

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Die vom Beschwerdeführer gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde an das Bundesgericht ist dieses mit Entscheid vom 18. März 2019 nicht eingetreten (1C_154/2019).

Urteil vom 20. Dezember 2018

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, Dr. P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 18 16
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	A ____
Vorinstanz	Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Vorvorinstanz	Gemeinderat B ____
Gegenstand	Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 28. Mai 2018

Rechtsbegehren

a) des Beschwerdeführers:

1. Der Entscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 28. Mai 2018 sei aufzuheben.
2. Es sei davon abzusehen, den Beschwerdeführer zur Entfernung der Betonplatte zu verpflichten. Eventuell sei eine Massnahme anzuordnen, welche sich als verhältnismässig erweist
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

Sachverhalt

- A. A___ ist Eigentümer der Parzelle Nr. XXXX, Gemeinde B___. Die Parzelle befindet sich gemäss dem kommunalen Zonenplan Nutzung in der Landwirtschaftszone und stösst im Osten an die Bauzone an. Im südlichen Bereich der Parzelle steht gemäss kantonalem Schutzzonenplan ein geschützter Einzelbaum. Bei diesem Baum befinden sich eine Gartenanlage und ein befestigter Sitzplatz, welche den Bewohnern der anstossenden Bauzone dienen und wofür gemäss aktueller Aktenlage keine Baubewilligung vorliegt. Mit Entscheid vom 16. November 2016 und 1. Dezember 2016 verweigerten das Amt für Raum und Wald, Abteilung Raumentwicklung, und die Baubewilligungskommission B___ die nachträgliche Bewilligung für den Sitzplatz und der Umgebungsgestaltung. Die Baubewilligungskommission B___ (im Folgenden BBK) ordnete im Entscheid vom 1. Dezember 2016 zudem den Rückbau bis Ende März 2017 an. Diese Entscheide erwuchsen unangefochten in Rechtskraft.
- B. Bei der Bauabnahme vom 3. Mai 2017 stellte das Bausekretariat B___ fest, dass die Anlage nicht zurückgebaut und lediglich ein Teil der Betonplatte mit einem Rasenteppich überdeckt worden war. Mit Schreiben vom 19. Mai 2017 teilte das Bausekretariat A___ mit, dass die BBK die teilweise Überdeckung des betonierten Sitzplatzes nicht als Rückbau erachte. Als Alternativvorschlag schlage diese jedoch vor, den Sitzplatz mit nicht

bodenfremden Materialien um ca. 30 cm zu überschütten. Im Weiteren wurde A___ im Schreiben vom 19. Mai 2017 erneut aufgefordert, die Anlage gemäss Entscheid der Abteilung Raumentwicklung innert einer letztmaligen Frist bis Ende August 2017 zurückzubauen oder den Alternativvorschlag der BBK in Gebrauch zu nehmen. Sollte A___ dieser Aufforderung nicht nachkommen, sehe sich das Bausekretariat gezwungen, die Ersatzvornahme zu verfügen. Das Schreiben vom 19. Mai 2017 enthält kein Rechtsmittel.

- C. Gegen dieses Schreiben liess A___, vertreten durch RA C___, mit Eingabe vom 10. Juli 2017 beim Gemeinderat B___ Rekurs erheben mit den Anträgen, die Verfügung der BBK B___ vom 19. Mai 2017 aufzuheben und von einer Verpflichtung des Rekurrenten zur Entfernung der gegossenen Betonplatte abzusehen.
- D. Der Gemeinderat B___ bejahte im Entscheid vom 9. Oktober 2017 den Verfügungscharakter des Schreibens vom 19. Mai 2017 und wies den Rekurs ab, soweit darauf eingetreten werden konnte. Gleichzeitig wurde für den Rückbau der bestehenden Betonplatte und damit die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands letztmals eine Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des Entscheids gesetzt. Im Weiteren wurde A___ die Ersatzvornahme auf seine Kosten angedroht, sofern der Rückbau und die Wiederherstellung innert angesetzter Frist unterbleibe.
- E. Gegen diesen Entscheid liess A___, vertreten durch RA C___, mit Eingabe vom 11. Oktober 2017 Rekurs beim Departement Bau und Volkswirtschaft erheben u.a. mit dem Antrag, von einer Verpflichtung zur Entfernung der Betonplatte abzusehen. Mit Entscheid vom 28. Mai 2018 hiess das Departement Bau und Volkswirtschaft den Rekurs teilweise gut und gewährte eine letzte Frist für den vollständigen Rückbau des Sitzplatzes bis zum 31. Oktober 2018 mit dem Hinweis, dass diese Frist nicht erstreckbar sei.
- F. Gegen diesen Rekursentscheid liess A___ (im Folgenden: Beschwerdeführer), vertreten durch RA C___, mit Eingabe vom 9. Juni 2018 Beschwerde beim Obergericht mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren erheben.
- G. Mit Schreiben vom 4. Juli 2018 teilte der Gemeinderat B___ mit, dass er auf eine Stellungnahme verzichte. Mit Schreiben vom 23. August 2018 liess sich das Departement Bau und Volkswirtschaft (im Folgenden: Vorinstanz) mit eingangs erwähntem Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen.
- H. Am 31. August 2018 teilte der Beschwerdeführer schriftlich mit, dass er seinem Anwalt gekündigt habe und er auf eine mündliche Verhandlung verzichte. Mit Schreiben vom

7. September 2018 reichte er eine Replik ein, wozu der Gemeinderat B___ mit Schreiben vom 24. September 2018 Stellung nahm.

- I. Auf Eröffnung des Urteildispositivs hin verlangten die Vorinstanz mit Schreiben vom 8. Januar 2019 sowie der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 15. Januar 2019 eine Begründung des Urteils. Damit sind die Voraussetzungen für die nach Ziff. 4 des Dispositivs in Aussicht gestellte Reduktion der Entscheidgebühr nicht gegeben.
- J. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1 in Verbindung mit Art. 110 lit. d des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (BauG, bGS 721.1) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Vorinstanz zuständig ist. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht, wobei jedoch in Bezug auf die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz festzuhalten ist, dass die 5-tägige Beschwerdefrist bei Vollstreckungsverfügungen nur im verwaltungsinternen Rekursverfahren zur Anwendung kommt und im Beschwerdeverfahren vor Obergericht die 30-tägige Beschwerdefrist gilt (Art. 55 VRPG).
2. Beim Obergericht können mit Beschwerde in Verwaltungssachen grundsätzlich nur Rechtsverletzungen (inbegriffen Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und -unterschreitung) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 56 VRPG). Das Obergericht hat darüber hinaus volle Überprüfungsbefugnis, soweit dies im Gesetz vorgesehen ist oder wenn sein Entscheid an eine Bundesinstanz mit unbeschränkter Überprüfungsbefugnis weitergezogen werden kann. Ein Weiterzug an eine Bundesinstanz mit voller Kognition, welche auch die Ermessenskontrolle umfasst, ist vorliegend nicht gegeben. Da eine volle Überprüfung auch nicht anderweitig gesetzlich vorgesehen ist, bleibt die Kognition des Obergerichts vorliegend auf die Rechts- und Sachverhaltskontrolle beschränkt.
3. Es ist unbestritten, dass die Abteilung Raumentwicklung mit Entscheid vom 16. November 2016 und die BBK B___ mit Entscheid vom 1. Dezember 2016 die nachträgliche

Bewilligung für den Gartensitzplatz und die Umgebungsgestaltung verneint haben und die BBK zudem den Rückbau bis Ende März 2017 angeordnet hat. Diese Entscheide sind unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Daher stellt sich vorab die Frage, ob die im Schreiben des Bausekretariats B___ vom 19. Mai 2017 und im Rekursentscheid des Gemeinderats vom 9. Oktober 2017 gestützt auf die rechtskräftigen Entscheide ergangene erneute Aufforderung zum Rückbau unter Androhung der Ersatzvornahme überhaupt selbständig anfechtbare (Vollstreckungs-) Verfügungen darstellen konnten. Die Vorinstanz hat dies ohne nähere Begründung bejaht.

- 3.1 Eine Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher Weise geregelt wird (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rn 849). Das Vorliegen einer Verfügung ist Voraussetzung für die Zulässigkeit des verwaltungsinternen Rekurses (Art. 30 Abs. 1 VRPG) und der Beschwerde an das Obergericht (Art. 54 Abs. 1 VRPG). Form und Inhalt einer Verfügung richten sich nach Art. 16 Abs. 1 und 18 VRPG, wobei nach Lehre und Rechtsprechung Formfehler nicht zum Wegfall des Verfügungscharakters führen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rn 872). Umgekehrt wird jedoch ein Akt nicht deswegen zur Verfügung, weil er sämtliche Formvorschriften einer Verfügung erfüllt. Massgebend ist vielmehr, ob die vorgenannten Strukturelemente kumulativ erfüllt sind (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn 18 zu § 28).
- 3.2 Verfügungen sind vollstreckbar, wenn sie nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können, die Frist dazu unbenützt verstrichen ist oder wenn keine aufschiebende Wirkung besteht (Art. 60 VRPG). Liegt eine vollstreckbare Sachverfügung vor, folgt das Zwangsvollstreckungsverfahren. Die Vollstreckung einer Verfügung obliegt in der Regel der ersten Instanz (Art. 61 VRPG). Ist eine bestimmte Pflicht in einer Sachverfügung festgelegt worden, folgt aus den Grundsätzen der Rechtsicherheit und der Verhältnismässigkeit, dass die Behörden eine solche Pflicht grundsätzlich nicht unverzüglich vollstrecken dürfen. Sie haben den Pflichtigen über Art und Weise der Zwangsvollstreckung zu informieren und ihm Gelegenheit zu geben, die Pflicht selbst zu erfüllen (GÄCHTER/ EGLI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., 2019, N. 48 zu Art. 41 VwVG). Besteht keine Dringlichkeit, ist das Vollstreckungsmittel deshalb unter Ansetzung einer angemessenen Frist und allenfalls unter Hinweis auf Art. 292 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) anzudrohen (Art. 63 Abs. 2 VRPG). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung versteht unter einer Vollstreckungsverfügung eine eigenständige Anordnung über die zwangsweise Durchsetzung einer vollstreckbaren Verfügung (BGE 116 IV 105 E. 4g). Der kantonale

Gesetzgeber hat die Androhung der Ersatzvornahme im Gegensatz zu einigen anderen Kantonen nicht als anfechtbare Verfügung, sondern vielmehr als Mahnung konzipiert. Erst wenn die Androhung keine Wirkung hat, wird die Ersatzvornahme in Verfügungsform festgesetzt (Vollstreckungsverfügung). In der eigentlichen Vollstreckungsverfügung sind die Modalitäten der Ersatzvornahme möglichst genau anzugeben (vgl. dazu HANS-JÜRG SCHÄR, Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh., 1985, N. 7 zu Art. 33, welcher denselben Wortlaut wie Art. 63 Abs. 2 VRPG hatte). Eine Vollstreckungsverfügung hat folglich im Kanton Appenzell Ausserrhoden den Ort, den Zeitpunkt, die Art und Weise der Ersatzvornahme und entsprechend dem konkreten Fall weitere Angaben dazu zu enthalten, verbunden mit der Aufforderung an den Pflichtigen, die notwendigen Vorbereitungen zu treffen und zur Abwendung von möglichem Schaden daran teilzunehmen (TOBIAS JAAG, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 26 ff. zu § 30 VRG). Für den Betroffenen muss klar ersichtlich sein, welche staatlichen Massnahmen ihn treffen, wenn er seinen Pflichten nicht nachkommt (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 865).

- 3.3 Im vorliegenden Fall wurde in der rechtskräftigen Sachverfügung (Entscheid der BBK B___ vom 1. Dezember 2016) zwar der Rückbau des Sitzplatzes und der Umgebungsgestaltung verfügt, jedoch noch keine Ersatzvornahme angedroht. Da keine Dringlichkeit nachgewiesen war, war gemäss Art. 63 Abs. 2 VRPG eine selbständige vorgängige Androhung erforderlich, nachdem das Bausekretariat am 3. Mai 2017 festgestellt hatte, dass die Anlage nicht zurückgebaut war. Das Schreiben des Bausekretariats vom B___ vom 19. Mai 2017 enthält eine letzte Frist für den Rückbau bis Ende August 2017 mit der Androhung, dass ansonsten die Ersatzvornahme verfügt wird. Aus diesem Schreiben gehen jedoch keine Modalitäten der Ersatzvornahme hervor (Art und Weise, Zeitpunkt, allfälliger Name eines Dritten, der mit Ersatzvornahme betraut ist usw.) Das Schreiben geht damit in keiner Weise über das hinaus, was mit dem Entscheid der BBK vom 1. Dezember 2016 gefordert wurde, bzw. wurden dem Beschwerdeführer keine über den rechtskräftigen Sachentscheid hinausgehenden Pflichten auferlegt, vielmehr enthält das Schreiben einen Alternativvorschlag. Daher kann es sich bei diesem Schreiben nicht um eine selbständig anfechtbare Vollstreckungsverfügung handeln, wird doch darin lediglich angekündigt, dass die Ersatzvornahme bei unbenutztem Ablauf verfügt wird. Das Schreiben stellt demzufolge lediglich einen Akt im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens dar und ist lediglich als Mahnung einzustufen, womit es zu Recht kein Rechtsmittel enthielt. Im Übrigen ist hervorzuheben, dass ohnehin nicht das Bausekretariat, sondern die BBK B___ als verfügende erste Instanz zum Erlass einer Vollstreckungsverfügung zuständig wäre (Art. 61 VRPG).

- 3.4 Mangels Verfügungscharakter des Schreibens des Bausekretariats vom 19. Mai 2017 war dagegen kein Rekurs zulässig, womit der Gemeinderat B___ nicht auf den Rekurs vom 10. Juli 2017 hätte eintreten dürfen. Der Gemeinderat hat den Rekurs jedoch mit Entscheid vom 9. Oktober 2017 abgewiesen und eine letzte Frist von 30 Tagen zum Rückbau gesetzt. Gleichzeitig hat er (erneut) die Ersatzvornahme angedroht. Dabei handelt es sich ebenfalls um keine Vollstreckungsverfügung, da auch hier weder die Art und Weise, die genaue Massnahme, der Zeitpunkt oder der Name des Dritten, der mit Ersatzvornahme betraut ist, hervorgehen. Zudem ist zu wiederholen, dass die BBK und nicht der Gemeinderat für die Vollstreckung zuständig ist (Art. 61 VRPG). Infolgedessen ist auch die Vorinstanz zu Unrecht auf den Rekurs vom 11. Oktober 2017 eingetreten.
- 3.5 Da Behörden ihre Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen haben und selbst im Einvernehmen mit den Parteien keine abweichende Zuständigkeiten begründet werden können (Art. 2 Abs. 1 und 4 VRPG), müssen die auf eine nicht anfechtbare Verfügung hin ergangenen Rekursentscheide ersatzlos aufgehoben werden. Auch dem Obergericht ist es verwehrt, über eine derzeit nicht vorliegende Vollstreckungsverfügung zu befinden. Damit ist die Sache unverändert bei der BBK B___ als erste Instanz hängig. Diese ist im Sinne von Art. 61 VRPG verpflichtet und befugt, das Vollstreckungsverfahren entsprechend dem Schreiben des Bausekretariats vom 19. Mai 2017 fortzusetzen. Da mit der Beschwerde nicht bloss die Aufhebung des vorinstanzlichen Rekursentscheides sondern primär die Befreiung von der Pflicht zur Wiederherstellung beantragt wird, ist auf die Beschwerde im Hauptpunkt nicht einzutreten. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die rechtskräftige Sachverfügung im Vollstreckungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Entsprechend dürfen gegen Vollstreckungsverfügungen grundsätzlich nur Rügen vorgebracht werden, die sich gegen die Voraussetzungen und Modalitäten der Vollstreckung selber, nicht jedoch gegen die zu vollstreckende materielle Pflicht richten (KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., Rn 456). Wird die Pflicht zur Wiederherstellung bestritten, müsste bei der erstinstanzlichen Behörde ein Wiederaufnahmegesuch im Sinne von Art. 26 VRPG eingereicht werden, wofür jedoch ein entsprechender Wiederaufnahmegrund vorausgesetzt wäre.
4. Zusammenfassend steht damit fest, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist und die Rekursentscheide der Vorinstanz vom 28. Mai 2018 und des Gemeinderats B___ vom 9. Oktober 2017 aufzuheben sind. Die Sache ist zur Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens an die BBK B___ zurückzuweisen.

5. Da der Beschwerdeführer mit seinem Hauptbegehren nicht durchdringt, ist ihm in Anwendung von Art. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 VRPG sowie Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (GGV, bGS 233.2) eine Entscheidgebühr aufzuerlegen. Für dieses Verfahren wird eine Gebühr von Fr. 1'500.-- erhoben. Diese wäre grundsätzlich alleine dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen. Nachdem jedoch auch den Vorinstanzen entgangen ist, dass das Schreiben des Bausekretariats B___ vom 19. Mai 2017 keine anfechtbare Verfügung darstellt und diese ihrerseits das Beschwerdeverfahren mitverursacht haben, rechtfertigt es sich, die Hälfte der Gebühr auf die Staatskasse zu nehmen. Dem Beschwerdeführer ist auf seiner Hälfte sein Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- anzurechnen, womit die Gerichtskasse anzuweisen ist, diesem Fr. 750.-- zurückzuvergüten.
6. Weil der Beschwerdeführer im Ergebnis unterliegt und er das Verfahren mit dem Rekurs vom 10. Juli 2017 initiiert hat, obwohl das Schreiben des Bausekretariats vom 19. Mai 2017 zu Recht kein Rechtsmittel enthielt, wird auf die Zusprechung einer Parteientschädigung verzichtet (Art. 53 Abs. 3 VRPG e contrario).

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Auf die Beschwerde von A___ wird nicht eingetreten. Die Rekursentscheide des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 28. Mai 2018 und des Gemeinderats B___ vom 9. Oktober 2017 werden im Sinne der Erwägungen aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens an die Baubewilligungskommission B___ zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt. Diese wird zur Hälfte dem Beschwerdeführer auferlegt und im Übrigen auf die Staatskasse genommen. Die Gerichtskasse wird angewiesen, dem Beschwerdeführer Fr. 750.-- zurückzuerstatten.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110, Art. 93 BGG). Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben (Art. 113 ff. BGG). In beiden Fällen ist die Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
5. Zustellung an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz, die Vorvorinstanz sowie die Baubewilligungskommission B___.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 18.02.19