

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2003/119

Bern, 28. Januar 2004

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____



und

C. _____

vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Nydegasse 11/13, 3011 Bern

betreffend die Verfügung der Gemeinde Wimmis vom 4. September 2003 (Baubewilligung-Nrn. 769/2002-005 bzw. -027; Widerruf Baubewilligungen, Pferdezücht)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin betreibt seit 1972 in der Gemeinde Wimmis auf mehreren Parzellen das Vollblutarabergestüt Bafran. Sie beabsichtigt, einen Teil des Betriebs auf die Parzelle Wimmis Grundbuchblatt Nr. E. _____ zu verlegen. Zu diesem Zweck stellte sie am 5. Februar 2002 ein Baugesuch für das Erstellen einer neuen Gestütanlage auf Parzelle Nr. E. _____. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone und im Perimeter der Landschaftsschutzgebiete gemäss Art. 76 GBR¹. Mit Verfügung vom 28. Mai 2002² erteilte die Gemeinde der Beschwerdeführerin die Baubewilligung. Am 26. September 2002 bewilligte³ die Gemeinde eine von der Beschwerdeführerin am 19. August 2002 eingereichte Projektänderung zum obigen Bauvorhaben. Eine weitere Projektänderung der Beschwerdeführerin vom 25. April 2003 bewilligte die Gemeinde mit Verfügung vom 14. Mai 2003⁴. Das definitive Projekt sieht den Umbau des bestehenden Gebäudes 45b (obere Scheune) sowie den Um- und Ausbau des Gebäudes 45a (untere Scheune) vor. Darin ist unter anderem eine Betriebsleiterwohnung vorgesehen. Der Umbau des bestehenden Gebäudes 45b ist inzwischen realisiert. Die Arbeiten am Gebäude 45a wurden jedoch noch nicht in Angriff genommen.

2. Im Zusammenhang mit einem weiteren Baugesuch der Beschwerdeführerin vom 16. Juni 2003 für eine weitere Projektänderung auf Parzelle Nr. E. _____ informierte die Gemeinde die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15. Juli 2003, sie habe nachträglich festgestellt, dass das Projekt nicht nur in der Landwirtschaftszone, sondern auch im Perimeter des Landschaftsschutzgebietes liege, was eine Ausnahmbewilligung erfordert hätte. Die erteilten Baubewilligungen seien "als widerrechtlich zu betrachten". Sie wies auf die Möglichkeit eines Widerrufs von Baubewilligungen hin. Die Beschwerdeführerin äusserte sich im Schreiben vom 29. August 2003 zum beabsichtigten Widerruf. Mit Verfügung vom 4. September 2003 verfügte die Gemeinde den Widerruf der drei Baubewilligungen vom 28. Mai 2002, vom 26. September 2002 und vom 14. Mai 2003. Unter Ziffer 2 dieser Verfügung verzichtete die Gemeinde darauf, "die aufgrund der

¹ Baureglement der Gemeinde Wimmis vom 7. Dezember 2000 (GBR), genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 6. März 2002

² "Baubewilligung Nr. 769/2002-005"

³ "Baubewilligung Nr. 769/2002-027"

⁴ Diese Baubewilligung läuft unter derselben Nummer wie das ursprüngliche Projekt ("Baubewilligung Nr. 769/2002-005")

erteilten Baubewilligungen bereits ausgeführten baulichen Änderungen an der Scheune Nr. 45b wiederherstellen zu lassen".

3. Gegen diese Widerrufsverfügung reichte die Beschwerdeführerin am 25. September 2003 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt die Aufhebung der Widerrufsverfügung vom 4. September 2003 und die Behandlung ausser der Reihe. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, das Vorhaben sei mit den Vorschriften zum Landschaftsschutzgebiet vereinbar und die Voraussetzungen für einen Widerruf seien nicht erfüllt. Ein Widerruf würde auch gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstossen.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁵, führte den Schriftenwechsel und einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung im Beisein der Beteiligten durch. Zudem holte es beim Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) eine Stellungnahme zur Beschwerde ein. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen.

5. Auf die Rechtsschriften und auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Die BVE prüft die **Eintretensvoraussetzungen** von Amtes wegen.

Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um eine Widerrufsverfügung im Sinn von Art. 43 BauG⁶. Eine Widerrufsverfügung kann wie ein Bauentscheid angefochten werden

⁵ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

(Art. 43 Abs. 3 BauG). Bauentscheide können nach Art. 40 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführerin ist Verfügungsadressatin und durch die vorinstanzliche Widerrufsverfügung beschwert. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert.

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Eine im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilte Baubewilligung kann von der Baubewilligungsbehörde **widerrufen** werden (Art. 43 Abs. 1 BauG). Eine Baubewilligung darf aber nicht leichthin in Frage gestellt und geändert werden. Das würde die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Die Baubewilligung ist aufgrund eines ausgebauten Verfahrens mit weitgehenden Prüfungs-, Einsprache- und Beschwerdemöglichkeiten zustande gekommen; ein Widerruf setzt deshalb voraus, dass die Ausführung des Bauvorhabens wesentliche schutzwürdige Interessen verletzen würde. Es ist abzuwägen, ob dem Postulat der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts oder dem Interesse an der Wahrung der Rechtssicherheit der Vorrang gebührt⁷.

Sind aufgrund der Baubewilligung bereits erhebliche Arbeiten ausgeführt, so ist der Widerruf nur zulässig, wenn überwiegende Interessen ihn gebieten oder wenn der Gesuchsteller die Bewilligung durch Irreführung erwirkt hat (Art. 43 Abs. 2 BauG).

3. Vorweg ist zu prüfen, ob das vorliegende Bauvorhaben in **Widerspruch zu einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift** steht. Der Pferdezuchtbetrieb soll im Landschaftsschutzgebiet erstellt werden. Art. 76 GBR äussert sich wie folgt zu den Landschaftsschutzgebieten:

¹ Diese besonders schönen Landschaften dienen als Ausgleich zum Siedlungsgebiet und zum landwirtschaftlich intensiv genutzten Gebiet.

² Neubauten, die der land- und forstwirtschaftlichen Nutzung des Bodens dienen, sind gestattet. Neubauten für die Wohnbedürfnisse der bäuerlichen Bevölkerung sowie Lagerungs- und

⁷ vergleiche dazu: Aldo Zaugg, Kommentar zum bernischen BauG, 2. Aufl. 1995, Art. 43 N. 2, mit Hinweisen; BGE 103 Ib 204 E. 3

Verarbeitungsbetriebe der Urproduktion, Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe sind nicht gestattet.

³ ...

⁴ Der Ausbau bestehender Wohnbauten für die Wohnbedürfnisse der bäuerlichen Bevölkerung ist gestattet, sofern keine wesentlichen äusseren Änderungen des Gebäudes notwendig sind.

⁵ ...

Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, dass der projektierte (Pferde-)Zuchtbetrieb im Perimeter des Landschaftsschutzgebietes nicht zulässig ist. Zudem dürfte auch die vorgesehene Wohnung für den Betriebsleiter nach Art. 76 Abs. 2 GBR kaum bewilligungsfähig sein, selbst wenn es sich nur um den Um- und Ausbau eines bestehenden (Ökonomie-)Gebäudes handelt und selbst wenn die vorgesehene Betriebsleiterwohnung nur einen relativ kleinen Teil des vorgesehenen Bauvolumens einnimmt. Auch das AGR kommt in seiner Stellungnahme vom 4. Dezember 2003 zum Schluss, dass die Baubewilligungen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilt worden sind.

4. Im vorliegenden Fall wurden noch keine (Bau-)Arbeiten ausgeführt. Es kommt also Abs. 1 (und nicht Abs. 2) von Art. 43 BauG zu Anwendung. Wie unter Erwägung 2 ausgeführt sind somit nur **wesentliche schutzwürdige Interessen** (nicht überwiegende Interessen) Voraussetzung für einen Widerruf der Baubewilligungen. Diese sind gegen die entgegenstehenden privaten Interessen der Beschwerdeführerin beziehungsweise die Interessen der Rechtssicherheit abzuwägen.

a) Der Landschaftsschutz, wie er in Art. 76 GBR vorgesehen ist, ist ein wesentliches schutzwürdiges (öffentliches) Interesse. Es kann den Widerruf einer im Widerspruch dazu erteilten Baubewilligung rechtfertigen. Im vorliegenden Fall ist jedoch Folgendes zu beachten: Den Vorschriften des Landschaftsschutzes wurde während Jahren nicht Rechnung getragen. Die Gemeinde räumt ein, dass im betroffenen Perimeter Baubewilligungen erteilt wurden, ohne Art. 76 GBR zu berücksichtigen. Erst ein Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) vom 2. Mai 2003⁸ habe die Gemeinde zu einer **Praxisänderung** bewogen. In diesem Entscheid verweigerte die JGK (wie bereits vorher das AGR) die von der Gemeinde beabsichtigte Einzonung einer im Perimeter des

⁸ Beschwerdeentscheid der JGK vom 2. Mai 2003 betreffend Genehmigung Teilrevision Ortsplanung Wimmis; Nr. 32.14-02.43/44

Landschaftsschutzgebietes liegenden Parzelle in die Bauzone. Anlässlich dieses Beschwerdeentscheides wurde die Gemeinde auf die Tragweite des bisher unbeachteten Art. 76 GBR aufmerksam.

Die Gemeinde beabsichtigt insofern eine Praxisänderung, als sie die bisher nicht angewendeten Landschaftsschutzvorschriften von Art. 76 GBR jetzt anwenden will⁹. Die BVE begrüsst diese Absicht. Es geht nicht an, dass Baubewilligungen unter Missachtung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften wie Art. 76 GBR erteilt werden. Eine Praxisänderung drängt sich hier geradezu auf.

Es ist jedoch problematisch, diese gravierende Praxisänderung an einem bereits bewilligten Exempel mittels Widerruf zu statuieren. Nachdem während Jahren der Vorschrift von Art. 76 GBR nicht nachgelebt wurde, ist es fraglich, ob ein wesentliches schutzwürdiges Interesse besteht, in diesem einzigen Fall die bereits erteilten Baubewilligungen zu widerrufen.

b) Das öffentliche Interesse am Widerruf wird auch aus folgenden Gründen relativiert: Das vorliegende Projekt ist vergleichbar mit dem Vergleichsobjekt Minnig¹⁰, welches die Gemeinde am 3. Juli 2003 - also zwei Monate nach Eröffnung des für die Praxisänderung ursächlichen Entscheides der JGK - bewilligte und welches also als Massstab für die neue Praxis der Gemeinde bei der Auslegung ihrer eigenen Landschaftsschutzvorschrift herangezogen werden kann. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin handelt es sich beim Vergleichsobjekt Minnig zwar nicht um einen Zucht- und Mastbetrieb, während das vorliegende Bauprojekt ein Zuchtbetrieb ist (siehe Erwägung 3). Die Dimensionen des Vergleichsobjekts Minnig sind jedoch so bemessen, dass diese Baute die durch Art. 76 GBR geschützte Landschaft mindestens ebenso stark beeinträchtigt wie das vorliegende Projekt. Das vorliegende Projekt wurde mit der Projektänderung vom 26. September 2002¹¹ redimensioniert. Im Vergleich mit dem Vergleichsobjekt Minnig ist das vorliegende Projekt etwas kleiner und erscheint aufgrund seiner Gestaltung und Lage weniger wuchtig. Zudem sind die für den Landschaftsschutz relevanten Aspekte eines Zuchtbetriebes beim vorgesehenen Aus- und Umbau des Gebäudes 45a kaum tangiert. Einzig die geplante hohe Umzäunung des Pferdeauslaufs ist von aussen sichtbar. Eine

⁹ Protokoll des Augenscheins vom 17. November 2003, S. 3; Schreiben der Gemeinde vom 4. Dezember 2003

¹⁰ Fotos zum Augenschein vom 17. November 2003 S. 8 und 9: "Vergleichsobjekt Minnig"

¹¹ "Baubewilligung Nr. 769/2002-027"

solche steht jedoch schon heute vor dem bestehenden Gebäude 45a. Im Übrigen wäre die hohe Umzäunung einer Pferdeweide z.B. im Zusammenhang mit einem im Landschaftsschutzgebiet zulässigen Pferdestall unter Umständen mit Art. 76 GBR vereinbar. Schliesslich ist zu bedenken, dass das vorliegende Bauprojekt nicht der Neuerrichtung oder Erweiterung, sondern der Verlegung der Pferdegestüts innerhalb des Landschaftsschutzperimeters dient, weil ein Teil des bestehenden Betriebs¹² wegen Ablaufs des Baurechts ersetzt werden muss. Insgesamt sind die Auswirkungen auf den Landschaftsschutz gemäss Art. 76 GBR beziehungsweise gemäss der von der Gemeinde vorgesehenen neuen Praxis als eher gering einzuschätzen.

5. Auf der anderen Seite fallen die **privaten Interessen** der Beschwerdeführerin beziehungsweise die Interessen der **Rechtssicherheit** stärker ins Gewicht. Beim Gebäude 45a sind zwar noch keine (Bau-)Arbeiten ausgeführt worden. Der Widerruf der Baubewilligungen hat dennoch gravierende Auswirkungen auf den Betrieb der Beschwerdeführerin. Das Baurecht am bisherigen Standort läuft Ende dieses Jahres aus. Bis zu diesem Zeitpunkt muss die Beschwerdeführerin für den wegfallenden Betriebsteil einen Ersatz zur Verfügung haben. Sie hat zwar mit den mehrmaligen Änderungen ihres Projekts selber zu einer Verzögerung beigetragen. Andererseits durfte sie seit der ersten Bewilligung vom 20. März 2002 (für das grosse, inzwischen redimensionierte Projekt) davon ausgehen, dass der Ersatz am vorgesehenen Standort grundsätzlich möglich ist. Sie musste nicht damit rechnen, dass eineinhalb Jahre nach dieser ersten Bewilligung und ein gutes Jahr vor Ablauf des Baurechts am bestehenden Standort die Baubewilligungen widerrufen werden. Der Widerruf bringt die Beschwerdeführerin in grosse Verlegenheit. Es wäre kaum möglich, im verbleibenden Jahr einen valablen Ersatzstandort zu finden, ein dort bewilligungsfähiges Projekt zu entwerfen, bewilligen zu lassen und zu erstellen und schliesslich den Umzug vorzunehmen. Selbst wenn das Bauvorhaben noch nicht realisiert ist, sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin von der Widerrufsverfügung stark betroffen.

¹² Fotos zum Augenschein vom 17. November 2003 S. 10 und 11: "bestehender Betrieb der Beschwerdeführerin (Teil Baurecht)"

6. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die Widerrufsverfügung der Gemeinde vom 4. September 2003 ist aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, die weiteren Rügen zu prüfen.

7. a) Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG¹³ sind die **Verfahrenskosten** im Beschwerdeverfahren der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Gemeinden können jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Verfahrenskosten trägt demnach der Kanton.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die **Parteikosten** zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Gemeinde hat demnach der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen. Diese umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 13 Abs. 1 GebD¹⁴ beträgt der Gebührenrahmen in Streitigkeiten ohne bestimmten Streitwert Fr. 400.- bis Fr. 11'800.-. Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich die Anwaltsgebühr nach Art. 4 GebD. Die BVE geht von einem Stundenansatz von Fr. 230.- aus und stellt primär auf den Zeitaufwand ab, der nach den Umständen geboten war. Die Parteikostenentschädigung für den Anwalt der Beschwerdeführerin wird demnach festgesetzt auf Fr. 6'000.-.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird **gutgeheissen**. Die Widerrufsverfügung der Gemeinde Wimmis vom 4. September 2003 wird aufgehoben.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

¹³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁴ Dekret über die Anwaltsgebühren vom 6. November 1973 (GebD, BSG 168.81)

3. Die Gemeinde hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 6'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B. _____, als Gerichtsurkunde
- Herrn Fürsprecher D. _____, als Gerichtsurkunde
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier
- Regierungsstatthalter von Wimmis, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin