

Aufforderung zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs (Zwischenentscheid), fehlende Anfechtbarkeit

- **Der Entscheid des Gemeinderats, dass ein nachträgliches Baugesuch einzureichen sei, stellt einen Zwischenentscheid dar, der keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirkt und daher nicht selbständig anfechtbar ist (E. 2).**

Aus dem Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 5. Februar 2020 (EBVU 19.524)

Aus dem Sachverhalt

Am 27./29. September 2019 erliess der Gemeinderat ... folgende Verfügung:

"1. Die Grundeigentümerin ... wird verpflichtet, ...der Bauverwaltung bis spätestens 31. Oktober 2019 ein Baugesuch betreffend die Umnutzung der bestehenden (Wohn)räume des Gebäudes ... in einzelne Zimmer einzureichen, inklusive folgende Unterlagen:

- a) vollständige Pläne zu allen durchgeführten baulichen Massnahmen,*
- b) vollständige Pflichtparkplatzberechnung,*
- c) vollständige Ausnützungsberechnung,*
- d) Energienachweis,*
- e) Brandschutznachweis."*

...

Aus den Erwägungen

2.2

2.2.1

In Bezug auf Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids macht die Vorinstanz geltend, es sei nicht erkennbar, weshalb die Beschwerdeführerin über einen Beschwerdegrund verfügen sollte; die Baubewilligungsbehörde müsse ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchführen, wenn eine Baute oder Anlage ohne entsprechende Bewilligung errichtet worden sei. Werde kein nachträgliches Baugesuch eingereicht, so könne der Gemeinderat von Amtes wegen ein Baubewilligungsverfahren in Gang setzen und die Prüfung der Baute in die Wege leiten. Die Beschwerde sei somit abzuweisen, sofern überhaupt darauf eingetreten werden könne. Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht zur Eintretensfrage.

Weil die kantonale Verwaltungspraxis zur Frage, ob die Aufforderung zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs selbständig anfechtbar ist, nicht ganz einheitlich ist, drängt sich eine Klärung dieser Frage auf.

2.2.2

Mit der Aufforderung, ein nachträgliches Bau- respektive Umnutzungsgesuch einzureichen, wird das Verfahren nicht abgeschlossen, müsste die Vorinstanz doch nach Einreichung des Gesuchs dieses in einem weiteren Schritt materiell beurteilen, womit Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses keinen Endentscheid, sondern einen verfahrensleitenden (Zwischen-)Entscheid darstellt. Zur Anfechtbarkeit verfahrensleitender Entscheide führte das Verwaltungsgericht in AGVE 2014, S. 290, aus:

"[...] verfahrensleitende (Zwischen-)Entscheide [sind] nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts im Interesse einer speditiven Verfahrenserledigung in der Regel nur zusammen mit dem

Endentscheid anfechtbar. Anders ist ausnahmsweise dann zu entscheiden, wenn ein Zwischenentscheid für den Betroffenen unter Berücksichtigung der sich stellenden Rechtsschutzinteressen einen später nicht wiedergutzumachenden Nachteil mit sich bringen könnte, wobei ein tatsächlicher Nachteil genügt [...]. Von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil ist auszugehen, wenn der rechtliche oder tatsächliche Nachteil einen Schaden erwarten lässt, an dessen Vermeidung der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse hat; Irreparabilität ist nicht zwingend erforderlich [...]. Lehre und Rechtsprechung verneinen einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, wenn die betreffende Anordnung mit dem in der Sache ergehenden Endentscheid angefochten werden kann und sich die Wirkungen des Zwischenentscheids durch den Endentscheid voll beseitigen lassen [...]. Bloss prozessökonomische Überlegungen begründen keine selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden [...].

Der Beschwerdeführerin droht durch die im Beschluss vom 28. Januar 2013 enthaltene Anordnung, Vorschläge für die Herstellung des rechtmässigen Zustandes der Tiefgarageneinfahrt einzureichen, kein Nachteil, der sich nicht schon mit der blossen Aufhebung eines allfälligen Wiederherstellungsbefehls im Rechtsmittelverfahren beheben liesse. Die 'Verpflichtung' zur Einreichung von Wiederherstellungsvorschlägen kann nicht (real) vollstreckt werden. Entsprechend braucht die Beschwerdeführerin keinen (Planungs-)Aufwand im Hinblick auf mögliche bauliche Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes zu betreiben, der sich als unnötig erweisen könnte, falls die Beschwerdeführerin mit ihrem Standpunkt durchdringt. Bleibt die Beschwerdeführerin diesbezüglich untätig, weil sie auf dem Standpunkt beharrt, dass eine Wiederherstellung in ihrem Fall aus grundsätzlichen Überlegungen abzulehnen ist, geschieht gemäss den vorstehenden Ausführungen in Erwägung 2.2 nichts weiter, als dass der Gemeinderat mögliche Wiederherstellungsmassnahmen ohne Einbezug der Beschwerdeführerin prüft und im Anschluss daran allenfalls eine Wiederherstellungsverfügung erlässt. Dagegen könnte sich dann die Beschwerdeführerin mit den im vorinstanzlichen Verfahren und vor Verwaltungsgericht erhobenen Rügen (der Unverhältnismässigkeit der vom Gemeinderat 'A.' ins Auge gefassten Wiederherstellung und der Verletzung des Vertrauensschutzes) uneingeschränkt zur Wehr setzen. Falls gewünscht, könnte sie im Eventualpunkt auch noch eigene (mildere) Wiederherstellungsmassnahmen beantragen. Dieser Möglichkeit begibt sie sich nicht, indem sie von dem ihr mit Ziff. III.5 des Beschlusses vom 28. Januar 2013 eingeräumten Mitwirkungsrecht keinen Gebrauch macht."

In Bezug auf die Anfechtbarkeit der Verpflichtung zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs stellte das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau in einem Entscheid vom 10. Juni 2016 (VGE III/83 [WBE.2016.128], E. I./1.2) fest:

"Mit dem angefochtenen Entscheid wird die Bauherrschaft zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs aufgefordert (Ziffer 1). [...] Die selbständige Anfechtbarkeit eines solchen Zwischenentscheids setzt jedoch voraus, dass der Beschwerdeführerin ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht, welcher insbesondere nicht mit dem Entscheid in der Hauptsache beseitigt werden kann (vgl. MERKER, a.a.O., § 38 N 55; AGVE 2010, S. 263). Davon ist vorliegend nicht auszugehen, da nach den Erwägungen im angefochtenen Entscheid von Amtes wegen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren eingeleitet wird [...]."

Somit erwächst der Bauherrschaft aus der Verpflichtung zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs kein Nachteil, der sich nicht schon mit der blossen Aufhebung des noch zu fällenden Endentscheids im Rechtsmittelverfahren beheben liesse, weil bei einer Weigerung, ein Baugesuch einzureichen, von Amtes wegen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren eingeleitet wird (vgl. zum Ganzen EBUV 17.338 vom 14. September 2017, S. 5 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Allein die Belastung, sich einem Verfahren stellen zu müssen, begründet im Allgemeinen noch keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil. Weil die Verpflichtung zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs nicht (real) vollstreckt werden kann, braucht die Bauherrschaft auch keinen (Planungs-)Aufwand zu betreiben, der sich als unnötig erweisen könnte, falls sie mit ihrem Standpunkt nicht durchdringt. Bleibt

sie untätig, weil sie auf dem Standpunkt beharrt, dass weder weitere Unterlagen noch ein Baugesuch erforderlich sind, geschieht zunächst nichts weiter, als dass die zuständige Behörde die notwendigen Schritte für die Informationsbeschaffung und das Erstellen des eingeforderten Gesuchs selbst vornehmen wird. Dabei ist einerseits die Untersuchungsmaxime (§ 17 Abs. 1 VRPG) anwendbar, andererseits gilt eine Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts (§ 23 VRPG; ANDREAS BAUMANN, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 60 N 128). Die Mitwirkungspflicht trifft den Privaten nämlich nicht nur in Gesuchsverfahren, wo es der gesuchstellenden Partei obliegt aufzuzeigen, dass sie die Voraussetzungen für die Erteilung der nachgesuchten Leistung oder Massnahme erfüllt, sondern auch bei Verfahren, welche von Amtes wegen eingeleitet werden oder sonst bei Verfahren, deren Ausgang für die Betroffenen nachteilige Wirkungen haben (VGE III/72 vom 25. August 2003, S. 8 f.). Sollte die Bauherrschaft die notwendige und zumutbare Mitwirkung dennoch verweigern, so würde dieses Verhalten frei gewürdigt werden (vgl. § 23 Abs. 2 Satz 2 VRPG).

Im Sinne einer sinnvoll erscheinenden Differenzierung bleibt entsprechend dem Regierungsratsbeschluss 2017-000839 vom 16. August 2017, S. 3 f., darauf hinzuweisen, dass aus Gründen der Prozessökonomie eine Überprüfung der Anordnung geboten erscheint, wo "gar keine beziehungsweise offensichtlich nicht der Baubewilligungspflicht unterstehende Massnahmen vorgenommen" wurden.

2.3

Vorab ist festzuhalten, dass vorliegend nicht offensichtlich ist, dass keine der Baubewilligungspflicht unterstehende Massnahmen vorgenommen wurden. So hat die Beschwerdeführerin offenbar aufgrund des angefochtenen Beschlusses die Mietverträge angepasst und einen durch die Voreigentümer – wohl ohne Bewilligung – geschaffenen Zugang der Wohnung im Erdgeschoss zum Restaurant wieder geschlossen (Beschwerdebeilage 7, S. 2 f.); diese beiden Sachverhalte machen weitere Abklärungen erforderlich. Gerade bei möglichen Nutzungsänderungen bestehender Bauten ergeben oft erst nähere Abklärungen, ob die Zweckänderung der baurechtlichen Bewilligungspflicht untersteht (Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1: Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF/DANIEL KUNZ, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 617). Gründe der Prozessökonomie sprechen somit nicht für eine Überprüfung der Anordnung. Einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil aus der Verpflichtung zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und ein solcher ist auch nicht ersichtlich.

Ergeben die Abklärungen, dass weder eine bewilligungspflichtige Umnutzung erfolgt ist noch bewilligungspflichtige bauliche Massnahmen ausgeführt wurden, wird die Vorinstanz das Verfahren abschreiben; sollte die Vorinstanz in diesem Fall der Beschwerdeführerin Kosten für die getroffenen Abklärungsmassnahmen auferlegen, so wird die Beschwerdeführerin diese Kostenaufgabe anfechten und geltend machen können, die getroffenen Abklärungen seien gar nicht erforderlich gewesen. Kommt die Vorinstanz hingegen zum Schluss, dass eine bewilligungspflichtige Umnutzung stattgefunden hat, so wird sie zu prüfen haben, ob diese bewilligungsfähig ist. Sollte dies der Fall sein, so würde das Verfahren in einer nachträglichen Baubewilligung münden; andernfalls würde die Vorinstanz ein Nutzungsverbot aussprechen. Erst mit einem solchen Entscheid wäre das erstinstanzliche Verfahren abgeschlossen und läge ein anfechtbarer Endentscheid vor. Dagegen könnte die Beschwerdeführerin dann ein Rechtsmittel ergreifen. Demgegenüber droht der Beschwerdeführerin durch die Verpflichtung zur Einreichung eines Baugesuchs kein Nachteil, der sich nicht schon mit der blossen Aufhebung des noch zu fällenden Endentscheids im Rechtsmittelverfahren beheben liesse, weil die Vorinstanz bei einer Weigerung, ein Baugesuch einzureichen, von Amtes wegen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren einleiten wird, weshalb Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses nicht als selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid zu qualifizieren ist. Folglich ist auf die Beschwerde in diesem Punkt mangels Vorliegens eines tauglichen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten.

3. Feststellung der Bewilligungsfreiheit

Mittels Eventualantrag verlangt die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass die Nutzung der Wohnräume des Restaurants "Güggel" keiner neuen Baubewilligung bedarf bzw. keine Bewilligungspflicht besteht. Unabhängig von der Frage, ob nach den vorstehenden Ausführungen (E. 2) und in Anbetracht der Subsidiarität von Feststellungsbegehren (BGE 142 V 2, E. 1.1; Urteile des Bundesgerichts [BGer] 2C_364/2015 und 2C_425/2015 vom 3. Februar 2017, E. 2.4) auf dieses Feststellungsbegehren überhaupt einzutreten ist, ist es abzuweisen, weil die Baubewilligungspflicht weit auszulegen ist. So führte das Verwaltungsgericht in VGE III/114 vom 11. November 2019 (WBE.2019.160), S. 11 ff., aus:

"Nach Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Bauten und Anlagen im Sinne dieser Bestimmung sind künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (BGE 113 Ib 315 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2015 [1C_51/2015], Erw. 3). Dazu gehören gemäss bundesgerichtlicher Praxis auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 139 II 140; Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2016 [1C_254/2016], Erw. 3.2). Die Baubewilligungspflicht soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf die räumlichen Folgen vor der Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür ist die Frage, ob mit der Realisierung des Vorhabens im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 139 II 139 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2015 [1C_51/2015], Erw. 3; AGVE 2007, S. 426).

Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen konkretisiert und erweitert, nicht aber enger gefasst werden. Die Kantone können nicht von der Bewilligungspflicht ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2015 [1C_395/2015], Erw. 3.1.1; Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2015 [1C_51/2015], Erw. 3). Nach kantonalem Recht gelten im Wesentlichen die gleichen Anforderungen wie nach Art. 22 RPG. So bestimmt § 59 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Raumentwicklung und Bauwesen vom 19. Januar 1993 (Baugesetz, BauG; SAR 713.100), dass alle Bauten und Anlagen und ihre im Hinblick auf die Anliegen der Raumentwicklung, des Umweltschutzes oder der Baupolizei wesentliche Umgestaltung, Erweiterung oder Zweckänderung sowie die Beseitigung von Gebäuden der Bewilligung durch den Gemeinderat bedürfen (vgl. auch § 49 BauV; siehe Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2015 [1C_395/2015], Erw. 3.1.1). Die Praxis fasst die Baubewilligungspflicht eher weit und lässt jedenfalls die blosse Möglichkeit, dass ein baurechtlich erheblicher Tatbestand vorliegt, genügen, weil es erfahrungsgemäss schwer fällt, eine einmal vollzogene Änderung, selbst wenn sie widerrechtlich ist, beseitigen oder anpassen zu lassen (AGVE 2001, S. 288). Ob eine bauliche Massnahme bewilligungspflichtig ist, lässt sich trotz der ausführlichen Normierung im kantonalen Recht oft nicht leicht bestimmen; im Zweifelsfall ist die Bewilligungspflicht jedoch zu bejahen (vgl. CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF/DANIEL KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, 6. Auflage, Wädenswil 2019, S. 342).

Die Baubewilligungsbehörde kann mit anderen Worten die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens nicht erst dann anordnen, wenn im Zeitpunkt der Anordnung die Bewilligungspflicht aus ihrer Sicht feststeht. Vielmehr kann die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens auch dazu dienen, die Bewilligungspflicht genauer zu prüfen; so eröffnet das Verfahren insbesondere die Möglichkeit, den

Tatbestand bezüglich seiner baurechtlichen Erheblichkeit abzuklären (vgl. VGE vom 1. November 2017 [WBE.2016.534], S. 20; VGE vom 24. November 2014 [WBE.2014.22], S. 9, siehe dazu auch Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2015 [1C_51/2015], Erw. 3.3). Ob eine Bewilligungspflicht besteht, ist somit gegebenenfalls im baurechtlichen Verfahren zu klären. Bei der Frage, ob ein solches Verfahren überhaupt einzuleiten ist, steht der Behörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Bestehen für sie Anhaltspunkte, dass ein bewilligungspflichtiger Sachverhalt vorliegen könnte, wird sie in Zweifelsfällen ein Bewilligungsverfahren einzuleiten haben. Hingegen kommt eine Verfahrenseinleitung nicht in Frage, wenn die Bewilligungspflicht von vornherein eindeutig entfällt (vgl. FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, a.a.O., S. 343)."

Die Bauverwaltung stellte anlässlich der Besichtigung vom 21. August 2019 offenbar Umbaumassnahmen sowie eine Umnutzung fest, die zur Folge haben, dass sich Fragen bezüglich Zonenkonformität, Pflichtparkplätze und Brandschutz stellen. Im jetzigen Zeitpunkt kann gestützt auf die bestehende Aktenlage nicht festgestellt werden, dass ein bewilligungsfreier Sachverhalt vorliegt, ist doch gemäss verwaltungsgerichtlicher Praxis in Zweifelsfällen ein Baubewilligungsverfahren einzuleiten, in welchem die Beschwerdeführerin mitwirkungspflichtig ist (vgl. E. 2.2 hiavor). Somit ist das Feststellungsbegehren abzuweisen.

Die beantragte Durchführung eines Augenscheins ist ebenfalls in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. zur Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts [BGE] 144 II 427, E. 3.1.3 mit Hinweis) abzuweisen, ist er doch für die vorliegend formelle Verfahrenserledigung nicht erforderlich.