



Fall-Nr.: 22-8018
Stelle: Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
Instanz: Bau- und Umweltdepartement
Publikationsdatum: 15.05.2024
Entscheiddatum: 26.04.2024

BUDE 2024 Nr. 032

Baurecht, Art. 159 Abs. 1 PBG. Die Baubehörde hat die im Grundsatz bereits rechtskräftig verfügte Wiederherstellungsmassnahme korrekt konkretisiert. Der Grundeigentümer wird damit verpflichtet, auf dem illegal errichteten Vorplatz ausserhalb der Bauzone einen Baum zu pflanzen und entlang der Strasse zwei Rabatten zu erstellen, damit zum einen das ebenfalls illegale Haus von der Strasse her abgedeckt und zum anderen damit die zonenwidrige Nutzung des Vorplatzes reduziert wird. Abweisung des Rekurses. // (Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben.)

BUDE 2024 Nr. 32 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



22-8018

Entscheid Nr. 32/2024 vom 26. April 2024

Rekurrent

A.____,
vertreten durch lic.iur. Thomas Stadelmann, Rechtsanwalt,
Museumstrasse 35, 9004 St.Gallen

gegen

Vorinstanz

Gemeinderat Z.____ (Beschluss vom 17. Oktober 2022)

Betreff

Wiederherstellung Bepflanzung



Sachverhalt

A.

A.____ ist Eigentümer des 415 m² grossen Grundstücks Nr. 0001, Grundbuch Z.____, in Y.____. Das Grundstück liegt wie die südlichen Nachbargrundstücke gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.____ vom 22. Dezember 1998 teils im übrigen Gemeindegebiet (üG) und teils in der Grünzone Freihaltung (GF). Erschlossen werden die Grundstücke westlich über die B.-strasse (eine Gemeindestrasse 2. Klasse). Östlich davon fliesst der K.-Fluss.

Das Grundstück Nr. 0001 ist mit einem kleinen Ferienhaus (Vers.-Nr. 0002) überbaut. Das Dachgeschoss des vormals eingeschossigen Gebäudes ist ausgebaut. An der Nordfassade des Ferienhauses befindet sich ein Gerätehausanbau.

Der westliche Vorplatz zur B.-strasse ist über die gesamte Breite bekiest. Das Gelände fällt von der Strasse zum Ferienhaus hin leicht ab. An der nördlichen Grundstücksgrenze befindet sich ein Kandelaber, die Grundstücksgrenze ist hier mit einer Hecke bepflanzt. Entlang der südlichen Grundstücksgrenze bis zur B.-strasse ist eine immergrüne Hecke gepflanzt. Die Heckenbepflanzung wird durch eine Sichtschutzwand aus Steingabionen in gleicher Höhe unterbrochen.

Der Gemeinderat Z.____ stellte mit Beschluss vom 10. August 0002 fest, dass das Ferienhaus Vers.-Nr. 0002 formell und materiell rechtswidrig ist, verzichtete aber auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Die Einsprache der damaligen Eigentümer des Nachbargrundstücks Nr. 2022 hiess er dementsprechend teilweise gut. Sowohl A.____ als auch die Nachbarn erhoben dagegen Rekurs beim Baudepartement (seit 1. Oktober 2021: Bau- und Umweltdepartement). Dieses entschied am 3. Februar 2021 Folgendes:

[...]

- 1.c) Ziff. 2 des Bauentscheids der Vorinstanz vom 10. August 0002 wird wie folgt geändert:

Auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird **teilweise** verzichtet, da die privaten Interessen den öffentlichen Interessen grossteils ~~wesentlich~~ vorgehen. Ausserdem handelt es sich um Tatbestände, die sich vor rund 35 bzw. 31 Jahren ereignet haben. Dafür ist der Wiederherstellungsanspruch der Gemeinde infolge Zeitablaufs **teilweise** verwirkt.

- d) Ziff. 4 des Einspracheentscheids der Vorinstanz vom 10. August 0002 wird wie folgt geändert:

Auf Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf Grundstück Nr. 0001 wird **teilweise** verzichtet. Der Gemeinderat Z.____ wird ange-



wiesen, A. ___ innert 90 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids mittels einer Wiederherstellungsverfügung zu einer teilweisen Bepflanzung des Vorplatzes auf Grundstück Nr. 0001 anzuhalten.

Zur Begründung wurde angebracht, dass die Vorinstanz die nachgesuchte Baubewilligung zu Recht verweigert und aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen auch weitgehend zu Recht auf Rückbaumassnahmen verzichtet habe. Einzig in Bezug auf den Vorplatz seien Wiederherstellungsmassnahmen nachzuholen, da dieser in die Beurteilung der Identität miteinzubeziehen sei. Hier hätten im Jahr 2004 noch zwei Bäume mit ausladenden Kronen gestanden, im Jahr 2011 habe noch eine hohe Hecke entlang der Strasse das Haus weitgehend abgedeckt. Der nun offene, unbegrünte Vorplatz gebe einerseits den Blick auf das illegale Ferienhaus ungehindert frei. Andererseits sei die zonenfremde Nutzung des Vorplatzes durch das Einkiesen der gesamten Fläche nochmals deutlich intensiviert worden. Folglich sei der Beschluss der Vorinstanz, dass auf Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf Grundstück Nr. 0001 vollständig zu verzichten sei, nicht vollumfänglich haltbar. Es liege durchaus im erheblichen öffentlichen Interesse, wenigstens die Sicht auf das illegale Ferienhaus von der B.-strasse her und die zonenfremde Nutzung des Vorplatzes etwas einzuschränken, wenn schon aus Verhältnismässigkeitsgründen auf den Rückbau des Ferienhauses bzw. der baulichen Abweichungen von den bewilligten (nichtigen) Plänen im Wesentlichen verzichtet werde. Zwar bestehe ein privates Interesse, den Vorplatz an der B.-strasse möglichst vollständig als Abstellplatz nutzen zu können. Das Privatinteresse werde aber vom öffentlichen Interesse überwogen, das (zu grosse) Ferienhaus wenigstens etwas hinter Bepflanzungen zu verstecken und dadurch gleichzeitig die unzulässige zonenfremde Nutzung des Platzes zu reduzieren. Dementsprechend seien die Bau- und Einspracheentscheide in dem Sinn anzupassen, dass auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf Grundstück Nr. 0001 nur teilweise verzichtet werde. Die Vorinstanz sei anzuweisen, innert 90 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids mittels einer Wiederherstellungsverfügung zu einer teilweisen Bepflanzung des Vorplatzes auf Grundstück Nr. 0001 anzuhalten. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

a) Mit Beschluss vom 9. August 2021 erliess der Gemeinderat Z. ___ folgende Wiederherstellungsverfügung:

1. A. ___ wird verpflichtet, auf der westlichen Seite des Grundstücks Nr. 0001, entlang der B.-strasse auf der Hälfte der Anstosslänge gemessen ab der nordwestlichen Grundstücksecke einen neuen Lebhag anzupflanzen.
2. Die Abstandsvorschriften für Lebhäge gemäss Art. 28 BauR sind einzuhalten.



3. Die Neuanpflanzung ist in drei Monaten seit Rechtskraft der vorliegenden Wiederherstellungsverfügung umzusetzen.

b) Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft, jedoch kam A.____ der entsprechenden Verpflichtung nicht nach. Der Gemeinderat zeigte deshalb seinem damaligen Rechtsvertreter lic.iur. Rony Kolb, Rechtsanwalt, Widnau, mit Schreiben vom 17. November 2021 die weiteren Schritte wie folgt auf:

- a) Ihr Mandant, A.____ wird eine Frist von 30 Tagen eingeräumt, dem Gemeinderat Z.____ einen Plan über die geforderte Anpflanzung auf Grundstück Nr. 0001 zu unterbreiten. Der Plan hat Lage, Ausdehnung, Art und Weise der Bepflanzung im Detail aufzuzeigen.
- b) Wird der geforderte Plan innert der geforderten Frist nicht eingereicht, lässt der Gemeinderat einen entsprechenden Plan von einem anerkannten Landschaftsgärtner – auf Kosten von A.____ – anfertigen.
- c) Nach der Durchführung des ordentlichen Verfahrens wird die Anpflanzung durch die Gemeinde in Auftrag gegeben.
- d) Ihr Mandant muss nicht nur die gesamten Verfahrenskosten tragen, sondern auch mit einer Busse/Anzeige wegen Missachtung einer behördlichen Anordnung rechnen.

c) A.____ liess darauf mit Schreiben vom 14. Dezember 2021 um eine Fristerstreckung bis Ende Januar 2022 nachsuchen, die ihm mit Schreiben vom 21. Dezember 2021 gewährt wurde. Mit Schreiben vom 31. Januar 2022 ersuchte er um eine weitere Erstreckung bis Ende Februar 2022. Am 27. Januar 2022 zeigte lic.iur. Thomas Stadelmann, Rechtsanwalt, St.Gallen, an, dass er neu die Interessen von A.____ vertrete und ersuchte seinerseits um eine Fristerstreckung bis Ende März 2022. Diese wurde ihm mit Schreiben vom 2. Februar 2022 letztmals gewährt.

d) Mit Schreiben vom 7. März 2022 liess A.____ den Gemeinderat durch seinen Rechtsvertreter zu einem Augenschein einladen. Die Behörde kam dieser «Einladung» am 8. April 2022 nach, in deren Folge sie von A.____ ein Gesuch für eine angepasste Wiederherstellung erwartete. Nachdem aber wiederum nichts passierte, stellte der Gemeinderat am 2. August 2022 den Entwurf der Ersatzvornahme zu.

e) A.____ liess mit Schreiben vom 5. und 17. August sowie 20. September 2022 beantragen, auf die Ersatzvornahme zu verzichten. Dabei rügte er namentlich, dass er grundsätzlich nicht bereit sei, das Risiko eines Leitungsbruchs oder einer anderen Schädigung zu tragen. Es müsse deshalb sichergestellt werden, dass ihm durch das Setzen eines Baums keine weiteren Kosten entstünden.



f) Der Gemeinderat antwortete am 21. September 2022, dass er nicht mehr bereit sei, weitere Verzögerungen hinzunehmen und nun entscheiden werde und liess in der Folge eine Offerte von einer Gartenbaufirma erstellen.

C.

Mit Beschluss vom 17. Oktober 2022 erliess der Gemeinderat Z.____ folgende Wiederherstellungsverfügung:

1. Gestützt auf den Entscheid Nr. 12/2021 des Baudepartementes des Kantons St.Gallen sowie den Beschluss des Gemeinderates Z.____ vom 9. August 2021 verfügt der Gemeinderat im Sinn der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bzw. der Ersatzvornahme die nachfolgend unter Ziff. 2 beschriebene Bepflanzung auf dem Grundstück Nr. 0001, Y.____.
2. Der Gemeinderat ordnet die Umsetzung folgender Bepflanzung an:
 - a) Erstellen von zwei Rabatten beim Eingangsbereich, bzw. Grenzbereich zur Strasse;
 - b) Erstellen eines Baums im Vorplatzbereich vor dem Gebäude Nr. 0002. Die exakte Lage des Baums kann A.____ in Absprache mit der Gartenbaufirma festlegen.
3. A.____ wird die Möglichkeit eingeräumt, die beschriebene Bepflanzung bis zum 15. November 2022 bei einem Gartenbauunternehmen seiner Wahl in Auftrag zu geben und der Gemeinde bis zu diesem Datum den schriftlichen Nachweis betreffend erfolgter Arbeitsvergabe zu unterbreiten.
4. Liegt der schriftliche Nachweis der erfolgten Arbeitsvergabe bis zum genannten Datum nicht vor, wird die Gemeindeverwaltung die beschriebene Bepflanzung bei der Firma Gartenbau Mäder AG, Z.____, umgehend in Auftrag geben – mit Kostenfolge zu Lasten von A.____.
5. Im Fall der Wiederherstellung durch die Gemeinde trägt A.____ die Kosten bis und mit Umsetzung der Wiederherstellung:
 - a) Verfügungen und Korrespondenzen der Gemeinde Fr. 350.–
 - b) Augenschein vom 8. April 2022 Fr. 240.–
 - c) Aufarbeiten/Zurverfügungstellung Planunterlagen Fr. 80.–
 - d) Wiederherstellungsverfügung Fr. 150.–
 - e) Umsetzung der Wiederherstellung, Gartenbau Fr.5'404.70

Total Fr.6'224.70



6. [Rechtsmittel]

Zur Begründung wurde angebracht, dass sämtliche Bemühungen gescheitert seien, dass A.____ den rechtmässigen Zustand von sich aus wiederherstelle. Ihm sei zuzustimmen, dass die rechtskräftig verfügte etwa 2 m hohe Hecke nicht verkehrssicher sei. Möglich seien stattdessen aber zwei Rabatten entlang der Strasse, wie es auch bei den Nachbargrundstücken der Fall sei sowie ein Baum. Es sei seine Sache sicherzustellen, dass beim Pflanzen keine Leitungen verletzt würden. Die eingeholte Offerte im Betrag von gut Fr. 5'000.– sei angemessen.

D.

Gegen diesen Beschluss erhob A.____ am 28. Oktober 2022 durch seinen Rechtsvertreter Rekurs beim Bau- und Umweltdepartement. Mit Rekursergänzung vom 9. November 2022 werden folgende Anträge gestellt:

1. Der angefochtene Entscheid des Gemeinderates Z.____ vom 17. Oktober 2022 sei vollumfänglich aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventuell sei die Wiederherstellung auf die Pflanzung eines Baums im nordöstlichen Vorplatzbereich vor dem Gebäude Vers.-Nr. 0002 zu beschränken.
3. Auf eine Ersatzvornahme sei zu verzichten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz (zuzüglich Mehrwertsteuer).

Zur Begründung wird geltend gemacht, dass der Rekurrent das Ferienhaus im Februar 2017 gekauft habe, die vorherige Begründung des Vorplatzes sei aber bereits vor dem Eigentumserwerb entfernt worden. Zwar sei die Verpflichtung, den Vorplatz zumindest teilweise wieder zu begrünen, unangefochten in Rechtskraft erwachsen, zwischenzeitliche Abklärungen hätten aber ergeben, dass eine Bepflanzung ohne genaue Kenntnisse des Verlaufs der unterirdischen Leitungen im Vorplatz zu risikoreich sei. Sinn und Zweck der rechtskräftigen Verpflichtung, den Vorplatz wieder zu begrünen sei einzig, das Ferienhaus abzudecken. Mithin sei die Verpflichtung, nebst einem Baum zu pflanzen, auch noch Rabatten zu erstellen unverhältnismässig. Schliesslich sei die angesetzte Wiederherstellungsfrist auch nutzlos. Statt eine Frist zur Auftragserteilung hätte wenn schon eine Frist zur Umsetzung angesetzt werden müssen. Vorliegend könnte ja eine Gartenbaufirma in ert Frist beauftragt werden, den Baum erst in fünf Jahren zu pflanzen. Auch deshalb sei die Anordnung aufzuheben bzw. anzupassen.

E.

a) Mit Vernehmlassung vom 24. November 2022 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird geltend ge-



macht, es sei Aufgabe des Gemeinderates, den Entscheid des Baudepartementes vom 3. Februar 2021 umzusetzen, weshalb er mit Beschluss vom 9. August 2021 eine erste Wiederherstellung angeordnet habe, die unangefochten in Rechtskraft erwachsen sei. Gleichwohl habe der Gemeinderat in der Folge dem Rekurrenten gegenüber Entgegenkommen gezeigt, was die exakte Ausgestaltung betreffe, weshalb er am 17. Oktober 2022 inhaltlich anders verfügt habe. Der Rekurrent verhalte sich deshalb treuwidrig, wenn er die selbst beantragte Abänderung wiederum anfechte. Den Orthofotos könne entnommen werden, dass entlang der Strasse bis zum Jahr 2011 eine Hecke gestanden habe. Dem Rekurrenten sei beizupflichten, dass diese Hecke aus verkehrstechnischer Sicht nicht mehr gleich ersetzt werden könne. Der heutige Vorplatz stosse aber reglementswidrig länger als 6 m direkt an die Strasse an, weshalb zumindest die verfügte Rabatte erstellt werden müsse. Zwar wäre es besser gewesen, wenn das rechtswidrige Haus wiederum mit zwei Bäumen kaschiert würde, man sei aber auch diesbezüglich dem Rekurrenten entgegengekommen und habe sich mit bloss einem Baum einverstanden erklärt, wobei ihm sogar überlassen werde, welchen Baum er pflanzen wolle. Dem Rekurrenten seien alle Pläne ausgehändigt worden, die den Verlauf von Leitungen im Untergrund des Vorplatzes zeigten. Mithin stünde dem Pflanzen nichts mehr im Weg.

b) Der Rekurrent bestreitet mit Schreiben vom 21. Dezember 2022 einen Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn er rüge, dass die verfügte Wiederherstellung zu einem rechtswidrigen Zustand führe. Tatsache bleibe, dass zwischen der verfügten Wiederherstellung und der verfügten Ersatzvornahme keine Identität bestehe.

F.

a) Das Bau- und Umweltdepartement führte am 30. März 2023 in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten einen Augenschein durch.

b) Mit Eingabe vom 11. Mai 2023 lässt sich der Rekurrent zum Augenscheinprotokoll vernehmen und u.a. geltend machen, dass es zu keiner Zeit eine parallel zur Strasse verlaufende Rabatte gegeben habe. Eine solche zu verlangen sprengte die Grenzen der Wiederherstellung. Die von der Gemeinde gewünschte Beschränkung lasse sich auch durch einen Stein sicherstellen.

G.

Am 4. März 2024 erklärt C.____, der neue Eigentümer des Nachbargrundstücks Nr. 0003, auf entsprechende Nachfrage, dass er nicht anstelle seiner Rechtsvorgänger in das Verfahren eintrete und damit einverstanden sei, nicht mehr angeschrieben zu werden.

H.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten in den vorgenannten Eingaben wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.



Erwägungen

1.

1.1 Die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes ergibt sich aus Art. 43^{bis} 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). Die Verfügung betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erging am 17. Oktober 2022. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben «Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG» vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/II/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

3.

Nach Meinung des Rekurrenten sind die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen unverhältnismässig und gehen namentlich über das hinaus, wozu die Rekursinstanz die Vorinstanz angehalten habe.

3.1 Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bedeutet eine Eigentumsbeschränkung und ist folglich nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 der Bundesverfassung; SR 101; abgekürzt BV). Nach Art. 159 Abs. 1 PBG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder Abänderung rechtswidrig erstellter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen widerspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Ist die materielle und formelle Rechtswidrigkeit gegeben, besteht grundsätzlich ausreichender Anlass zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Das ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip (B. HEER, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 1018, 1205). Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist grundsätzlich gegeben, weil das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Grundordnung und an der konsequenten Verhinderung baurechtswidriger Bauten und Anlagen generell gross ist. Werden widerrechtliche, das heisst dem Raumplanungsrecht widersprechende Bauten und Anlagen nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, wird die-



ser Grundsatz unterminiert und rechtswidriges Verhalten belohnt. Formell rechtswidrige Bauten und Anlagen, die nachträglich nicht bewilligt werden können, müssen deshalb grundsätzlich beseitigt werden (BGE 136 II 359 Erw. 6 mit Hinweisen). Dies gilt besonders ausserhalb der Bauzonen, wo deren Bestand nicht nur gegen das Gleichbehandlungsgebot, sondern zusätzlich auch gegen zentrale Grundsätze der Raumplanung, namentlich gegen das Prinzip der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet und gegen das Gebot der haushälterischen Nutzung des Bodens verstösst (CH. KÄGI, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 0002, Art. 159 N 16).

3.2 Vorliegend hat das Baudepartement bereits am 3. Februar 2021 rechtskräftig festgestellt, dass das Gebäude und der Vorplatz auf Grundstück Nr. 0001 illegal sind, dass aber nur, aber immerhin, der Vorplatz teilweise wiederhergestellt bzw. begrünt werden muss. Dafür hat es die Vorinstanz angewiesen, mittels Wiederherstellungsverfügung tätig zu werden. Gemäss dieser Entscheidung ist der offene unbegrünte Vorplatz deshalb rechtswidrig, weil er einerseits den Blick auf das illegale Ferienhaus frei gibt und andererseits die zonenfremde Nutzung wegen der vollständig eingekiesten Fläche nochmals deutlich intensiviert. Tatsächlich war weder die Gestaltung noch die Nutzung des Vorplatzes je Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens. Aus den Orthophotos ist vielmehr erkennbar, dass vor dem Haus noch im Jahr 2004 bzw. 2011 zwei grosse Bäume mit ausladenden Kronen gestanden haben bzw. die Strasse von einer hohen Hecke gesäumt war, womit das baurechtswidrige Haus praktisch vollständig abgedeckt und der Vorplatz nur teilweise zum Parkieren nutzbar war. Erst seit dem Jahr 2013 präsentiert sich der Vorplatz wie heute leer bzw. kann gesamthaft zonenwidrig genutzt werden. Nachdem die Anordnung der grundsätzlichen Wiederbegrünung des Vorplatzes unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist und somit nicht nochmals beurteilt werden kann und muss, ist zu prüfen, ob die angeordnete Pflanzung eines Baums und die verfügte Erstellung der Rabatte der Anordnung gemäss Entscheidung vom 3. Februar 2021 entspricht und verhältnismässig ist.

3.3 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). Die Berufung auf den guten Glauben kommt aber nur in Betracht, wenn die Bauherrschaft bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder



Nutzung berechtigt. Gemäss Bundesgericht darf vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben und Nutzungsänderungen allgemein bekannt ist. Dies gilt erst recht bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen. Zwar kann sich grundsätzlich auch die Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, gegenüber einem Abbruch- oder Wiederherstellungsbefehl auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Sie 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 der Bauherrschaft erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichtes 1C_347/2017 vom 23. März 2018 Erw. 6.3; BGE 132 II 21 Erw. 6.4 S. 40; vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichtes 1C_179/2013 vom 15. August 2013 Erw. 5.3).

3.4 Dass die Erstellung eines Kiesplatzes zum Parkieren ausserhalb der Bauzonen baubewilligungspflichtig ist, muss nach dem Gesagten als bekannt vorausgesetzt werden. Sodann hilft dem Rekurrenten nicht, dass der illegale Vorplatz durch seinen Rechtsvorgänger erstellt worden ist, weil ihm dessen Handeln angerechnet werden muss (VerwGE B 2019/219 vom 29. August 0002 Erw. 7.3 mit Hinweis). Der Gutgläubensschutz kommt vorliegend somit nicht zum Zug. Sollte der Rekurrent deswegen einen Schaden erleiden, stünde es ihm im Rahmen der privatrechtlichen Möglichkeiten frei, sich am Verkäufer schadlos zu halten. Dazu kommt, dass der Wiederherstellungsanspruch bei illegalen Bauten und Anlagen ausserhalb Bauzonen grundsätzlich nicht verwirkt (BGE 147 II 309 Regeste). Vorliegend wäre jedoch selbst die Verwirkungsfrist von 30 Jahren, die innerhalb Bauzonen gilt, noch nicht abgelaufen. Zudem ist die grundsätzliche Pflicht, den Vorplatz wieder zu begrünen, mit dem unangefochtenen Entscheid vom 3. Februar 2021 vor drei Jahren bereits rechtskräftig festgelegt worden, womit vorliegend nur noch über den Umfang der Wiederherstellungsmassnahme entschieden werden muss, nicht aber über die grundsätzliche Wiederherstellungspflicht an sich.

3.5 Mit dem angefochtenen Beschluss ist die Vorinstanz auf ihre rechtskräftige Anordnung zurückgekommen, die Hecke entlang der Strasse zu ersetzen. Der Grund dafür war, dass damit die nötigen Sichtzonen verletzt worden wären. Stattdessen hat sie Rabatten verfügt. Mit bepflanzten Rabatten bis zu 60 cm Höhe werden nebst der Anforderung, dass der Vorplatz wieder teilweise begrünt und damit die zonenwidrige Nutzung als Parkplatz reduziert werden soll, sowohl die Verkehrssicherheit wie auch die reglementarische Bestimmung erfüllt, dass Vorplätze nur mit einer maximalen Anstosslänge von 6 m gegenüber öffentlichen Strassen erstellt werden dürfen (vgl. Art. 45^{bis} des Baureglements der Politischen Gemeinde Z.____ vom 4. April 2014; abgekürzt BauR). Der Umstand, dass das Gelände des Vorplatzes zur Strasse leicht ansteigt, ändert dabei an der verkehrssicheren Zufahrt nichts. Steine anstelle der verfügbaren Rabatten, die sich der Rekurrent als mildere Massnahme wünscht, sind deshalb keine Alternative, weil



mit der bereits rechtskräftigen Anordnung nicht bloss die illegale Nutzung des Vorplatzes eingeschränkt, sondern dieser auch wieder begrünt werden soll. Kommt dazu, dass mit bloss mobilen Steinen nicht sichergestellt ist, dass Art. 45^{bis} BauR erfüllt bleibt, zumal es der Baubehörde nicht zuzumuten ist, ständig zu kontrollieren, ob die maximale Anstosslänge mit den mobilen Steine eingehalten ist.

3.6 Der Rekurrent verschliesst sich nach eigenen Worten der Pflanzung eines Baums nicht grundsätzlich, wehrt sich aber dennoch dagegen, weil er befürchtet, dass dabei an den Leitungen im Boden Schäden entstehen könnten, wofür er nicht haften will. Tatsächlich wäre der grundsätzliche Einwand gegen die Pflicht, den Vorplatz wieder mit einem Baum zu begrünen, zwischenzeitlich auch verwirkt, da der Rekurrent bereits mit Entscheid vom 3. Februar 2021 rechtskräftig verpflichtet wurde, das illegale Ferienhaus von der Strasse aus gesehen «hinter Bepflanzungen zu verstecken». Kommt dazu, dass die Vorinstanz ihm überlässt, den genauen Standort des Baums zu bestimmen. Sodann übersieht der Rekurrent, dass auf dem Vorplatz ursprünglich sogar zwei grosse Bäume gestanden haben und dass die wesentlichen Leitungen planlich dargestellt sind. Abgesehen davon, dass diese Pläne im öffentlich zugänglichen Geoportal frei einsehbar sind, wie es beispielhaft aus den Werkplänen Abwasser und Elektrizität hervorgeht, hat ihm die Vorinstanz sämtliche Werkpläne zur Verfügung gestellt.

Dementsprechend ist es für eine fachmännische Gartenbaufirma problemlos möglich, ein Loch für einen Baum auszuheben, ohne dass dabei die im Boden verlegten Leitungen verletzt werden, wie auch sonst überall im Strassenraum ohne weiteres ständig Gräben ausgehoben werden, ohne dass dabei die bereits vorhandenen Kabel, Röhren und Leitungen im gleichen Strassenabschnitt verletzt würden. Sollte dabei gleichwohl wider Erwarten ein Schaden eintreten, läge dies im Verantwortungs- und Haftungsbereich des Rekurrenten, da er öffentlich-rechtlich dazu verpflichtet wurde, den illegalen Zustand selbst wiederherzustellen bzw. das illegale Wohnhaus hinter entsprechend hohen Pflanzen abzudecken.

3.7 Der Rekurrent sieht sodann einen Mangel darin, dass die Vorinstanz ihm statt einer Frist zur Baumpflanzung eine solche zur Auftragserteilung an eine entsprechende Gartenbaufirma gesetzt hat. Daraus kann er aber nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es versteht sich von selbst, dass damit nicht gemeint war, dass die beauftragte Gartenbauunternehmung den Baum auch erst in fünf Jahren pflanzen könne, wie der Rekurrent vorbringen lässt. Vielmehr soll ihm damit ermöglicht werden, den Baum dann zu pflanzen, wenn es die Vegetationsphase, also im Frühling oder Herbst, zulässt.

3.8 Nach dem Gesagten erweist sich die Wiederherstellungsmassnahme bezüglich der Rabatten und des Baums seiner Wahl als geeig-



net, erforderlich und zumutbar, um den geschaffenen illegalen Zustand entsprechend der rechtskräftigen Anordnung gemäss Entscheid des Baudepartementes vom 3. Februar 2021 zu beseitigen.

4.

Der Rekurrent sieht keine Grundlage für eine Ersatzvornahme und bringt vor, es fehle an deren Androhung.

4.1 Ist eine Zwangsvollstreckung nötig, erfolgt diese nach Art. 105 Abs. 1 VRP – wenn nötig mit polizeilicher Hilfe – auf dem Wege der Ersatzvornahme durch die Behörde oder einen von ihr beauftragten Dritten oder durch unmittelbaren Zwang. Sofern nicht Gefahr im Verzug liegt, muss das Zwangsmittel unter Ansetzung einer angemessenen Frist angedroht werden (Art.105 Abs. 2 VRP).

4.2 Die Androhung der Ersatzvornahme erfolgt in der Regel – allenfalls unter Strafandrohung nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0) – mit dem blossen Satz «Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Anordnung wird die Ersatzvornahme angedroht». Mit der Androhung ist zugleich eine angemessene Frist für die Wiederherstellung des rechtskonformen Zustands anzusetzen, da dem Pflichtigen ausreichend die Möglichkeit einzuräumen ist, seine Pflicht selbst zu erfüllen, bevor das Gemeinwesen an seiner Stelle und auf seine Kosten handelt (M. LOOSER, in: Ehrenzeller/Engler [Hrsg.], Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich/St.Gallen 0002, § 9 N 96). Wenn die Androhung der Ersatzvornahme bereits in der Wiederherstellungsverfügung erfolgt, ist die Frist für die Ersatzvornahme identisch mit der angesetzten Wiederherstellungsfrist.

4.3 Die gesetzliche Ordnung in der Verwaltungsrechtspflege geht davon aus, dass das Erkenntnis- und das Vollstreckungsverfahren grundsätzlich voneinander getrennt sind. Im ersten wird über Bestand und Umfang öffentlicher Rechte und Pflichten entschieden, im zweiten über die Art ihrer Durchsetzung und die Überwälzung der Vollstreckungskosten. Der Sachentscheid geht somit dem Vollstreckungsentscheid voran. Das Vollstreckungsverfahren setzt grundsätzlich ein abgeschlossenes, d.h. mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbares Erkenntnisverfahren voraus (CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, N 1230).

4.4 Vorliegend besteht der zu vollstreckende Sachentscheid in der mit Ziffern 1 und 2 verfügten Verpflichtung, auf dem Vorplatz zwei Rabatten zu erstellen und einen Baum zu pflanzen. Demgegenüber beinhalten Ziffern 3 und 4 die Androhung der – wenn auch bereits vollständig ausformulierten – Ersatzvornahme. Dass es sich dabei noch nicht um die Ersatzvornahme selbst handeln kann, musste dem anwaltlich vertretenen Rekurrenten nach dem Gesagten klar sein, selbst wenn die Vorinstanz in der Androhung auch bereits den im Bedarfsfall aufzubietende Dritten und die voraussichtlichen Kosten genannt hat. Andernfalls hätte sie begründen müssen, dass und warum Gefahr im Verzug liege bzw. weshalb auf die Androhung verzichtet werden



könne. Das ist hier aber nicht der Fall. Die Vorinstanz hat dem Rekurrenten vielmehr die grösstmöglichen Freiheiten gelassen und als konkrete Frist lediglich die Auftragserteilung zu Begrünung bestimmt. Sofern somit als Nächstes eine Ersatzvornahme nötig würde, hätte die Vorinstanz diese wie angedroht separat zu verfügen, wogegen dem Rekurrenten wiederum Rügemöglichkeiten offen stünden (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2004/III/23).

5.

Zusammenfassend erweisen sich die mit Entscheid Nr. 12/2021 vom 3. Februar 2021 im Grundsatz rechtskräftig verfügten und mit dem angefochtenen Beschluss der Vorinstanz vom 17. Oktober 2022 konkretisierten Wiederherstellungsmassnahmen als recht- und verhältnismässig. Sodann steht fest, dass mit dem vorliegend angefochtenen Beschluss die Ersatzvornahme erst angedroht wird. Da die Wiederherstellungsfrist auf ein konkretes Datum angesetzt war, das zwischenzeitlich abgelaufen ist, muss diese neu bestimmt werden. Sie ist auf einen Monat nach Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Beschlusses anzusetzen. Dabei versteht sich von selbst, dass die fristgerecht in Auftrag gegebenen Gartenarbeiten unter Berücksichtigung der dafür geeigneten Vegetationsphasen zeitnah auszuführen sind. Der Rekurs erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

6.

6.1 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.

6.2 Der vom Rekurrenten am 8. November 2022 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist anzurechnen.

7.

Der Rekurrent stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

7.1 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^{bis} VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98^{ter} VRP).

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



Entscheid

1.

a) Der Rekurs von A.____ wird abgewiesen.

b) Die Arbeitsvergabe für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Ziff. 2 des Beschlusses des Gemeinderates Z.____ vom 17. Oktober 2022 hat innert einer Frist von einem Monat nach Rechtskraft des Beschlusses zu erfolgen.

2.

a) Werner Goldfelder wird eine Entscheidgebühr von Fr. 3'500.– auferlegt.

b) Der am 8. November 2022 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

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann nach Art. 59^{bis} des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP) beim Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen, Webergasse 8, 9001 St.Gallen, innert vierzehn Tagen seit Eröffnung Beschwerde erhoben werden.