17 Abs. 1 BauG umfassen Grünzonen Gebiete, die nicht überbaut werden dürfen. Sie dienen beispielsweise der Freihaltung von Flächen vor Überbauung (Bst. a). Oberirdische Bauten und Anlagen sind darin nur zulässig, soweit der Zweck der Zone sie erfordert (Art. 17 Abs. 2 erster Satzteil BauG). Weiter ist zu berücksichtigen, dass am 1. Juni 2011 die revidierte eidgenössische Gewässerschutzverordnung (SR 814.201; abgekürzt GSchV) in Kraft getreten ist, welche die Kantone verpflichtet, entlang der Gewässer Gewässerräume festzulegen, die künftig grundsätzlich von Bauten und Anlagen freigehalten werden müssen. Für die Zeit bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums hat der Bundesrat in der GSchV unmittelbar anwendbare Übergangsbestimmungen erlassen, die verbindlich festlegen, wie breit momentan die beidseits eines Gewässers verlaufenden Uferstreifen sein müssen und welche Nutzungen darin zulässig sind. Nach Abs. 2 der Übergangsbestimmungen der GSchV gelten – solange die Kantone den Gewässerraum noch nicht festgelegt haben – die Vorschriften von Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV für Bauten und Anlagen entlang von Gewässern auf einem beidseitigen Streifen von je 20 m (bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle über 12 m Breite). Diese Übergangsbestimmungen haben zur Folge, dass neue Bauten und Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 GSchV im Gewässerraum nur mehr erstellt werden dürfen, wenn sie standortgebunden sind und im öffentlichen Interesse liegen.

**7.3** Die bestehenden Absperranlagen sind unbestritten formell rechtswidrig, weil sie ohne vorgängige Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens vom Rekursgegner erstellt wurden. Aus dessen Vernehmlassung vom 28. Mai 2020 und dem beiliegenden Abnahmeprotokoll ergibt sich, dass die beiden Absperrzäune nur provisorisch erstellt worden seien. Im Rahmen der Landerwerbsverhandlungen mit den betroffenen Grundeigentümern seien sie verlangt worden und sollen jetzt solange belassen werden, bis die Politische Gemeinde Z.\_\_\_\_ für den Bereich des Damms zwischen dem Gebiet E.\_\_\_\_ und der Schiffsanlegestelle X.\_\_\_\_ über ein rechtskräftiges Fusswegprojekt verfüge. Privatrechtliche Vereinbarungen zwischen dem Rekursgegner und Dritten vermögen nun aber die Baubewilligungspflicht der beiden



Zäune nicht auszuhebeln. Die Anlagen sind zudem nicht nur formell rechtswidrig; nachdem sie ausserhalb der Bauzone in der Grünzone Freihaltung und innerhalb des nach den Übergangsbestimmungen zur GSchV frei zu haltenden Uferstreifens zu liegen kommen, verstossen sie auch klar gegen materielle Rechtsvorschriften; ihre nachträgliche Bewilligungsfähigkeit ist damit ausgeschlossen, weshalb sich die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens von vornherein erübrigt. Mit der unbewilligten Erstellung der Absperranlagen sind somit klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften und öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden. Unter diesen Umständen ist der Rekursgegner aufsichtsrechtlich anzuweisen, die Zaunanlagen innert 14 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids zu entfernen.

#### **8.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rekurse 1 und 2 in Bezug auf ihre Anträge 1 jeweils im Sinn der Erwägungen gutzuheissen sind. Sowohl die Baubewilligung der Vorinstanz vom 9. September/12. November 2019 als auch deren Verfügung vom 22. Januar 2020 leiden an einem schwerwiegenden Zuständigkeitsfehler und sind deshalb nichtig. In Bezug auf die Rekursanträge 2 ist auf die Rekurse 1 und 2 im Sinn der Erwägungen nicht einzutreten und die in beiden Rekursverfahren gestellten Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen (jeweils Rekursantrag 3) sind abzuweisen.

Zusätzlich ist der Rekursgegner aufsichtsrechtlich anzuweisen, die beiden ohne Baubewilligung erstellten Absperranlagen innert 14 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids zu entfernen.

#### **9.**

**9.1** Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes unterscheiden sich Bauprozesse, an denen Bauherr und Baueinsprecher mit einem direkten Interesse am Prozessausgang teilnehmen, grundsätzlich nicht von den Verfahren vor Zivilgerichten. Die Prozesskosten werden deshalb in diesen Fällen jeweils in der Regel nicht dem Gemeinwesen, sondern den beteiligten Privaten auferlegt (VerwGE vom 16. November 1998 i.S. E.D.). Die Entscheidgebür beträgt je Rekurs Fr. 2'400.–, zusammen also Fr. 4'800.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang der Verfahren entsprechend haben die Rekurrenten die amtlichen Kosten unter solidarischer Haftung (Art. 96<sup>bis</sup> VRP) zu jeweils zwei Drittel (Fr. 1'600.–, insgesamt 3'200.–) und der Rekursgegner zu jeweils einem Drittel zu bezahlen. Bei dieser Kostenverlegung wird berücksichtigt, dass die Rekurse 1 und 2 nur in Bezug auf die Anträge 1 – und damit nur im Umfang von einem Drittel der gestellten Begehren – gutzuheissen sind.

**9.2** Die vom Vertreter der Rekurrenten in den Rekursen 1 und 2 am 10. bzw. 24. Februar 2020 geleisteten Kostenvorschüsse von jeweils



Fr. 1'800.– sind anzurechnen und damit sind für Rekurs 1 und 2 jeweils Fr. 200.– zurück zu erstatten.

**9.3** Auf die Erhebung der amtlichen Kosten (insgesamt Fr. 1'600.–) beim Rekursgegner ist jedoch zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

#### **10.**

Die Rekurrenten stellen in beiden Verfahren Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

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

**10.2** Die Rekurrenten obsiegen in den Rekursen 1 und 2 jeweils in Bezug auf die Anträge 1. Da die Verfahren zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten boten, die den Beizug eines Rechtsvertreters rechtfertigen, besteht damit Anspruch auf eine reduzierte ausseramtliche Entschädigung (Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Weil keine Kostennote vorliegt, ist die ausseramtliche Entschädigung in Anwendung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 22 der Honorarordnung (sGS 963.75; abgekürzt HonO) ermessensweise auf jeweils Fr. 1'000.–, insgesamt Fr. 2'000.–, festzulegen; sie ist vom Rekursgegner zu bezahlen. Da keine begründeten Anträge um Zusprechung der Mehrwertsteuer gestellt wurden, ist diese aufgrund des per 1. Januar 2019 geänderten Art. 29 HonO nicht zum Honorar hinzuzurechnen.

## **Entscheid**

### **1.**

**a)** Der Rekurs 1 von A.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_, wird im Sinn der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

**b)** Es wird festgestellt, dass der Beschluss des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 9. September/12. November 2019 nichtig ist.

**c)** Der Rekurs 2 von A.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_, wird im Sinn der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

**d)** Es wird festgestellt, dass der Beschluss des Gemeinderates Z.\_\_\_\_ vom 22. Januar 2020 nichtig ist.

**e)** Die von A.\_\_\_\_ in den Rekursen 1 und 2 gestellten Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen werden abgewiesen.



**2.**

**a)** A.\_\_\_\_ bezahlen unter solidarischer Haftung eine Entscheidungsbüher von insgesamt Fr. 3'200.–.

**b)** Die am 10. und 24. Februar 2020 von Dr. Christoph Bürgi, St.Gallen, geleisteten Kostenvorschüsse von jeweils Fr. 1'800.– werden angerechnet, die Überschüsse von je Fr. 200.– zurückerstattet.

**c)** Auf die Erhebung des Anteils der amtlichen Kosten in der Höhe von insgesamt Fr. 1'600.– beim B.\_\_\_\_, St.Gallen, wird verzichtet.

**3.**

Die Begehren von A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten werden gutgeheissen. Das B.\_\_\_\_ entschädigt A.\_\_\_\_ ausseramtlich mit insgesamt Fr. 2'000.–.

**4.**

Das B.\_\_\_\_ wird im Sinn der Erwägungen aufsichtsrechtlich angewiesen, die beiden ohne Baubewilligung erstellten Absperranlagen innert 14 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids zu entfernen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann  
Regierungsrätin