

Obergericht Appenzell Ausserrhoden
4. Abteilung

Zirkulations-Urteil vom 23. April 2020

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 19 31
Beschwerdeführer	A. _____
Vorinstanz	Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Vorvorinstanz	Amt für Raum und Wald, Abteilung Wald und Natur , Kaser- nenstrasse 17A, 9102 Herisau
Beigeladene	Einwohnergemeinde B. _____
Gegenstand	Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 5. August 2019

Rechtsbegehren

a) des Beschwerdeführers:

1. Der Rekursentscheid des Departementes Bau und Volkswirtschaft vom 5. August 2019 sei aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Verfahrensantrag:

Das Verfahren sei zu sistieren.

b) der Vorinstanz:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Der Sistierungsantrag sei abzuweisen

Sachverhalt

- A. _____ ist Grundeigentümer der Parzelle Nr. 0001 im Weiler C. _____, Gemeinde B. _____. Durch die Parzelle führt ein privater Fahrweg, welcher vom Abzweiger bei der Kantonsstrasse bis zur Parzelle Nr. 0002 im Gebiet D. _____ führt. Dieser Weg ist im Zonenplan Nutzung als übriges Gemeindegebiet (ÜG) ausgeschieden und nicht abparzelliert, sondern bildet Bestandteil der jeweils anstossenden Grundstücke. Das Gelände der Parzelle Nr. 0001 fällt vom Südwesten nach Nordosten steil ab. Die nordwestliche Parzellengrenze verläuft entlang eines öffentlichen Gewässers (E. _____). Gemäss dem Zonenplan Nutzung liegt der grösste Teil der Parzelle Nr. 0001 im Wald (WA). Abgesehen vom westlichen Teil bei der Kurve des Fahrwegs (Zone WA) liegt die Parzelle südlich des Fahrwegs in der Grünzone nach altem Baugesetz (GR) und in der Wohnzone (W1).
- B. Nachdem festgestellt worden war, dass A. _____ im Waldareal auf der Parzelle Nr. 0001 Erdmaterial abgelagert hatte, ordnete das Amt für Raum und Wald, Abteilung Wald und Natur (im Folgenden: Vorvorinstanz) mit Verfügung vom 18. Juli 2018 (act. 8.1.1) an, dass sämtliches zugeführtes Material bis am 30. September 2018 aus dem Waldareal auf der Parzelle Nr. 0001 zu entfernen sei. Gleichzeitig wurde A. _____ die Ersatzvornahme angedroht.
- C. Gegen diese Verfügung erhob A. _____ mit Eingabe vom 8. August 2018 (act. 8.1) beim Departement Bau und Volkswirtschaft Rekurs mit dem Antrag, die Verfügung aufzuheben.
- D. Mit Entscheid vom 5. August 2019 (act. 2) wies das Departement Bau und Volkswirtschaft den Rekurs ab. Gleichzeitig ordnete es an, sämtliches zugeführte Material innert drei

Monaten seit Rechtskraft des Entscheids aus dem Waldareal auf der Parzelle Nr. 0001 zu entfernen.

- E. Dagegen erhob A. _____ mit Eingabe vom 28. August 2019 (act. 1) Rekurs beim Regierungsrat, wobei er die eingangs erwähnten Rechtsbegehren stellte. Die Kantonskanzlei überwies die Eingabe mit Schreiben vom 3. September 2019 (act. 3.2) zuständigshalber an das Obergericht, welches den Rekurs als Beschwerde entgegennahm.
- F. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2019 (act. 7) beantragte das Departement Bau und Volkswirtschaft (im Folgenden: Vorinstanz), die Beschwerde abzuweisen.
- G. Mit Eingabe vom 28. November 2019 (act. 11) beantragte A. _____ (im Folgenden: Beschwerdeführer) das Verfahren zu sistieren, da vorerst die amtliche Vermessung des Fahrwegs zu klären sei, was von der Vorinstanz mit Schreiben vom 10. Dezember 2019 (act. 13) abgelehnt wurde.
- H. Mit Schreiben vom 18. Februar 2020 (act. 19) liess sich der Beschwerdeführer abschliessend vernehmen.
- I. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1.

- 1.1 Gestützt auf Art. 2 der Verordnung über COVID-19-Massnahmen: Gerichte (bGS 113.2) kann das Obergericht zur Bewältigung der aktuell ausserordentlichen Lage in allen Fällen auf dem Zirkularweg entscheiden, wenn das Gesetz keine Verhandlung vorschreibt. Zirkularbeschlüsse bedürfen der Einstimmigkeit (Art. 52 Abs. 2 JG). Da im vorliegenden Verfahren keine Durchführung einer Verhandlung vorgeschrieben ist und die Parteien auf die Durchführung einer solchen verzichteten, hat das Obergericht das vorliegende Urteil einstimmig mittels Zirkularbeschluss gefällt.
- 1.2 Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid

der Vorinstanz zuständig ist und die Form- und Fristerfordernisse erfüllt sind. Streitig und zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorvorinstanz zu Recht den Rückbau der Ablagerungen auf der Parzelle Nr. 0001 angeordnet hat. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten, soweit sich diese gegen den angefochtenen Entscheid richtet, in welchem die Wiederherstellungsverfügung der Vorvorinstanz geschützt wurde. Streitgegenstand bildet somit einzig das vom Beschwerdeführer abgelagerte Material auf der Parzelle Nr. 0001. Nicht zu behandeln in diesem Verfahren sind folglich Vorbringen des Beschwerdeführers in Bezug auf das Strassenverzeichnis, die Sanierung des E. _____ und den vom Gemeinderat B. _____ auf der Parzelle Nr. 0001 verfügten Baustopp.

2. Bei der Beurteilung der hier vorliegenden Beschwerde ist die Kognition des Obergerichts gemäss Art. 56 Abs. 1 VRPG darauf beschränkt, den angefochtenen Entscheid hinsichtlich allfälliger Rechtsverletzungen zu überprüfen, wozu auch eine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens zählt. Im Weiteren kann beurteilt werden, ob die Vorinstanzen den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt haben. Die Überprüfung der Angemessenheit ist dem Obergericht jedoch verwehrt (Art. 56 Abs. 1 VRPG e contrario). Rechtsfragen unterstehen dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*), welcher bedeutet, dass das Gericht an die Rechtsauffassungen der Verfahrensbeteiligten nicht gebunden ist; auch nicht an die von ihnen nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts form- und fristgerecht vorgetragenen Rechtsbehauptungen (BGE 133 V 196 E.1.4). Die Entscheidbehörde ist im Rahmen der Rechtsanwendung dazu verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtsatz anzuwenden, den sie als den zutreffenden ansieht, und ihm die Auslegung zu geben, von der sie - unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Lehre - überzeugt ist (KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 166 zu § 7 VRG; BGE 130 V 253 E. 3.5).

3.

- 3.1 In formeller Hinsicht beantragt der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. November 2019 (act. 11) die Sistierung des Beschwerdeverfahrens, da die Ausgestaltung des heutigen Fahrwegs bis zu 2 Meter von der amtlichen Vermessung abweiche. Der wieder erstellte Böschungsfuss liege im Bereich des amtlich vermessenen Fahrwegs. Es sei vorerst notwendig, die amtliche Vermessung des Fahrwegs und die Zuständigkeiten zu klären. Die Vorinstanz sieht in ihrer Vernehmlassung vom 10. Dezember 2019 (act. 13) keinen Anlass, die amtliche Vermessung in Frage zu stellen. Das eingebrachte Material trage in keiner Weise zur Stabilität des Abhangs bei. Schliesslich stehe es dem Beschwerdeführer frei, ein Baugesuch/Gesamtprojekt betreffend eine von ihm genannte gute Lösung einzureichen. Es

liege nicht an den Behörden, dem Beschwerdeführer einen Lösungsvorschlag zu unterbreiten.

- 3.2 Eine Sistierung ist nur dann sinnvoll und gerechtfertigt, wenn der Entscheid des Obergerichts von einem anderen Entscheid oder Urteil abhängt oder wesentlich beeinflusst wird. Dies gilt nach der Praxis insbesondere für den Fall, dass der Ausgang eines anderen Verfahrens für das interessierende Verfahren von präjudizieller Bedeutung ist (BGE 123 II 1 E. 2b; (BERTSCHI/PLÜSS, in: Alain Griffel (Hrsg.), a.a.O., N. 40 zu den Vorbemerkungen zu §§ 4-31 VRG).
- 3.3 Im vorliegenden Fall ist - soweit ersichtlich - kein anderes Verfahren hängig, von welchem dieses Urteil abhängt. Da die Vorinstanz zudem den Sistierungsantrag ablehnt und sich nachfolgend zeigen wird, dass die amtliche Vermessung des Fahrwegs für den Ausgang dieses Beschwerdeverfahrens nicht relevant ist, wird dem Sistierungsantrag nicht stattgegeben.
4. Im Folgenden gilt es zunächst abzuklären, ob die vorgenommenen Ablagerungen/Terrainveränderungen bewilligungspflichtig sind, was von der Vorinstanz offenbar stillschweigend angenommen wird, während der Beschwerdeführer davon ausgeht, dass es sich bei den Ablagerungen um bewilligungsfreie Unterhaltsarbeiten handle (act. 1, S.7; act. 19, S. 2)
- 4.1 Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Bauten und Anlagen gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG sind jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten 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. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage 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 134 E. 5.2; BGE 120 Ib 379 E. 3c; BGE 113 Ib 314 E. 2b). Die Baubewilligungspflicht soll es mithin den Behörden ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Folgen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (BGE 123 II 256 E. 3).

- 4.2 Nach Art. 93 Abs. 1 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz, BauG, bGS 721.1) sind Bauten, Anlagen und Vorkehren mit planungsrechtlichen oder baupolizeilichen Auswirkungen baubewilligungspflichtig. Darunter fallen auch wesentliche Terrainveränderungen (Art. 93 Abs. 1 lit. b BauG). Einfache kleine oder nur für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen, die wegen ihrer untergeordneten Bedeutung weder nachbarliche noch öffentliche Interessen berühren sind baurechtlich weder melde- noch bewilligungspflichtig (Art. 39 Abs. 1 der Bauverordnung, BauV, bGS 721.11). Darunter fallen u.a. Renovationen, die dem normalen Unterhalt dienen und gegenüber dem Bestehenden keine nach aussen sichtbare Veränderung mit sich bringen und einmalige Terrainveränderungen (Aufschüttung, Abgrabung), bis zu einer maximalen Differenz von höchstens 1,20 m zum gewachsenen Terrain und einer veränderten Bodenfläche von höchstens 200 m² innerhalb der Bauzonen bzw. 500 m² ausserhalb der Bauzonen (Art. 39 Abs. 2 lit. a und f BauV). Alle nach Massgabe von Art. 93 BauG baubewilligungspflichtigen Bauvorhaben bedürfen einer Baubewilligung der Gemeindebaubehörde (Art. 97 Abs. 1 BauG).
- 4.3 Das Bundesrecht bestimmt weiter, dass nichtforstliche Bauten und Anlagen im Wald sowohl einer Rodungsbewilligung (Art. 5 des Bundesgesetzes über den Wald, Waldgesetz, WaG, SR 921.0) als auch einer Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG bedürfen (Art. 11 Abs. 1 WaG). Eine forstrechtliche Sonderbehandlung erfahren nichtforstliche Kleinbauten- und Anlagen. Sie benötigen keine Rodungsbewilligung (Art. 4 lit. a der Waldverordnung, WaV, SR 921.01), jedoch eine Bewilligung für nachteilige Nutzungen im Wald (Art. 16 Abs. 2 WaG) sowie eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG (Art. 14 Abs. 2 WaV; vgl. dazu auch BGE 139 II 134 E. 6.2). Art. 10 Abs. 1 der kantonalen Waldverordnung (KWaV, bGS 931.119) bestimmt, dass nichtforstliche Kleinbauten, zu deren Erstellung nur geringfügige Eingriffe in den Kronen- und Wurzelraum des Waldes notwendig sind, nicht als Rodung gelten. Dafür sind jedoch in der Regel sowohl eine Bewilligung des Amtes für Raum und Wald als auch eine raumplanerische Bewilligung erforderlich (Art. 10 Abs. 3 WaV). Nach Art. 14 Abs. 2 des kantonalen Waldgesetzes (kWaG, bGS 931.19 dürfen nachteilige Nutzungen nur bewilligt werden, sofern sie die Waldfunktionen nicht übermässig beeinträchtigen. Als nachteilige Nutzungen gelten u.a. Ablagerungen (Art. 15 KWaV).
- 4.4 Art. 36a Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20) verpflichtet die Kantone, den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer festzulegen, der erforderlich ist für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, des Schutzes vor Hochwasser und der Gewässernutzung (Gewässerraum). Art. 3 Abs. 1 der vorläufigen Verordnung über die Einführung des Gewässerraums (bGS 721.131) bestimmt, dass im Wald auf die Festlegung eines Gewässerraums verzichtet wird,

soweit keine öffentlichen Interessen entgegenstehen. Vorbehalten bleiben jedoch die Vorschriften des Baugesetzes über die Gewässerabstände (Abs. 2). Nach Art. 114 Abs. 2 BauG haben Bauten und Anlagen grundsätzlich gegenüber öffentlichen Gewässern einen Abstand von mindestens sechs Metern einzuhalten; ausgenommen sind Querungen durch Erschliessungsanlagen und standortgebundene Bauten und Anlagen. Das kantonale Tiefbauamt kann Ausnahmen bewilligen. Gemäss Art. 19 Abs. 1 des Gesetzes über den Wasserbau und die Gewässernutzung (Wasserbaugesetz, WBauG, bGS 741.1) ist die Erstellung, Änderung und Beseitigung von Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerabstandes gemäss Art. 114 BauG bewilligungspflichtig. Wasserbauliche Bewilligungen werden durch das Tiefbauamt erteilt (Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 WBauG).

4.5 Alle beweglichen Sachen, deren sich der Inhaber entledigt oder deren Entsorgung im öffentlichen Interesse geboten sind, sind gemäss Definition in Art. 7 Abs. 6 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz, (USG, SR 814.01) „Abfälle“. Laut Art. 7 Abs. 6^{bis} USG umfasst das Entsorgen der Abfälle ihre Verwertung oder Ablagerung sowie die Vorstufen Sammlung, Beförderung, Zwischenlagerung und Behandlung. Unter den Begriff „Abfall“ fällt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (unverschmutzter) Aushub jedenfalls dann, wenn er endgültig abgelagert werden soll (BGE 120 Ib 400 E. 3d). Nach Art. 19 der Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA, SR 814.600) ist unverschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial möglichst vollständig wie folgt zu verwerten: a) als Baustoff auf Baustellen und Deponien; b) als Rohstoff für die Herstellung von Baustoffen; c) für die Wiederauffüllung von Materialentnahmestellen; d) für bewilligte Terrainveränderungen. Sowohl die Errichtung als auch der Betrieb einer Deponie ist bewilligungspflichtig (Art. 38 VVEA).

4.6 Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer auf der Parzelle Nr. 0001 auf der Nordseite des bestehenden Fahrwegs Erdmaterial abgelagert hat, welches auf der Parzelle Nr. 0003 ausgehoben wurde (act. 1, S. 3; Fotodokumentation der Vorvorinstanz, act. 8.4.3). Aus den Akten geht im Weiteren hervor, dass der Beschwerdeführer das Material teilweise für die Erstellung eines Banketts beim Fahrweg verwendet hat (act. 1, S. 1; Fotodokumentationen zur Beschwerde, act. 2/5-6). Zudem wurde die eingebrachte Erde im Hang verteilt und teilweise treppenartig befestigt (Fotodokumentation zur Stellungnahme zum Augenscheinprotokoll im Rekursverfahren, act. 8.12.4; sowie zur abschliessenden Stellungnahme im Rekursverfahren, act. 8.19.4.1). Daraus ergibt sich, dass die Ablagerungen/Terrainveränderungen gegen aussen deutlich sichtbar sind (Art. 39 Abs. 2 lit. a BauV e contrario). Die Fotos deuten zudem darauf hin, dass durch diese auch die maximale Differenz von 1.20 m zum gewachsenen Boden überschritten wird (Art. 39 Abs. 2 lit. f BauV). Aufgrund des Situationsplans der Vorvorinstanz (act. 8.4.1) kann somit der Schluss gezogen werden,

dass die Terrainveränderungen den natürlichen Verlauf des abfallenden Geländes auf einer Länge von rund 40 m erheblich verändern. Damit sind die Terrainveränderungen sowohl nach Art. 22 Abs. 1 RPG als auch nach Art. 93 BauG bewilligungspflichtig. Diese bedürfen somit auf jeden Fall einer Bewilligung der Gemeindebaubehörde (Art. 97 Abs. 1 BauG).

Aus dem Zonenplan Nutzung geht im Weiteren hervor, dass zumindest der westliche Teil des Privatwegs auf der Parzelle Nr. 0001 vollständig innerhalb der festgelegten Waldgrenze liegt, womit dieser Bereich von Bundesrechts wegen als Wald gilt (Art. 2 Abs. 2 lit. b WaG). Dies gilt zudem auch für sämtliche Bereiche auf der Nordseite entlang des vermessenen Fahrwegs, in welchen das strittige Erdmaterial abgelagert bzw. das Terrain verändert wurde. Soweit die Ablagerungen innerhalb des festgelegten Waldareals liegen, bedarf es dafür entweder einer Rodungsbewilligung des Departements Bau und Volkswirtschaft (Art. 5 Abs. 1 KWaV) und einer Ausnahmbewilligung des Amtes für Raum und Wald (Art. 11 WaG und Art. 97 Abs. 2 lit. a BauG) oder einer forstrechtlichen Bewilligung für nicht-forstliche Kleinbauten- und Anlagen sowie einer raumplanerischen Bewilligung des Amtes für Raum und Wald (Art. 10 Abs. 3 KWaV). Dazu ist hervorzuheben, dass der Privatweg im Zonenplan nicht als Verkehrsfläche sondern als übriges Gemeindegebiet ausgeschieden ist, womit sich die Voraussetzungen für die Errichtung von Bauten und Anlagen im Bereich des Fahrweg ausserhalb des Waldareals nach Art. 31 BauG richten. Soweit die Ablagerungen/Terrainveränderungen innerhalb des vermessenen Weges und ausserhalb der festgelegten Waldgrenze liegen, wie dies vom Beschwerdeführer geltend gemacht wird, bedarf es insofern dafür ebenfalls einer raumplanerischen Bewilligung des Amtes für Raum und Wald (Art. 97 Abs. 2 lit. a BauG).

Die Fotodokumentation zum Augenscheinprotokoll der Vorinstanz (act. 8.10) deutet im Weiteren darauf hin, dass die Terrainveränderungen zumindest teilweise innerhalb des Gewässerabstandes beim E. _____ realisiert wurden, womit diesbezüglich nach Art. 19 Abs. 1 WBauG auch eine Bewilligung des kantonalen Tiefbauamts notwendig ist. Sollten die Terrainveränderungen nicht bewilligungsfähig sein, wäre im Übrigen für das abgelagerte Aushubmaterial eine Deponiebewilligung des Amtes für Umwelt erforderlich (Art. 38 VVEA i.V.m. Art. 7 Abs. 3 des kantonalen Umwelt- und Gewässerschutzgesetzes, UGsG, bGS 814.0).

- 4.7 Damit kann als Erstes festgehalten werden, dass die vorgenommenen Ablagerungen/Terrainveränderungen sowohl bundesrechtlich als auch kantonalrechtlich in mehrfacher Hinsicht bewilligungspflichtig sind. Da für diese keine Bewilligung vorliegt, sind sie als formell rechtswidrig zu qualifizieren (ZAUGG/ LUDWIG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl. 2020, N. 14 zu Art. 46; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl. 2019, S. 612).

5. Werden Bauten oder Anlagen ohne Baubewilligung, in Abweichung von einer Baubewilligung oder sonst rechtswidrig erstellt, verfügt die Gemeindebaubehörde die Baueinstellung und setzt eine angemessene Frist zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs an (Art. 108 Abs. 1 BauG). Wird innert angesetzter Frist kein Baugesuch eingereicht, verfügt die Gemeindebaubehörde die Entfernung oder Abänderung sowie die Wiederherstellung des ursprünglichen, rechtmässigen Zustands und setzt dafür eine angemessene Frist an (Art. 108 Abs. 2 BauG). Nach Art. 10 Abs. 4 KWaV sind ohne Bewilligung errichtete oder zweckentfremdete Bauten und Anlagen im Wald abzubauen, sofern nicht nachträglich eine Bewilligung erteilt werden kann. Soweit keine besonderen Vorschriften bestehen, obliegt der Vollzug des Waldgesetzes dem Amt für Raum und Wald (Art. 3 Abs. 2 WaG).

Bei formell rechtswidriger Bautätigkeit erwächst den zuständigen Behörden damit von Gesetzes wegen die Pflicht, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, in welchem zu prüfen ist, ob die formelle Rechtswidrigkeit durch die Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung beseitigt werden kann (vgl. dazu auch BGE 123 II 248 E. 3a/bb). Mit anderen Worten ist vor der Anordnung der Entfernung oder Abänderung bewilligungspflichtiger Bauten und Anlagen somit regelmässig abzuklären, ob eine Bewilligung erteilt werden kann oder nicht. Der Abbruchbefehl für eine formell rechtswidrige, aber möglicherweise materiell rechtskonforme Baute und Anlage erweist sich als unverhältnismässiger Eingriff in die Eigentumsgarantie (ZAUGG/LUDWIG, a.a.O. N. 14 zu Art. 46). Im Weiteren gebietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, vor einem Bauabschlag eine Bewilligung mit allfälligen Auflagen zu prüfen, was bei einem Verzicht auf ein Baubewilligungsverfahren nicht möglich ist (Art. 106 Abs. 2 lit. a BauG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 531). Auf die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens für bewilligungspflichtige Bauten und Anlagen kann nur ausnahmsweise in seltenen Fällen verzichtet werden, wenn diese offensichtlich materiell rechtswidrig sind (BERNHARD WALDMANN in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, 2016, N. 6.8).

- 5.1 Im vorliegenden Fall geht aus den Akten hervor, dass kein nachträgliches Baubewilligungsverfahren eingeleitet wurde. Die Vorvorinstanz vertritt in Ziff. 4 der Verfügung vom 18. Juli 2018 (act. 8.1.1) vielmehr die Auffassung, dass aufgrund der negativen Auswirkungen auf den Waldbestand und dessen Entwicklung sowie der fehlenden stabilisierenden Wirkung das entsorgte Aushubmaterial nicht als forstliche Baute bzw. als nichtforstliche Kleinbaute nach Art. 10 KWaV beurteilt werden könne und im Rahmen eines ordentlichen Baugesuchs grundsätzlich nicht bewilligungsfähig sei. Aus diesem Grund hat sie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet. Die Vorinstanz kommt in Ziff. 3d des angefochtenen Entscheids (act. 2) zum Schluss, dass die Vorvorinstanz keinen baurechtlichen Ent-

scheid vorweggenommen habe, sondern dass es sich dabei lediglich um eine vorgängige Einschätzung und Information handle. Ausführungen, ob es sich bei dem „Bankett“, - welches der Hangsicherung dienen solle -, um eine Baute handle und eine nachträgliche Bewilligung gemäss Art. 10 Abs. 4 KWaV erteilt werden könne, erübrigten sich, habe der Beschwerdeführer doch kein nachträgliches Baugesuch eingereicht.

5.2 Der Beschwerdeführer macht auf S. 8 der Beschwerdeschrift (act. 1) geltend, dass er behördenseits nie formell aufgefordert worden sei, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Dies hätten die Behörden jedoch gemäss Art. 108 Abs. 1 BauG machen müssen. Erst wenn diese Anordnung rechtskräftig geworden wäre, hätte die Gemeindebaubehörde die Wiederherstellung des ursprünglichen rechtmässigen Zustands unter Fristansetzung verlangen dürfen. Es liege keine gültige Wiederherstellungsverfügung vor, da er nie formell unter Fristansetzung dazu aufgefordert worden sei, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.

5.3 Wie ausdrücklich aus Art. 108 Abs. 1 BauG hervorgeht, ist ein nachträgliches Baugesuchungsverfahren von der Gemeindebaubehörde *von Amtes wegen* einzuleiten und basiert entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht auf der Dispositionsmaxime des Bauherrn. Dieser Pflicht zur Einleitung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens ist die zuständige Baubewilligungskommission B. _____ offensichtlich nicht nachgekommen. Immerhin brachte die Vorinstanz in Ziff. 3d des angefochtenen Entscheids zum Ausdruck, dass sie die vorgenommenen Terrainveränderungen nicht offensichtlich für materiell rechtswidrig hält, verneint sie doch die Vorwegnahme eines Bauentscheids und wäre ansonsten die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs sinnlos. Dieser Annahme kann sich das Obergericht anschliessen, zumal die vom Beschwerdeführer behauptete Notwendigkeit der Terrainveränderung zur Sicherung des Fahrwegs oder Verhinderung der Erosion ohne detaillierte Pläne kaum überprüft werden kann. Infolgedessen stellen die strittigen Terrainveränderungen vorliegend keinen (seltenen) Anwendungsfall dar, in welchem auf ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren verzichtet werden könnte. Damit kann festgehalten werden, dass zu Unrecht auf die Einleitung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens verzichtet wurde, was sowohl der Wiederherstellungsverfügung der Vorvorinstanz vom 18. Juli 2018 (act. 8.1.1) als auch dem angefochtenen Rekursentscheid (act. 2) der Vorinstanz entgegensteht.

5.4 Erschwerend kommt im vorliegenden Fall Folgendes hinzu: Nach Auffassung des Obergerichts ist für einen Verzicht auf die Einholung eines nachträglichen Baugesuchs aufgrund offensichtlicher materieller Rechtswidrigkeit nicht etwa das Amt für Raum und Wald sondern in analoger Anwendung von Art. 108 Abs. 1 BauG ebenfalls die *Gemeindebaubehörde*

zuständig. Dies gilt nach Art. 108 Abs. 2 BauG aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts insbesondere auch *für die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands* bei fehlender Baubewilligung (vgl. dazu auch Art. 108 Abs. 2 altBauG, welcher zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses noch in Kraft war). Nach Art. 108 Abs. 2^{bis} BauG bzw. Art. 108 Abs. 2 altBauG könnte das Amt für Raum und Wald nur eine Wiederherstellungsverfügung erlassen, wenn das Amt die Bewilligung nachträglich verweigert hätte. Die kantonale Waldgesetzgebung regelt diesbezüglich keine anderen Zuständigkeiten, sondern erklärt das Amt für Raum und Wald in Art. 3 Abs. 3 WaG ausdrücklich nur für zuständig, wenn keine besonderen Vorschriften bestehen, wobei Art. 108 Abs. 2 BauG als solche besondere Vorschrift zu qualifizieren ist. Daher hat das Amt für Raum und Wald seine Kompetenz überschritten, indem es statt der Gemeindebaubehörde ohne eigenen Bauabschlag die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet hat.

6. Entscheidet eine Behörde in der Sache, obwohl sie unzuständig ist, so ist dieser Entscheid anfechtbar oder nichtig. Die Nichtigkeit einer gesetzeswidrigen Handlung muss sich entweder aus einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung oder aus dem Sinn und Zweck der betreffenden Norm ergeben. Ohne anderslautende gesetzliche Regelung ist sie im Sinne einer Ausnahme nur anzunehmen, wenn das System der Anfechtung offensichtlich nicht den erforderlichen Rechtsschutz bietet (DAUM/ BIERI in: Auer, Müller, Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., 2018, N. 18 zu Art. 7; BGE 122 I 97 E.3a/aa). Ob die Verfügung der Vorvorinstanz vom 18. Juli 2018 als nichtig zu qualifizieren ist, kann damit offen gelassen werden, da die zwingende Einleitung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens ohnehin nicht in diesem Beschwerdeverfahren nachgeholt werden kann und die Baubewilligungskommission als zuständige Behörde über die Wiederherstellung zu entscheiden hat, sollte innert anzusetzender Frist kein Baugesuch eingereicht werden.
7. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Beschwerde wie folgt gutzuheissen ist: Der angefochtene Rekursentscheid der Vorinstanz vom 27. Mai 2019 sowie die zugrunde liegende Verfügung der Vorvorinstanz vom 18. Juli 2018 sind aufzuheben und die Sache ist im Sinne von Art. 108 Abs. 1 BauG zur Einleitung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens an die Baubewilligungskommission B. _____ zu überweisen. Sollte innert anzusetzender Frist kein nachträgliches Baugesuch eingereicht werden, hat die Baubewilligungskommission B. _____ gemäss Art. 108 Abs. 2 und 4 BauG über die Wiederherstellungsmassnahmen zu entscheiden. Die zu treffenden Massnahmen wären zudem in einer allfälligen Wiederherstellungsverfügung genau zu bezeichnen.

8. Nach Art. 19 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird.

Da der Beschwerdeführer mit seinem Hauptbegehren durchdringt und die Sache im Übrigen an die Baubewilligungskommission B. _____ überwiesen wird, ist ihm für das Beschwerdeverfahren keine Entscheidgebühr aufzuerlegen. Die Gerichtskasse ist anzuweisen, ihm der Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- zurückzuerstatten.

Da die Vorinstanz mit ihren Begehren nicht durchdringt und die vorinstanzliche Entscheidung aufzuheben sind, ist ihr die Entscheidgebühr aufzuerlegen. In Anwendung von Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (GGV, bGS 233.2) erscheint eine Entscheidgebühr von insgesamt Fr. 2'500.-- als angemessen, wobei in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung verzichtet wird. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer den für das Rekursverfahren erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 800.-- zurückzuerstatten.

9. Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für ihre notwendigen Kosten und Auslagen. Wenn eine Partei ohne externe Rechtsvertretung auftritt, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Parteientschädigung (BGE 144 280 E. 8.2; BGE 133 439 E. 4; BGE 115 IA 12 E. 5). Der Beschwerdeführer macht zwar in der abschliessenden Stellungnahme vom 18. Februar 2020 geltend, dass er im Hintergrund juristisch durch einen Rechtsanwalt unterstützt wurde, was jedoch nichts daran ändert, dass er nach aussen in eigener Sache ohne berufsmässige Vertretung prozessiert hat. Daher ist ihm praxisgemäss nur eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen, welche im vorliegenden Fall auf Fr. 300.-- festgesetzt wird. Diese geht zu Lasten der unterliegenden Partei und somit vorliegend zu Lasten der unterlegenen Vorinstanz (Art. 59 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 VRPG). Mangels Antrags im Rekursverfahren wird auf die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung für das vorinstanzliche Verfahren verzichtet (Art. 24 Abs. 1 VRPG e contrario).
10. Das vorliegende Urteil schliesst das Verfahren nicht ab, sondern überweist die Streitsache an die erstinstanzlich zuständige Gemeindebaubehörde. Es ist daher den Vor- und Zwischenentscheiden zuzuordnen, weshalb sich seine Anfechtung nach Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) richtet (BGE 133 V 477 E. 4.2).

Das Obergericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden der Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 5. August 2019 sowie die zugrunde liegende Verfügung des Amts für Raum und Wald vom 18. Juli 2018 aufgehoben und die Sache zur Einleitung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens an die Baubewilligungskommission B. _____ überwiesen. Sollte der Beschwerdeführer innert anzusetzender Frist kein nachträgliches Baugesuch einreichen, hat die Baubewilligungskommission gemäss Art. 108 Abs. 2 und 4 BauG über die Wiederherstellungsmassnahmen zu entscheiden. Sollte eine Wiederherstellung angeordnet werden, sind die zu treffenden Massnahmen in der Wiederherstellungsverfügung genau zu bezeichnen.
2. Dem Sistierungsantrag des Beschwerdeführers wird nicht stattgegeben.
3. Es wird eine Entscheidgebühr von insgesamt Fr. 2'500.-- festgesetzt, welche auf die Staatskasse genommen wird. Die Gerichtskasse wird angewiesen, dem Beschwerdeführer den Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- zurückzuerstatten.
4. Die Vorinstanz wird angewiesen, dem Beschwerdeführer den Kostenvorschuss von Fr. 800.-- zurückzuerstatten.
5. Dem Beschwerdeführer wird eine Umtriebsentschädigung von Fr. 300.-- für das Beschwerdeverfahren zugesprochen, welche der Vorinstanz auferlegt wird.
6. **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).
7. Zustellung an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz, die Vorvorinstanz, die Beigeladene, die Baubewilligungskommission B. _____ und nach Rechtskraft an die Gerichtskasse.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 23. April 2020