



<b>Fall-Nr.:</b>	20-9549
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Baudepartement
<b>Instanz:</b>	Baudepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	15.03.2021
<b>Entscheiddatum:</b>	01.03.2021

## **BDE 2021 Nr. 20**

**Die Frist zur umgehenden Bepflanzung der noch bestehenden Stützmauer erweist sich momentan als unverhältnismässig, da ein Ersatz der Mauer bewilligt wurde. Insbesondere die Kosten und der Aufwand für die Bepflanzung rechtfertigen sich vor dem Hintergrund des bevorstehenden Ersatzes der Stützmauer nicht. Die unverhältnismässig kurze Frist zur Bepflanzung der Stützmauer im angefochtenen Entscheid ist entsprechend bis 6 Monate nach dem rechtskräftigen Entscheid über die vorerwähnte Baubewilligung anzupassen (Erw. 2.2).**

BDE 2021 Nr. 20 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



20-9549

## Entscheid Nr. 20/2021 vom 1. März 2021

---

Rekurrenten

**A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_,**  
vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt, Museumstrasse 35,  
9000 St.Gallen

gegen

---

Vorinstanz

**Baukommission X.\_\_\_\_** (Entscheid vom 23. November 2020)

---

Betreff

Nachfrist für Bepflanzung Stützmauer



## Sachverhalt

### A.

a) A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_, sind Eigentümer von Grundstück Nr. 001, Grundbuch X.\_\_\_\_, an der F.\_\_\_\_strasse 4. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde X.\_\_\_\_ vom 28. April 1999 in der Wohnzone W2b. Es ist mit einem Einfamilienhaus (Vers.-Nr. 002) und einem Nebengebäude (Vers.-Nr. 003) überbaut.

b) Mit Beschluss vom 4. Juli 2016 bewilligte die Baukommission X.\_\_\_\_ in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren eine rund 2,5 m hohe Stützmauer südlich der Garageneinfahrt mit der Auflage, diese innert eines Jahres von oben und unten intensiv zu bepflanzen. Nachdem die Auflage innert Frist und auf mehrmalige Aufforderung hin nicht bzw. nicht hinreichend umgesetzt wurde, forderte die Baukommission die Bauherrschaft mit Beschluss vom 2. Juli 2018 schriftlich auf, der Auflage bis 31. Juli 2018 nachzukommen. Ein dagegen erhobener Rekurs wies das Baudepartement mit Entscheid Nr. 25/2019 vom 26. April 2019 ab und verlangte die Bepflanzung innert eines Monats ab Rechtskraft des Entscheids. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Entscheid B 2019/102 vom 20. Februar 2020 ab, soweit es darauf eintrat.

c) Mit Baugesuch vom 9. August 2020 beantragten A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ bei der Baukommission X.\_\_\_\_ die Baubewilligung für eine Umgestaltung der bestehenden rund 2,5 m hohen Stützmauer südlich der Garageneinfahrt auf Grundstück Nr. 001. Mit Beschluss vom 19. Oktober 2020 erteilte die Baukommission X.\_\_\_\_ die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen und ordnete insbesondere die intensive Bepflanzung der geänderten Stützmauer von unten und oben an. Den gegen diese Auflage erhobenen Rekurs hiess das Baudepartement mit Entscheid Nr. 128/2020 vom 17. Dezember 2020 im Sinn der Erwägungen gut und hob die entsprechenden Ziffern im Dispositiv des Beschlusses der Baukommission X.\_\_\_\_ vom 19. Oktober 2020 auf. Zur Begründung wurde insbesondere angeführt, dass die kommunale gesetzliche Grundlage für die Auflage gegen das kantonale Recht verstosse. Allerdings sei die Umgestaltung der Stützmauer nach Rechtskraft der Baubewilligung umgehend an die Hand zu nehmen, andernfalls ein Widerruf der Baubewilligung und umgehender Vollzug der für die ursprüngliche Mauer verfügten Auflage zu prüfen wäre.

### B.

Nachdem die Bauverwaltung X.\_\_\_\_ am 23. November 2020 die fehlende Bepflanzung der umstrittenen Stützmauer festgestellt hatte, verfügte die Baukommission X.\_\_\_\_ mit Beschluss vom 23. November 2020, dass die Bepflanzung bis 20. Dezember 2020 zu erfolgen habe und drohte für den Fall der Unterlassung unter anderem die Ersatzvornahme an.



### **C.**

Gegen diesen Beschluss erhoben A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_, vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt, St.Gallen, mit Schreiben vom 1. Dezember 2020 Rekurs beim Baudepartement. Mit Rekursergänzung vom 28. Dezember 2020 werden folgende Anträge gestellt:

1. Die Verfügung der Baukommission X.\_\_\_\_ vom 23. November 2020 (Nr. 124/2020) sei aufzuheben;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz.

Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, durch die am 19. Oktober 2020 erteilte Baubewilligung für bauliche Änderungen an der Stützmauer sei die Anordnung der Bepflanzung der alten Stützmauer rechtswidrig und unverhältnismässig. Zudem liege eine Ungleichbehandlung vor, weil die Vorinstanz sich weigere, gleich gelagerte Fälle im Gemeindegebiet zu überprüfen.

### **D.**

**a)** Mit Vernehmlassung vom 19. Januar 2021 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, die mit Entscheid des Verwaltungsgerichtes in Rechtskraft erwachsene Auflage sei zwingend umzusetzen. Die erteilte Baubewilligung für die Änderung der Stützmauer sei nicht massgebend. Das Vorgehen der Rekurrenten sei eine klare Umgehung einer rechtskräftigen Verfügung. Da eine Bepflanzung mit Töpfen wiederverwendet werden könnte, sei die angefochtene Verfügung zudem verhältnismässig.

**b)** Mit Eingabe vom 10. Februar 2021 nehmen die Rekurrenten zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung und weisen insbesondere erneut auf eine Ungleichbehandlung hin.

### **E.**

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

## **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 und Art. 48 VRP sind erfüllt. Die Rekursberechtigung ist gegeben (Art. 45 VRP). Auf den Rekurs ist einzutreten.



## 2.

Die Rekurrenten machen insbesondere geltend, es sei unverhältnismässig, die Bepflanzung einer Stützmauer zu verlangen, für welche bauliche Änderungen bewilligt wurden.

**2.1** Auch beim Vollzug von Auflagen sind grundsätzlich die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien, insbesondere der in Art. 5 der Bundesverfassung (SR 101) festgehaltene Grundsatz der Verhältnismässigkeit, zu beachten. 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 (BGE 132 II 21 Erw. 6.4; GVP 2007 Nr. 127 Erw. 3.4).

**2.2** Vorliegend wurde rechtskräftig entschieden, dass die mit der (nachträglichen) Baubewilligung verfügte Auflage zur Bepflanzung der Stützmauer grundsätzlich vollstreckt werden kann (Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2019/102 vom 20. Februar 2020). Danach hat die Vorinstanz allerdings mit Beschluss vom 19. Oktober 2020 die Baubewilligung für einen Ersatz der streitigen Stützmauer erteilt und erneut die Bepflanzung der geänderten Mauer verfügt. Einen dagegen erhobenen Rekurs hat das Baudepartement teilweise gutgeheissen und die Auflage zur Bepflanzung der neuen Stützmauer aufgehoben. Aufgrund der rechtskräftigen Auflage zur Bepflanzung der ursprünglichen Stützmauer wurde erwogen, dass der Umbau der Stützmauer nach Rechtskraft der Baubewilligung umgehend vorzunehmen sei, andernfalls entsprechende Massnahmen zum Vollzug der ursprünglichen Auflage zu prüfen wären (BDE Nr. 128/2020 vom 17. Dezember 2020). Trotz erteilter Baubewilligung für den Ersatz der Stützmauer hat die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung vom 23. November 2020 gemäss vorerwähntem Urteil des Verwaltungsgerichtes eine neue Frist für die Bepflanzung der bestehenden Stützmauer bis 20. Dezember 2020 angeordnet. Vorliegend stellt sich nun die Frage, ob die an sich angezeigte Bepflanzung der bestehenden Stützmauer im Moment verhältnismässig ist. Aufgrund der beabsichtigten baulichen Änderung der bestehenden Stützmauer bzw. deren Ersatz durch eine neue Mauer erscheint eine vorübergehende Bepflanzung derselben momentan als unverhältnismässig. Die geplanten baulichen Eingriffe würden nämlich unweigerlich zur Beschädigung bzw. dem Verlust der Bepflanzung führen. Zudem könnten die Rekurrenten gemäss BDE Nr. 128/2020 vom 17. Dezember 2020 auch nicht zur Wiederverwendung der Bepflanzung bei der neuen Stützmauer angehalten werden. Insbesondere stehen die Kosten für die Umsetzung der Auflage aufgrund der bevorstehenden Änderung der Stützmauer in keinem vernünftigen Verhältnis zum Ziel des Vollzugs der rechtskräftigen Auflage. Dazu kommt, dass die Vorinstanz nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichtes vom 20. Februar 2020 selbst rund neun Monate mit der Ansetzung einer neuen Frist für den Vollzug zugewartet hat, was



vorliegend gegen eine zeitliche Dringlichkeit spricht. Vor diesem Hintergrund erweist sich die unverzügliche Bepflanzung der noch bestehenden Stützmauer als unverhältnismässig. Dies setzt allerdings voraus, dass die Rekurrenten von der Baubewilligung für die neue Stützmauer nach dessen Rechtskraft auch umgehend bzw. sobald dies die Witterung zulässt Gebrauch machen. Andernfalls wäre tatsächlich eine von der Vorinstanz vermutete Umgehung der rechtskräftigen Auflage anzunehmen. Entsprechend ist vorliegend die angefochtene Vollzugsverfügung nicht vollständig aufzuheben, sondern einzig die unverhältnismässig kurze Frist gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids anzupassen. Vorliegend erscheint es angemessen, die Frist für die Bepflanzung der bestehenden Stützmauer bis 6 Monate nach rechtskräftigem Entscheid über die Baubewilligung vom 19. Oktober 2020 anzusetzen. Sollten die Rekurrenten erwartungsgemäss innert dieser Frist von der Baubewilligung Gebrauch machen, wäre die rekursgegenständliche Verfügung gegenstandslos. Sofern die Rekurrenten innert dieser Frist von der Baubewilligung keinen Gebrauch machen – was an sich zulässig ist – wäre tatsächlich von einer Umgehungsabsicht auszugehen, weshalb ein umgehender Vollzug der Auflage auch nicht mehr unverhältnismässig, sondern angezeigt wäre. Mit diesem Vorgehen sind im Übrigen die in BDE Nr. 128/2020 erwähnten Massnahmen für den allfälligen Vollzug der ursprünglichen Auflage bereits sichergestellt.

**2.3** An diesem Ergebnis ändert nichts, dass die Rekurrenten erneut eine Ungleichbehandlung durch die Vorinstanz geltend machen. Zwar haben die Rekurrenten nachträglich eine fotografische Dokumentation weiterer ähnlicher Stützmauern im Gemeindegebiet von X.\_\_\_\_ erstellt. Allerdings wurde die Rechtmässigkeit der Auflage sowie deren Vollzug bereits vom Verwaltungsgericht rechtskräftig beurteilt. Auch wurde rechtskräftig festgestellt, dass im Zusammenhang mit der derzeit noch bestehenden Stützmauer der Rekurrenten kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht (Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2019/102 vom 20. Februar 2020 Erw. 8). Das Vorbringen der Rekurrenten erweist sich somit als verspätet. Darüber hinaus hat die Vorinstanz keine Absicht kundgetan, die Regelung zur Gestaltung von Stützmauern zukünftig gegenüber andern Bauherren nicht in rechtsgleicher Weise anzuwenden. Eine Überprüfung der übrigen Stützmauern im Gemeindegebiet ist folglich nicht notwendig, zumal die Bedeutung von Art. 31 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde X.\_\_\_\_ vom 29. Juli 2015 ohnehin Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens (B 2021/8) bildet. Der entsprechende Antrag der Rekurrenten ist folglich abzuweisen. Ebenfalls abzuweisen ist der Antrag der Rekurrenten auf Durchführung eines Augenscheins. Die entscheidendwesentlichen Verhältnisse ergeben sich vorliegend vollständig aus den Akten. Zudem ist die fragliche Stützmauer der Rekursinstanz aus einem früheren Rekursverfahren (Nr. 16-4306) bekannt.



### 3.

Zusammenfassend ergibt sich, dass eine umgehende Bepflanzung der fraglichen Stützmauer im Moment unverhältnismässig ist. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 23. November 2020 ist deshalb entsprechend anzupassen. Der Rekurs ist folglich im Sinn der Erwägungen teilweise gutzuheissen, im Übrigen aber abzuweisen.

### 4.

**4.1** Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die Entscheidgebühr beträgt Fr. 3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Vorliegend unterliegen die Rekurrenten mit ihrem Antrag auf vollständige Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Aufgrund der unverhältnismässig kurzen Frist zur Bepflanzung der bestehenden Mauer ist die Verfügung jedoch entsprechend anzupassen, weshalb die Rekurrenten diesbezüglich obsiegen. Die teilweise Gutheissung des Rekurses entspricht einem hälftigen Obsiegen der Rekurrenten, weshalb ihnen die amtlichen Kosten des Verfahrens zur Hälfte zu überbinden sind. Die Entscheidgebühr beträgt Fr. 3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Davon tragen die Rekurrenten Fr. 1'500.–. Die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden der Vorinstanz überbunden, wobei auf deren Erhebung verzichtet wird (Art. 95 Abs. 3 VRP).

**4.2** Der von den Rekurrenten am 9. Dezember 2020 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist anzurechnen und im Restbetrag (Fr. 300.–) zurückzuerstatten.

### 5.

Rekurrenten und Vorinstanz stellen ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

**5.1** 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).

**5.2** Die Rekurrenten obsiegen teilweise mit ihren Anträgen. Da das Verfahren zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot, die den Beizug eines Rechtsvertreters rechtfertigen, besteht grundsätzlich Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Nach Art. 22 Abs. 1 Bst. a der Honorarordnung (sGS 963.75; abgekürzt HonO) beträgt das Honorar in der Verwaltungsrechtspflege vor Verwaltungsbehörden pauschal Fr. 500.– bis Fr. 6'000.–. Für ein aussergewöhnlich aufwendiges Verfahren kann das Honorar um bis zu 100 Prozent erhöht werden (Art. 22 Abs. 2



HonO). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der notwendigen Bemühungen, der Schwierigkeit des Falls und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemessen (Art. 19 HonO). Die Rekurrenten beantragen gemäss der Rekursergänzung vom 28. Dezember 2020 für den Fall, dass kein Augenschein durchgeführt wird, eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 2'750.– (zuzüglich 4% Barauslagen), was dem von der Rekursinstanz regelmässig festgesetzten mittleren Honorar entspricht. Vorliegend obsiegen die Rekurrenten zur Hälfte. Folglich ist die ausseramtliche Entschädigung auf insgesamt Fr. 1'430.– (Fr. 1'375.– zuzüglich Fr. 55.– Barauslagen) festzulegen. Sie ist von der Politischen Gemeinde X.\_\_\_\_ zu bezahlen.

**5.3** Die Vorinstanz hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten (R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St.Gallen 2004, S. 176). Sie bringt keine Gründe vor, die ein Abweichen von dieser Regel rechtfertigen. Ihr Begehren ist daher abzuweisen.

## Entscheid

### 1.

a) Der Rekurs von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ wird im Sinn der Erwägungen teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen.

b) Ziff. 1 der Verfügung der Baukommission X.\_\_\_\_ vom 23. November 2020 wird wie folgt geändert:

Für die Bepflanzung der Stützmauer wird eine nochmalige Frist bis 6 Monate nach rechtskräftigem Entscheid über die Baubewilligung vom 19. Oktober 2020 zur Umgestaltung der Stützmauer auf Grundstück Nr. 001 gewährt. Der Abschluss der Arbeiten ist der Baukommission zu melden.

### 2.

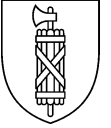
a) A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ bezahlen unter solidarischer Haftung eine anteilmässige Entscheidgebühr von Fr. 1'500.–.

b) Der am 9. Dezember 2020 von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird angerechnet und im Restbetrag (Fr. 300.–) zurückerstattet.

c) Auf die Erhebung der amtlichen Kosten in der Höhe von Fr. 1'500.– bei der Politischen Gemeinde X.\_\_\_\_ wird verzichtet.

### 3.

a) Das Begehren von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird teilweise gutgeheissen. Die Politische Gemeinde



entschädigt A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ ausseramtlich mit Fr. 1430.– zuzüglich Mehrwertsteuer.

**b)** Das Begehren der Politischen Gemeinde X.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann  
Regierungsrätin