

# **AR\_GERICHTE OG O4V-18-16 vom 18. März 2019**

AR Gerichte, 2019-03-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG\\_O4V-18-16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O4V-18-16)

FR: AR\_GERICHTE OG O4V-18-16 du 18 mars 2019

IT: AR\_GERICHTE OG O4V-18-16 del 18 marzo 2019

## **Regeste**

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

## **Erwägungen**

### **E. 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).

### **E. 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.

### **E. 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 Seite 5 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.

### **E. 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).

### **E. 3.2**

Verfügungen sind vollstreckbar, wenn sie nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können, die Frist dazu unbenutzt 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-JÜRGEN 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).

### **E. 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 letztmalige 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). Seite 7

### **E. 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.

### **E. 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/RÜTSCHKE/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.

#### **E. 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

#### **E. 9**

Oktober 2017 aufzuheben sind. Die Sache ist zur Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens an die BBK B\_\_\_ zurückzuweisen.

Seite 8 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 Entscheidegebühr 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.-- zurückzuerstatten.

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 Zuspreehung einer Parteientschädigung verzichtet (Art. 53 Abs. 3 VRPG e contrario).

Seite 9 Demnach erkennt das Obergericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.