

(Regenwasserbecken/Zisterne mit Bewässerungssystem) auf einer blossen Absichtserklärung der Rekurrentin; gesicherte Anhaltspunkte über deren Ausgestaltung und Grössenordnung bestehen zum heutigen Zeitpunkt keine. Der vorhandene Wasseranschluss an der Westfassade des Attikageschosses jedenfalls vermag keine technische Bedingtheit des strittigen Anbaus zu begründen. Selbst wenn im Geräteraum tatsächlich einmal eine „Bewässerungszentrale“ mit Regenwassertank und entsprechenden Bewässerungsvorrichtungen für die Gartenbewässerung erstellt würde – was vorgängig jedoch eines entsprechenden Baugesuchs bedürfte – so ist zumindest fraglich, ob eine solche notwendigerweise auf dem Dach des Obergeschosses errichtet werden müsste. Ohnehin könnte auch ein solcher Bauteil nur um das technisch notwendige Mass über die Dachfläche hinausragen.

4.4.3 Im Ergebnis handelt es sich beim strittigen Anbau somit nicht um eine Dachaufbaute im Sinne von Art. 29 Abs. 5 BauR T., weshalb die Vorschrift über das Attikageschoss von Art. 4 Abs. 4 BauV verletzt wird.

Departement Bau und Umwelt, 26.03.2009

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist mit Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 28. Oktober 2009 abgewiesen worden.

1478

Bauermittlungsverfahren. Bei einem Bauermittlungsentscheid kann die zuständige Behörde nur die Möglichkeit des Weiterzugs einräumen, wenn die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens zur Diskussion steht.

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach Art. 101 Abs. 1 BauG kann zur Abklärung wichtiger, konkreter Fragen im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben von der oder dem Bauwilligen mit Zustimmung des Grundeigentümers ein Bauermittlungsgesuch eingereicht werden. Dem Gesuch sind alle Unterlagen beizulegen, die zur Abklärung der gestellten Fragen nötig sind.

2.1.1 Das Bauermittlungsverfahren bezweckt, einzelne wichtige Fragen im Zusammenhang mit einem geplanten Bauvorhaben vor der Ausarbeitung eines Baugesuchs zu klären, z.B. bezüglich Erschliessung, planungsrechtliche Baureife, Art und Mass der Nutzung, Einordnung oder Geschoszahl. Entsprechend bestimmt primär der Bauwillige den Gegenstand des Bauermittlungsentscheids. Es können jedoch nur konkrete und grundlegende Fragen der späteren Bewilligungsfähigkeit Gegenstand eines Bauermittlungsentscheids bilden, die sich von einer Detailprojektierung losgelöst beantworten lassen. Nicht Gegenstand eines Bauermittlungsentscheids kann daher ein ganzes Bauprojekt sein. Auch was umfassende, die Detailprojektierung voraussetzende Abklärungen und Bewertungen erfordert, lässt sich nicht im Bauermittlungsentscheid prüfen, weil dadurch die Grenzen zum Baubewilligungsverfahren verwischt würden (vgl. Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2001 Nr. 15). Vorausgesetzt ist aber ein gegenwärtiges, d.h. aktuelles Interesse am Bauermittlungsentscheid. In diesem Rahmen hat der Gesuchsteller Anspruch auf behördliche Beurteilung der von ihm gestellten Fragen. [...]

2.2.2 Sofern sich die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse nicht ändern und das Baugesuch innert eines Jahres nach Vorliegen des Entscheids eingereicht wird, ist die Bewilligungsbehörde an den Entscheid gebunden (Art. 101 Abs. 3 BauG). Die Bindungswirkung nach dem Bauermittlungsverfahren im Kanton Appenzell Ausserrhoden betrifft unter den genannten Bedingungen alleine die Behörde, nicht jedoch allfällige Dritte, da das Bauermittlungsgesuch weder öffentlich aufgelegt noch publiziert werden muss, Dritte somit keine Kenntnis vom Vorentscheid erhalten. Dies hat zur Folge, dass ihnen die umfassende Einsprache- und Rechtsmittelbefugnis gegen das nachfolgende Baugesuch im Baubewilligungsverfahren zusteht. Die Bindungswirkung gegenüber der Baubehörde beschränkt sich sodann auf positive Vorentscheide; auf negativ lautende, abschlägige Antworten oder auf Nebenbestimmungen kann die Baubehörde bei der Beurteilung des Baugesuchs zugunsten des Gesuchstellers jederzeit zurückkommen. Wird das nachfolgende Baugesuch von einem einspracheberechtigten Dritten angefochten, verliert der Bauermittlungsentscheid zudem jegliche Verbindlichkeit zugunsten des Gesuchstellers, auch gegenüber den Behörden (Art. 101 Abs. 4 BauG). Dies stellt sicher, dass Dritte keinen Nachteil daraus erleiden, dass sie im Bauermittlungsverfahren nicht als Partei dabei waren.

Entsprechend gewährt das Bauermittlungsverfahren dem Gesuchsteller keine absolute Gewissheit, dass sein auf den Bauermittlungsentscheid abgestütztes Bauvorhaben letztlich rechtskräftig bewilligt wird.

2.2.3 Aufgrund der in E. 2.2.2 genannten beschränkten Bindungswirkung sowie aufgrund des gesetzgeberischen Bestrebens, für die Bauermittlung ein beschleunigtes Vorverfahren vorzusehen, ist der Bauermittlungsentscheid vom Grundsatz her nicht anfechtbar (Art. 101 Abs. 2 Satz 1 BauG), d.h. es ist dagegen kein (ordentliches) Rechtsmittel (Rekurs) gegeben. Nur ausnahmsweise, wenn die grundsätzliche planungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens zur Diskussion steht, kann die zuständige Behörde die Möglichkeit zum Weiterzug des Vorentscheids einräumen (Art. 101 Abs. 2 Satz 2 BauG). Gerade weil keine öffentliche Auflage und keine Mitwirkung von Nachbarn oder weiteren allfällig legitimierten Dritten vorgesehen ist, weil der Bauermittlungsentscheid bei einer allfälligen Einsprache im Baubewilligungsverfahren seine Rechtswirkung zugunsten des Gesuchstellers verliert und weil der Gesetzgeber mit dem dem Baubewilligungsverfahren vorgelagerten Bauermittlungsverfahren kein „zweifaches“ Einsprache- und Rechtsmittelverfahren zur Verfügung stellen wollte, ist Art. 101 Abs. 2 BauG restriktiv auszulegen. Dies gilt insbesondere für die Ausnahmen von der Unanfechtbarkeit des Bauermittlungsentscheids nach Art. 101 Abs. 2 Satz 2 BauG. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung können zum einen nur grundsätzliche Fragen über die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens angefochten werden. Zum anderen liegt es selbst bei der Bejahung einer solchen Frage im (pflichtgemässen) Ermessen der Behörde (Kann-Bestimmung), die Möglichkeit zum Weiterzug einzuräumen oder nicht.

2.2.4 Der Begriff der „grundsätzlichen planungsrechtlichen Zulässigkeit“ eines Bauvorhabens ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der nach dem Gesagten restriktiv auszulegen ist. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung geht es dabei nur um grundsätzliche Fragen der planungsrechtlichen Zulässigkeit eines Bauvorhabens und nicht um andere wie etwa baurechtliche oder umweltrechtliche Fragen. Darunter sind insbesondere Fragen über die Zonenkonformität oder die planungsrechtliche Baureife eines Bauvorhabens im Sinne des RPG zu verstehen. Im Vordergrund steht in diesem Zusammenhang beispielsweise die Zulässigkeit von Ausnahmen von der Zonenkonformität ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 und Art. 24a–24d RPG). Vorliegend steht die Bewilligungsfähigkeit eines Umbaus resp. einer

Zweckänderung einer unter „altem Recht“ erstellten, ehemaligen Remise zum Zwecke der Wohnnutzung innerhalb der Bauzone zur Debatte. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob eine solche Zweckänderung gestützt auf Art. 94 Abs. 2 BauG bewilligt werden kann. Damit steht jedoch keine Frage der grundsätzlichen planungsrechtlichen Zulässigkeit zur Diskussion, sondern allein eine Rechtsfrage über die erweiterte Bestandesgarantie nach Art. 94 BauG. Konkret ist etwa unbestritten, dass die angestrebte Wohnnutzung in der Zone W3 grundsätzlich zonenkonform ist, ebenso die Erschliessungsfrage. Diese Ansicht hatte bereits die Baubewilligungskommission T. in ihrem Entscheid vom 10. November 2008 vertreten, weshalb dieser ausdrücklich als nicht anfechtbar taxiert worden ist. Erst mit dem Wiedererwägungsentscheid vom 4. Februar 2009 hat die Baubewilligungskommission T. – auf (ausdrückliches) Begehren des Rekurrenten hin – den Rechtsmittelweg an den Gemeinderat eröffnet, wobei sie von ihrer im Grundsatz richtigen Argumentation abweicht und neu die Ansicht vertritt, es stehe alleine im Ermessen der Behörde, das Rekursrecht zu gewähren oder nicht. Wie am Schluss von E. 2.2.3 erläutert, greift das Ermessen der Behörde jedoch erst, wenn die grundsätzliche planungsrechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens zur Diskussion steht, was, wie geschildert, vorliegend nicht der Fall ist.

2.3 Damit steht fest, dass die Baubewilligungskommission T. mit der dem Bauermittlungs- resp. dem Wiedererwägungsentscheid angefügten Rechtsmittelbelehrung auf eine vorliegend nicht gegebene Rekursmöglichkeit hinwies. Diese Umstände übersah offenbar auch der Gemeinderat T., indem er auf den gegen den Bauermittlungs- resp. den Wiedererwägungsentscheid erhobenen Rekurs ohne weiteres eintrat und ihn materiell behandelte. Weil Behörden ihre Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen haben und selbst im Einvernehmen mit den Parteien keine vom Gesetz abweichende Zuständigkeit begründen können (Art. 2 Abs. 1 und 4 VRPG), ist der auf eine nicht anfechtbare Verfügung hin ergangene Rekursentscheid der Vorinstanz ersatzlos aufzuheben. Damit steht aber auch fest, dass es dem Departement Bau und Umwelt vorliegend verwehrt ist, über den nicht mit ordentlichen Rechtsmitteln (Rekurs) anfechtbaren Bauermittlungs- resp. Wiedererwägungsentscheid materiell zu entscheiden. Auf den Rekurs ist im Ergebnis somit nicht einzutreten.

Departement Bau und Umwelt, 18.08.2009