

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/29

Bern, 31. Mai 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Mühlethurnen, Gemeindeverwaltung,
Bahnhofstrasse 50, 3127 Mühlethurnen



betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Mühlethurnen vom 12. Januar 2018 (Geschäftsnummer 21/2017; Erstellen einer Hangsicherung mit Beton-Elementsteinen)

I. Sachverhalt

1. Im Sommer 2017 begann der Beschwerdeführer mit dem Erstellen einer Hangsicherung mit Beton-Elementsteinen auf der Parzelle Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. B. _____ entlang der Parzellengrenze zum Grundstück Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. C. _____. Das Bauvorhaben befindet sich ausserhalb der Bauzone. Am 14. Juli 2017 führte die Gemeinde einen Augenschein durch. Am selben Tag verfügte die Gemeinde mündlich den Baustopp und forderte den Beschwerdeführer auf, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer am 21. August 2017 nach. Neben dem amtlichen Baugesuchsformular 1.0 reichte er zusätzlich eine unbeglaubigte Plankopie eines Situationsplans 1:500, einen Plan Ansicht 1:100 und einen Plan Schnitt 1:100 ein. Sämtliche Dokumente sind datiert und vom Beschwerdeführer unterzeichnet. Zudem legte er den Unterlagen eine

Zustimmungserklärung des Grundeigentümers der angrenzenden Parzelle Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. C._____ bei.

Mit Schreiben vom 11. September 2017 forderte die Gemeinde den Beschwerdeführer auf, zusätzlich zu den eingereichten Unterlagen ein ausdrückliches Näherbaurecht des Grundeigentümers der Parzelle Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. C._____ sowie die Zustimmungserklärung des Grundeigentümers der Parzelle Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. D._____ einzureichen und seine Beweggründe für die Erstellung der Hangsicherung darzulegen. Mit Schreiben vom 13. November 2017 bat die Gemeinde den Beschwerdeführer erneut, die Unterlagen einzureichen, andernfalls gelte das Baugesuch als zurückgezogen. Am 30. November 2017 gab der Beschwerdeführer Unterlagen bei der Gemeinde ab, aus welchen die Einräumung des Näherbaurechts sowie seine Beweggründe für das Erstellen der Hangsicherung hervorgehen.

Am 6. Dezember 2017 holte eine Vertreterin des Beschwerdeführers die Originalunterlagen des Baugesuchs bei der Gemeinde ab. Die Gemeinde behielt Kopien der bereits eingereichten Unterlagen. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2017 hielt die Gemeinde fest, es fehle weiterhin die Zustimmungserklärung des Grundeigentümers der Parzelle Nr. D._____. Der Beschwerdeführer habe bis am 18. Dezember 2017 entweder ein neues vollständiges Baugesuch oder die fehlende Zustimmungserklärung einzureichen. Andernfalls müsse die Gemeinde das Baugesuch öffentlich auflegen. Der Beschwerdeführer liess sich innert Frist nicht vernehmen.

Mit Abschreibungs- und Wiederherstellungsverfügung vom 12. Januar 2018 schrieb die Gemeinde das Baugesuch vom 21. August 2017 ab und forderte den Beschwerdeführer auf, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

2. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 10. Februar 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er verlangt, die Verfügung sei aufzuheben und das Baugesuch sei durch eine unabhängige Fachperson neutral zu beurteilen.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte bei der Gemeinde die Vorakten ein und gab ihr sowie dem Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) Gelegenheit, zur Beschwerde Stellung zu nehmen.

4. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Abschreibungsverfügungen können gemäss Art. 39 VRPG² i.V.m Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Formelle Mängel des ursprünglichen Baugesuchs

a) Dem Baugesuch sind der Situationsplan, die Projektpläne und die allenfalls erforderlichen weiteren Unterlagen beizulegen (Art. 10 Abs. 3 BewD⁴). Gemäss Art. 18 Abs. 1 BewD weist die Baubewilligungsbehörde ein Gesuch zur Verbesserung zurück, falls sie bei der vorläufigen Prüfung formelle Mängel feststellt. Sie setzt eine angemessene Frist mit dem Hinweis, das Gesuch gelte als zurückgezogen, wenn es nicht innert der Frist bei ihr wieder eingereicht wird. Ist zudem ohne Weiteres erkennbar, dass ein Bauvorhaben

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

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

nicht oder nur mit Ausnahmen, die nicht beantragt sind, bewilligt werden könnte, ist die Bauherrschaft ebenfalls darauf hinzuweisen (Art. 18 Abs. 2 BewD).

b) Das vom Beschwerdeführer ursprünglich eingereichte Baugesuch umfasste neben dem eigentlichen Baugesuch auch die dazu gehörenden Pläne. Aus diesen gehen die Masse sowie die Lage des Bauvorhabens hervor. Gemäss den Plänen befindet sich das Bauvorhaben an der Grenze zum Nachbargrundstück Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. C._____. Zum Teil soll die Mauer eine Höhe von bis zu 3.6 m aufweisen. Die Gemeinde hat dementsprechend mit Schreiben vom 11. September 2017 und 13. November 2017 wohl zu Recht das Nachreichen eines ausdrücklichen Näherbaurechts verlangt. Am 30. November 2017 hat der Beschwerdeführer dann auch das vom Eigentümer der Parzelle Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. C._____ eingeräumte Näherbaurecht eingereicht.

c) Neben dem Fehlen eines Näherbaurechts wies das ursprüngliche Baugesuch aber noch weitere Mängel auf: Das Bauvorhaben befindet sich ausserhalb der Bauzone, der Beschwerdeführer hat daher entweder darzulegen, dass das Bauvorhaben landwirtschaftlich begründet ist oder ein Ausnahmegesuch gemäss Art. 24 ff. RPG⁵ einzureichen. Sollte er geltend machen, es handle sich um eine objektiv notwendige, standortgebundene Hangsicherung, wäre gemäss AGR ein geologisches Gutachten erforderlich. Gemäss den Fotos in den Vorakten scheint das Bauvorhaben zudem mit grösseren Terrainveränderungen verbunden zu sein. In welchem Ausmass diese erforderlich sind, geht aus den vorhandenen Plänen nicht hervor. Diesbezüglich erweisen sich die Pläne als ergänzungsbedürftig (vgl. Art 14 Abs. 3 BewD) und es müsste das Baubewilligungsformular "Bodenschutz" eingereicht werden. Allenfalls ist in diesem Zusammenhang der Beizug der Bodenschutzfachstelle des Kantons (Amt für Wasser und Abfall) erforderlich. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführer auf das Fehlen von diesen Unterlagen und Angaben bisher noch nicht hingewiesen. Entsprechend konnte sich der Beschwerdeführer dazu noch nicht äussern.

3. Zustimmung zum Bauvorhaben

⁵ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

a) Neben dem Einreichen eines Nachweises des Näherbaurechts forderte die Gemeinde den Beschwerdeführer mehrmals auf, seine Beweggründe für das Bauvorhaben sowie die Zustimmung des Grundeigentümers der anderen Nachbarsparzelle einzureichen. Am 30. November 2017 teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer erneut mündlich mit, es fehle immer noch die Zustimmungserklärung des Grundeigentümers der Parzelle Nr. D._____. In ihrer Abschreibungsverfügung hielt die Gemeinde fest, das Bauvorhaben gelte gemäss Art. 18 Abs. 1 BewD als zurückgezogen, da der Beschwerdeführer kein vollständiges Baugesuch eingereicht habe. Der Beschwerdeführer sei verschiedentlich auf die noch fehlenden Unterlagen hingewiesen worden. Auch im vorliegenden Verfahren macht die Gemeinde geltend, der Beschwerdeführer habe trotz mehrmaliger Aufforderung kein vollständiges Baugesuch eingereicht.

b) Die Gemeinde muss ein Bauvorhaben, das nur die Nachbarinnen und Nachbarn betrifft, nicht bekannt machen, wenn die Zustimmung der Nachbarn vorliegt (Art. 27 Abs. 1 und 3 BewD). Die Zustimmung hat aber in keinem Fall einen Einfluss auf die Frage der Vollständigkeit der Baugesuchunterlagen oder der Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens. Insbesondere stellt die fehlende Zustimmung keinen Mangel im Sinne von Art. 18 BewD dar. Wenn die Baugesuchstellenden die Zustimmung der Nachbarn trotz Aufforderung der Gemeinde nicht einreichen, muss das Bauvorhaben in jedem Fall publiziert werden, es kann aber nicht als zurückgezogen gelten. Die Gemeinde hätte daher nicht davon ausgehen dürfen, der Beschwerdeführer ziehe sein Bauvorhaben zurück, als er die Zustimmung des Grundeigentümers der Nachbarsparzelle nicht einreichte. Im vorliegenden Fall wäre das Bauvorhaben zudem unabhängig von der Zustimmung der Nachbarinnen und Nachbarn ohnehin zu publizieren, da es wesentliche öffentliche Interessen der Siedlungsabgrenzung berührt (Art. 27 Abs. 5 Bst. c BewD) und auch Art. 25a Abs. 2 Bst. b RPG eine Publikation vorsieht.

4. Abschreibung des Verfahrens

a) Am 6. Dezember 2017 holte eine Vertreterin des Beschwerdeführers die Originale des Baugesuchs wieder ab. Am 7. Dezember 2017 teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer mit, entweder habe er bis am 18. Dezember 2017 ein neues vollständiges Baugesuch einzureichen oder die fehlende Zustimmungserklärung des Eigentümers der anderen Nachbarparzelle Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. D._____

nachzureichen. Andernfalls müsse sie das Baugesuch vom 21. April 2017 publizieren. Falls die Publikation nicht erwünscht sei und kein neues Baugesuch vorliege, gelte das Baugesuch als zurückgezogen. In ihrer Abschreibungsverfügung hielt die Gemeinde fest, da das Baugesuch als zurückgezogen gelte, schreibe sie das Verfahren gemäss Art. 39 Abs. 1 VRPG ab.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Unterschrift des Eigentümers der Parzelle Mühlethurnen Grundbuchblatt Nr. D._____ sei nicht erforderlich. Herr E._____, der gemäss Baugesuch für die Baukontrolle zuständig ist, sei seit dem 6. Dezember 2017 verunfallt und arbeitsunfähig.

b) Es kann offen bleiben, ob die Gemeinde das Baugesuch als erledigt hätte abschreiben können, nachdem die Bauherrschaft die Originale des Baugesuchs am 6. Dezember 2017 bei der Bauverwaltung abholte und sich bis am 12. Januar 2018 nicht mehr dazu äusserte. Die Gemeinde hat dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. Dezember 2017 nicht signalisiert, dass sie sein Verhalten so verstehe und stellt sich auch im vorliegenden Verfahren nicht auf diesen Standpunkt. Im Gegenteil: Sie teilte ihm mit, falls er kein neues, vollständiges Gesuch oder die Zustimmungserklärung einreiche, publiziere sie das Baugesuch vom 21. August 2017. Der Unfall von E._____ resp. die Gründe weshalb sich der Beschwerdeführer nach dem 6. Dezember 2017 nicht mehr bei der Gemeinde meldete, haben daher keinen Einfluss auf die Beurteilung.

c) Wie bereits dargelegt, kann die fehlende Zustimmung der Nachbarn nicht dazu führen, dass ein Baugesuch als zurückgezogen gilt. Die Gemeinde hätte das Verfahren zwar grundsätzlich mit der Begründung abschreiben dürfen, es liege nur ein unvollständiges Baugesuch vor. Dafür hätte sie aber den Beschwerdeführer zuvor auf die tatsächlich fehlenden Unterlagen, und nicht auf die fehlende Zustimmung eines Nachbarn, hinweisen und ihm Gelegenheit zu deren Einreichung geben müssen. Gemäss Schreiben vom 7. Dezember 2017 wollte die Gemeinde das Baugesuch zudem nur abschreiben, falls die Publikation nicht erwünscht sei. Zwar ist dieses Schreiben unklar und zum Teil widersprüchlich. Der Beschwerdeführer durfte es aber so verstehen, dass wenn er sich nicht weiter äussert, die Gemeinde das Bauvorhaben publiziert und das Verfahren weiter läuft. Gegen eine allfällige Publikation hat sich der Beschwerdeführer nie ausgesprochen. Die Gemeinde hätte das Baugesuchverfahren daher im Januar 2018 nicht abschreiben

dürfen. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

4. Rückweisung

a) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Erweist sich die Beschwerde als begründet, soll die Beschwerdeinstanz das streitige Rechtsverhältnis wenn möglich nach ihrer eigenen Erkenntnis und in Abweichung der angefochtenen Verfügung neu regeln. Das Gesetz verbietet ihr jedoch nicht, kassatorisch zu entscheiden. Die Beschwerdeinstanz soll von der Möglichkeit der Rückweisung aber nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, welche die prozessökonomischen Gesichtspunkte überwiegen. Mangelnde Entscheidreife der Angelegenheit kann einen solchen Grund darstellen, sofern die Beschwerdebehörde selber umfassende Beweismassnahmen durchführen müsste.⁶

b) Wie bereits dargelegt, weist das vom Beschwerdeführer eingereichte Baugesuch mehrere Mängel auf. Es fehlen verschiedene Angaben und Unterlagen; insbesondere ist abzuklären, ob das Bauvorhaben landwirtschaftlich begründet ist oder ob ein Ausnahmegesuch gemäss Art. 24 ff RPG erforderlich ist. Zudem muss der Beschwerdeführer darlegen, mit was für Terrainveränderungen das Bauvorhaben verbunden ist, um eruieren zu können, was für weitere Abklärungen in diesem Zusammenhang erforderlich sind. Der Beschwerdeführer wurde auf diese Mängel noch nicht aufmerksam gemacht. Schliesslich müssten für die Beurteilung des Baugesuchs die Originalunterlagen vorhanden sein und das Bauvorhaben ist auch noch nicht publiziert. Der rechtserhebliche Sachverhalt ist somit noch nicht vollständig abgeklärt. Die Sache ist daher noch nicht spruchreif.

Obwohl sich die Gemeinde bereits einmal mit der Sache auseinandergesetzt hat, ergibt sich daraus keine Vorbefassung, die einen Ausstandsgrund darstellte. Der Beschwerdeführer hat denn auch nicht dargelegt und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Gemeinde das Baugesuch nicht objektiv beurteilen könnte. Daher entscheidet die BVE in der Sache nicht selbst, sondern weist das Verfahren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Art. 72 Abs. 1 VRPG). Damit die Gemeinde das Bauvorhaben des Beschwerdeführers beurteilen kann, wird der Beschwerdeführer die erforderlichen Unterlagen einreichen und bei der notwendigen Sachverhaltsabklärung mitwirken müssen.

⁶ Zum Ganzen: Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72, N. 2 f.

Andernfalls könnte die Gemeinde, nachdem sie auf die relevanten Mängel aufmerksam gemacht hat, gemäss Art. 18 Abs. 1 oder Abs. 2 BewD vorgehen.

5. Kosten

a) Die Kosten für dieses Verfahren werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 600.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁷). Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt der Beschwerdeführer als obsiegend. Der Gemeinde können jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Mühlethurnen vom 12. Januar 2018 wird aufgehoben. Die Angelegenheit wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Mühlethurnen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

- Amt für Gemeinden und Raumordnung, per Kurier

Bau-, Verkehrs- und
Energiedirektion
Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident