

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2015/46

Bern, 12. Juni 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C. _____

und



**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ersigen, Gemeindeverwaltung Ersigen,
Niederösch, Oberösch, Rumendingenstrasse 1, 3423 Ersigen**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ersigen vom 2. März 2015 (Baugesuch-Nr. 1920/14; Einfamilienhaus, Wasseranschluss)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden reichten am 3. Dezember 2014 bei der Gemeinde Ersigen ein Baugesuch ein für den Bau eines Einfamilienhauses mit Doppelgarage auf Parzelle Ersigen Grundbuchblatt Nr. D. _____. Die Parzelle liegt in der Fairnesszone. Mit Gesamtentscheid vom 2. März 2015 erteilte die Gemeinde Ersigen die Baubewilligung. Da der Wasseranschluss erst nach der Sanierung der Hauptversorgungsleitung möglich sei, verfügte die Gemeinde die Auflage, dass das Bauvorhaben frühestens mit Gültigkeitsbeginn der Wasseranschlussbewilligung vom 23. Februar 2015 ausgeführt werden könne. Die Sanierung der Wasserversorgung ist für das Jahr 2016 geplant.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 30. März 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen, die Auflage Nr. 1 der Baubewilligung vom 2. März 2015 sei aufzuheben und es sei ihnen für die Ausführung des Bauvorhabens die bedingungsfreie Wasseranschlussbewilligung zu erteilen.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, edierte die Vorakten und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Ersigen beantragt die Abweisung der Beschwerde. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG². Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Auflage Nr. 1 der Baubewilligung vom 2. März 2015 führt zum Aufschub des Baubeginns um mindestens ein Jahr, allenfalls länger. Die Beschwerdeführenden sind durch diese Auflage beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

¹ 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)

² Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

2. Genügende Erschliessung

a) Unter der Liegenschaft der Beschwerdeführenden verläuft eine Wasserleitung. Es handelt sich dabei um eine Hauptversorgungsleitung, die rund 600 Haushalte mit Trinkwasser versorgt. Die Leitung teilt sich im südwestlichen Bereich der Parzelle in zwei Äste auf, welche diagonal nach Nordwesten bzw. Nordosten quer unter der Parzelle durchführen. Im östlichen Teil der Parzelle verläuft zudem eine Schmutzwasserleitung in nordöstlicher Richtung. Für das geplante Einfamilienhaus der Beschwerdeführenden müssten die genannten Leitungen an den Rand der Parzelle verlegt werden. Die Leitungen sind rund 70 Jahre alt. Die Gemeinde plant die Sanierung und Verlegung der Leitungen für das Jahr 2016. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden deshalb die Baubewilligung erteilt, diese aber von der Gültigkeit der Wasseranschlussbewilligung abhängig gemacht.

Die Beschwerdeführenden rügen, das Baugrundstück sei erschlossen. Es bestehe daher ein unbedingter Rechtsanspruch auf Erteilung einer bedingungsfreien Baubewilligung. Die Mehrbelastung der Wasserleitung durch das Bauvorhaben sei gering, die bestehende Erschliessung daher als genügend zu betrachten. Die künftige Sanierung stehe dem Bauvorhaben nicht entgegen. Im Übrigen würden sie sich verpflichten, für alle anfallenden Kosten aufzukommen.

Die Gemeinde macht geltend, die Frischwasserleitung auf dem Baugrundstück sei eine Hauptversorgungsleitung der Gemeinde. Bei einer Verlegung der Leitung durch die Beschwerdeführenden bestehe aufgrund des Alters der Leitung die Gefahr, dass diese beschädigt würde. Dies könne aus Gründen der Versorgungssicherheit nicht riskiert werden. Die Gemeinde plane zudem, zusammen mit der Sanierung eine Modernisierung und Entflechtung der Leitungen in diesem Dorfteil und die Erschliessung der gegenüber dem Baugrundstück gelegenen Überbauungsordnung "E._____". Das Erschliessungsprogramm müsse in den Finanzplan der Gemeinde aufgenommen werden und könne daher erst 2016 umgesetzt werden. Das öffentliche Interesse der Gemeinde an der Versorgungssicherheit und einer sachgerechten Modernisierung der Erschliessung in einem grösseren Gebiet überwiege das private Interesse der Beschwerdeführenden an einem möglichst raschen Baubeginn.

b) Umstritten ist vorliegend nicht der Gesamtentscheid an sich, sondern lediglich die Auflage Ziff. 1. Gemäss dieser Auflage kann das Bauvorhaben frühestens mit Gültigkeitsbeginn der Wasseranschlussbewilligung vom 23. Februar 2015 ausgeführt werden. Die Wasseranschlussbewilligung gilt erst ab Fertigstellung der neuen Hauptversorgungsleitung F._____ Strasse. Vorbehalten bleibt die Genehmigung des entsprechenden Kredites durch das zuständige Organ.

Baubewilligungen können mit Bedingungen oder Auflagen verknüpft werden (Art. 29 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 3 BauG). Bedingungen sind entweder Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Baubewilligung genutzt werden darf (Suspensivbedingung), oder Vorbehalte, deren Eintritt den Wegfall der Bewilligung zur Folge hat (Resolutivbedingung). Auflagen sind Pflichten, die mit einer Baubewilligung verbunden sind. Die Nichterfüllung einer Auflage berührt die Geltung der Baubewilligung nicht, kann aber baupolizeiliche Massnahmen – insbesondere die Ersatzvornahme – und Bestrafung nach sich ziehen.⁴ Die Baubewilligung wird vorliegend von der Erstellung der Erschliessung F._____ Strasse abhängig gemacht. Es handelt sich daher entgegen der Bezeichnung im Entscheid um eine Suspensivbedingung. Die falsche Bezeichnung ist aber unbeachtlich. Um Unklarheiten zu vermeiden, wird daher im Folgenden die Bezeichnung gemäss Entscheid vom 2. März 2015 beibehalten.

Die Bedingungen und Auflagen müssen in einem engen sachlichen Zusammenhang zur erteilten Baubewilligung stehen und verhältnismässig sein. Verhältnismässig ist eine Nebenbestimmung nur dann, wenn sie zum Erreichen des angestrebten Ziels erforderlich, geeignet und für den Bauherrn zumutbar ist. Der Gesuchsteller, dessen Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen entspricht, hat grundsätzlich Anspruch auf eine unbefristete, unwiderrufliche, bedingungslose und unbelastete Baubewilligung. Ihre Nutzung unterliegt lediglich den Bedingungen und Auflagen, die von Gesetzes wegen allgemein für solche Bewilligungen gelten.

Wenn ein Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen klar nicht entspricht, kann der Mangel nicht mit Bedingungen oder Auflagen geheilt werden. Bedingungen und Auflagen zu einer Baubewilligung kommen daher nur bei Bauvorhaben in Betracht, die je nach ihrer

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 29 N. 1

Gestaltung oder Einrichtung oder je nach der Art der Nutzung oder Betriebsführung gesetzeskonform oder gesetzwidrig sein können. Bedingungen und Auflagen sind in solchen Fällen das Mittel dazu, die gesetzwidrigen Auswirkungen zu verhindern. Insoweit sind sie gegenüber der Alternative des Bauabschlags das mildere Mittel.⁵

c) Bauvorhaben dürfen nur bewilligt werden, wenn das Baugrundstück erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 Bst. b RPG⁶). Dies ist der Fall, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist (Art. 19 Abs. 1 RPG). Gemäss Art. 7 Abs. 1 BauG ist es ausreichend, wenn bei der Bewilligungserteilung die genügende Erschliessung bei Baubeginn oder spätestens bei Fertigstellung des Baus sichergestellt ist. Als sichergestellt gilt die Erschliessung, wenn (a) sämtliche erforderlichen Anlagen vorhanden sind oder Gewähr dafür besteht, dass sie spätestens bei Fertigstellung der Bauten und Anlagen, soweit nötig bei Baubeginn, vollendet sein werden, (b) die Anschlüsse an das öffentliche Strassen- und Leitungsnetz bewilligt sind und (c) bei Anlagen auf fremdem Grund entweder ein für die Grundeigentümer verbindlicher Plan (Überbauungsplan, Strassenplan) besteht oder das Recht zu ihrer Erstellung und Erhaltung vor dem Bauentscheid vereinbart ist. Die benötigten Rechte müssen bei Baubeginn erworben sein (Art. 4 BauV⁷).

Vorliegend verlaufen eine Hauptversorgungsleitung mit zwei Ästen sowie eine Abwasserleitung quer durch das Baugrundstück. Die Leitungen sind mit einem im Grundbuch eingetragenen Durchleitungsrecht gesichert. Gemäss Art. 24 Abs. 2 WVR⁸ müssen Bauten einen Abstand von 4.00 m von den Leitungen einhalten. Die Lage der Leitungen, die vorgeschriebenen minimalen Abstände und das Durchleitungsrecht führen dazu, dass das Grundstück im aktuellen Zustand faktisch nicht mit einem Einfamilienhaus überbaut werden kann. Die Umsetzung des Bauvorhabens der Beschwerdeführenden ist nur möglich, wenn alle Leitungen an den Rand des Grundstücks verlegt werden.

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38-39 N. 15a

⁶ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

⁷ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

⁸ Wasserversorgungsreglement der Gemeinde Ersigen (WVR)

Für die Erschliessung des Bauvorhabens bedeutet dies, dass sie erst dann als sichergestellt gelten kann, wenn für die Verlegung der Leitungen ein gültiger Erschliessungsplan oder eine Baubewilligung vorliegt. Auch der Nachweis der nötigen finanziellen Mittel gehört zur Sicherstellung. Die Erschliessung ist grundsätzlich Sache der Gemeinde (Art. 1 Abs. 1 und 21 Abs. 1 WVR). Für den Nachweis der finanziellen Mittel ist daher der Kreditbeschluss des finanzkompetenten Organs erforderlich.⁹ Vorliegend liegt weder ein Erschliessungsplan noch eine Baubewilligung für die Verlegung der Leitungen vor. Auch der Nachweis der finanziellen Mittel, insbesondere der Kreditbeschluss des zuständigen kommunalen Organs, fehlt. Damit ist die Erschliessung des Bauvorhabens nicht sichergestellt. Dem Bauvorhaben hätte grundsätzlich der Bauabschlag erteilt werden müssen.

d) Die Beschwerdeführenden machen geltend, sie würden die Leitungen selber und auf eigene Kosten verlegen. Die Erschliessung ist Sache der Gemeinde (Art. 108 Abs. 1 BauG und Art. 21 Abs. 1 WVR). Da das Grundstück unbestrittenermassen seit mehr als 15 Jahren eingezont ist, haben die Beschwerdeführenden Anspruch auf die Erschliessung (Art. 108a Abs. 1 Bst. a BauG). Dieser Anspruch ist im Verfahren nach Art. 108a Abs. 1 Bst. c BauG beim Regierungsstatthalteramt geltend zu machen.

Alternativ kann die Gemeinde mit den Beschwerdeführenden vertraglich vereinbaren, dass diese die Erschliessungsanlagen selber erstellen (Art. 109 BauG und Art. 21 Abs. 3 WVR). Die Erstellung bedarf einer Überbauungsordnung (Art. 109 Abs. 1 Bst. a BauG) oder mindestens einer Baubewilligung (Art. 6 Abs. 1 Bst. q BewD¹⁰, e contrario). Die Erschliessungsanlagen fallen nach der Erstellung von Gesetzes wegen in das Eigentum der Gemeinde (Art. 109 Abs. 2 BauG). Für die Beurteilung des Baugesuchs ist daher der Regierungsstatthalter zuständig (Art. 8 Abs. 2 BewD). Zudem gilt die Finanzkompetenzordnung der Gemeinde. Da die Erstellung der Erschliessungsanlagen die Gemeinde früher oder später finanziell belasten kann, müssen die entsprechenden Ausgaben vom zuständigen Organ beschlossen werden. Davon ausgenommen sind die Fälle, wo bereits ein Beschluss vorliegt oder wenn die Kosten unter der Schwelle für einen Kreditbeschluss liegen.¹¹

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 7/8 N. 12

¹⁰ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band II, Bern 2010, Art. 109-110 N. 9

Falls die Beschwerdeführenden die Wasserleitungen selber verlegen wollen, müssen sie entweder ein Gesuch um Übertragung der Erschliessungspflicht beim Regierungsstatthalteramt einreichen oder einen Erschliessungsvertrag mit der Gemeinde vereinbaren. In beiden Fällen ist ein Baugesuch nötig, das ebenfalls beim Regierungsstatthalteramt eingereicht werden muss. Vorliegend wurde den Beschwerdeführenden weder vom Regierungsstatthalteramt noch von der Gemeinde die Erschliessung des Grundstücks übertragen. Es liegt keine Baubewilligung für die Verlegung der Leitungen vor. Die Beschwerdeführenden sind daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht berechtigt, die Leitungen selber zu verlegen.

e) Es kann festgehalten werden, dass das Bauvorhaben der Beschwerdeführenden ohne eine Verlegung der Leitungen nicht umgesetzt werden kann. Die Leitungen müssen in einem dafür vorgesehenen Verfahren verlegt werden. Ein solches wurde bis jetzt nicht durchgeführt. Die Erschliessung ist damit nicht sichergestellt. Dem Bauvorhaben müsste der Bauabschlag erteilt werden. Die Gemeinde hat stattdessen die Baubewilligung mit der Auflage erteilt, dass das Bauvorhaben erst umgesetzt werden darf, wenn die neue Hauptversorgungsleitung erstellt und die Erschliessung des Bauvorhabens damit sichergestellt ist.

Vorliegend ist nicht der Gesamtentscheid vom 2. März 2015 zu beurteilen, sondern lediglich die Aufhebung der Auflage Ziff. 1. Da das Bauvorhaben ohne die Auflage nicht bewilligungsfähig ist, kann die Auflage nicht aufgehoben werden. Die Beschwerde der Beschwerdeführenden wird abgewiesen.

3. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'200.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹²). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

¹² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Ersigen vom 2. März 2015 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.-- werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt C._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ersigen, Gemeindeverwaltung Ersigen, Niederösch, Oberösch, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Emmental, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Beilage: Kopie des Planes "Wasseranschluss Variante G._____" vom 25. November 2014/5. März 2015