

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2011/22

Bern, 28. November 2011

in der Beschwerdesache zwischen

Z._____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Y. _____

und

B._____ **AG**
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte

vertreten durch Herrn Fürsprecher A. _____



sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Hindelbank, Gemeindeverwaltung, Dorfstrasse 14,
Postfach 17, 3324 Hindelbank

vertreten durch Herrn Fürsprecher X. _____

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Hindelbank vom 8. April 2011 (Mühlemattweg 16; Lärmschutzmassnahmen für Mehrfamilienhaus)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtbauentscheid vom 10. Februar 2005 hatte das Regierungsstatthalteramt Burgdorf der damaligen Bauherrschaft, der C. _____ AG, den Bau eines Mehrfamilienhauses auf der Parzelle Hindelbank Grundbuch-Blatt Nr. D. _____ bewilligt. Die Parzelle liegt direkt neben dem Trasse der Bahnlinie Bern-Burgdorf. Der Gesamtbauentscheid enthielt daher mehrere Auflagen betreffend Lärmschutz. In der Folge wurde das Grundstück an die B. _____ AG verkauft und von dieser bebaut. Der Bau

wurde Ende 2006 fertig gestellt. Es wurden keinerlei Lärmschutzmassnahmen getroffen. Nach der Fertigstellung der Baute wurden die Wohnungen im Stockwerkeigentum an die Mitglieder der Beschwerdeführerin verkauft. Die Liegenschaft wird von der E._____ AG verwaltet (bis 3. Dezember 2010 F._____ AG. Die B._____ und die E._____ AG bestehen aus den Herren G._____ und H._____. Herr G._____ ist bei beiden Firmen einzelzeichnungsberechtigt.¹ Herr H._____ ist im Verfahren vor der Gemeinde als Anwalt der B._____ AG aufgetreten.

Mit Fertigstellungsverfügung vom 25. Februar 2011 an die F._____ forderte die Gemeinde Hindelbank die Beschwerdeführerin auf, ein Baugesuch für die erforderlichen Lärmschutzmassnahmen einzureichen. Herr H._____ erhielt als Vertreter der B._____ eine Kopie der Verfügung. Dagegen erhob die E._____ AG Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE), mit der Begründung, die Verfügung hätte an die Beschwerdeführerin, nicht an deren Verwaltung adressiert werden müssen (RA Nr. 120/2011/16). In der Folge zog die Gemeinde die Verfügung zurück und das Verfahren vor der BVE wurde abgeschrieben.

Am 8. April 2011 eröffnete die Gemeinde die Fertigstellungsverfügung der Beschwerdeführerin. Diese wird aufgefordert, innert sechs Monaten, spätestens am 15. Oktober 2011, ein Baugesuch für ein Bauprojekt der Lärmschutzmassnahmen entlang der Bahn auf der gesamten Länge der Parzelle Nr. D._____ einzureichen. Die zu treffenden Massnahmen seien in der Immissionsberechnung des Büros I._____ vom 27. Juli 2004 aufgelistet. Die Erstellung des Projektes müsse innert sechs Monaten nach Rechtskraft der Baubewilligung abgeschlossen sein. Gleichzeitig drohte die Gemeinde die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

2. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 12. Mai 2011 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragt, die Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011 sei vollumfänglich aufzuheben.

¹ Auszüge vom 17. Mai bzw. 13. Juli 2011 aus dem Zentralen Firmenindex Zefix

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², edierte die Vorakten und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Hindelbank beantragt die Abweisung der Beschwerde. Mit Verfügung vom 17. Mai 2011 gab es der B._____ Gelegenheit, sich am Verfahren zu beteiligen. Die B._____ liess sich nicht vernehmen. Mit Verfügung vom 21. Juli 2011 wurde die B._____ von Amtes wegen als Partei am Verfahren beteiligt und es wurde ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die B._____ liess sich innert Frist nicht vernehmen. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Spätestens ab dem Jahr 2008 korrespondierte die Gemeinde Hindelbank mit der B._____ betreffend den Bau der Lärmschutzwand. Die Schreiben vom 11./17. Dezember 2008 und 4. Mai 2010 waren an die B._____ und an die F._____ gerichtet. Am 25. Februar 2011 erliess sie die an die F._____ adressierte Fertigstellungsverfügung.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden, da sie vor dem Erlass der Fertigstellungsverfügung keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt

² 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)

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

habe. Insbesondere sei das Schreiben der Gemeinde vom 4. Mai 2010 an die F. _____ adressiert gewesen und nicht an die Stockwerkeigentümergeinschaft. Diese habe erst durch die Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011 erfahren, dass gegen sie ein baupolizeiliches Verfahren laufe. Eine Heilung der Gehörsverletzung komme vorliegend nicht in Betracht.

Die Gemeinde macht geltend, die Rüge der Beschwerdeführerin sei unzutreffend. Die Gemeinde habe ursprünglich die F. _____ mit Kopien ihrer Schreiben bedient und sei von dieser an die B. _____ verwiesen worden. Vor dem Erlass der Fertigstellungsverfügung vom 25. Februar 2011 habe sich die Gemeinde bei den Stockwerkeigentümern nach deren Verwaltung erkundigt. Die Verfügung vom 25. Februar 2011 sei korrekt an die Verwaltung adressiert gewesen, der Verfügungsinhalt habe sich immer an die Stockwerkeigentümer gerichtet. Die Behauptung, die Stockwerkeigentümer seien nicht im Bild gewesen über das baupolizeiliche Verfahren, sei nicht glaubhaft, da ihnen die Problematik der Lärmschutzwände bekannt gewesen sei und sie sich bei der Gemeinde danach erkundigt hätten.

b) Gemäss Art. 21 Abs. 1 VRPG⁴ hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt oder entscheidet. Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist eine grundlegende Verfahrensgarantie, die als verfassungsmässiges Recht⁵ auch im baurechtlichen Verfahren besteht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst der verfassungsrechtliche Gehörsanspruch insbesondere das Recht der Betroffenen, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden, Einsicht in die Akten zu nehmen und sich zum Beweisergebnis zu äussern.⁶

c) In ihrem Schreiben vom 4. Mai 2010 erklärt die Gemeinde Hindelbank, dass sie bezüglich der nicht ausgeführten Lärmschutzmassnahmen die zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlichen Schritte einleiten und nötigenfalls zur Ersatzvornahme schreiten werde. Gleichzeitig erteilt sie das rechtliche Gehör. Dieses Schreiben ist an die B. _____ als Bauherrin und an die F. _____ als Verwalterin der _____

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁵ Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. April 1999 (BV; SR 101); Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

⁶ Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, Art. 21 N. 4

Stockwerkeigentümergeinschaft gerichtet. Aus dem Schreiben wird nicht klar, wen die Gemeinde zur Fertigstellung der Lärmschutzmassnahmen verpflichten will. Im Gegensatz zur B._____ reagierte die F._____ nicht auf das Schreiben.

An die Stockwerkeigentümer insgesamt gerichtete Erklärungen, Aufforderungen, Urteile und Verfügungen können durch Zustellung an den Verwalter an seinem Wohnsitz oder am Ort der gelegenen Sache wirksam mitgeteilt werden (Art. 712t Abs. 3 ZGB). Dies bedeutet, dass der Verwalter grundsätzlich als Zustellungsdomizil der Stockwerkeigentümerschaft fungiert. Die Gemeinde Hindelbank hat damit ihr Schreiben vom 4. Mai 2010 zu Recht der F._____ zugestellt. Zwar hätte das Schreiben korrekterweise an die Stockwerkeigentümergeinschaft, per Adresse der Verwaltung, adressiert sein müssen. Der F._____ musste aber aus dem Inhalt des Schreibens und der Vorgeschichte klar sein, dass das Schreiben die Stockwerkeigentümergeinschaft betraf. Sie konnte sich bei dieser offensichtlich rechtlich relevanten Mitteilung nicht mit der Entgegennahme begnügen, sondern wäre verpflichtet gewesen, das Schreiben an die Stockwerkeigentümergeinschaft weiterzuleiten.⁷ Das Schreiben der Gemeinde gilt in diesem Sinne als korrekt zugestellt. Damit liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

d) Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann im Übrigen geheilt werden, wenn die Rechtsmittelbehörde in den Fragen, in denen das rechtliche Gehör verweigert worden ist, die gleiche Überprüfungsbefugnis hat wie die Vorinstanz.⁸

Die BVE hat im vorliegenden Verfahren dieselbe Kognition wie die Vorinstanz (Art. 40 Abs. 3 BauG). Die Beschwerdeführerin konnte mit der vorliegenden Beschwerde ihre Anliegen vorbringen. Sie ist zudem selber an der Realisierung der Lärmschutzmassnahmen interessiert. Eine Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung der Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011 aus formellen Gründen würde lediglich dazu führen, dass das Verfahren vor der Gemeinde neu aufgerollt würde, höchstwahrscheinlich mit denselben rechtlichen Folgen. Eine solche Verzögerung dürfte kaum im Interesse der Beschwerdeführerin liegen. Zudem kann nicht behauptet werden,

⁷ Amédéo Wermelinger, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV 1c, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, hrsg. v. Jörg Schmid, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 712t N. 79 f.

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 9

dass die Beschwerdeführerin keinerlei Kenntnis vom Verfahren hatte, wie die E-Mails vom 16. Februar 2011 zwischen der Gemeinde und einem Mitglied der Beschwerdeführerin zeigen.

Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich daher als unbegründet.

2. Adressatin der Fertigstellungsverfügung

a) Die Parzelle Nr. D._____ grenzt direkt an die Bahnlinie Bern-Burgdorf. Die während des Baubewilligungsverfahrens durchgeführte Immissionsberechnung⁹ ergab einen Immissionspegel von 70,7 dBA tagsüber und 61,2 dBA nachts. Die zulässigen Immissionsgrenzwerte in der Empfindlichkeitsstufe (ES) III betragen demgegenüber 65 dBA bzw. 55 dBA. Da die Immissionsgrenzwerte damit tagsüber wie auch nachts überschritten werden, wurden im Gesamtbauentscheid vom 10. Februar 2005 die folgenden Auflagen verfügt:

- Das Bauvorhaben liegt unmittelbar an der Bahnstrecke Bern-Burgdorf. Gemäss dem Lärmbelastungsplan und Berechnungen der SBB sind die Immissionsgrenzwerte bei der Parzelle Nr. D._____ überschritten. Es sind zwingend geeignete Lärmschutzmassnahmen vorzunehmen.
- Die SBB haben das Projekt der ordentlichen Lärmsanierung (Sanierungshorizont 2015) für die Gemeinde Hindelbank im Frühling 2004 beim Bundesamt für Verkehr eingereicht (Plangenehmigungsverfahren). Die definitiven Lärmschutzmassnahmen (Lärmschutzwände, Schallschutzfenster) in diesem Gebiet können erst nach Vorliegen der rechtskräftigen Verfügung (voraussichtlich noch Mitte 2005) abschliessend festgelegt werden.
- Die Immissionsberechnung gemäss Art. 40 Lärmschutzverordnung des Büros für Bauphysik und Bauschäden hält fest, welche Massnahmen bezüglich des Lärmschutzes zu treffen sind. Diese Vorgaben sind einzuhalten.
- Gestützt auf die Projektänderung ist die Immissionsberechnung zu überarbeiten und
- Vor Ausführung der Arbeiten ist mit dem Bundesamt für Verkehr, Sektion Lärmsanierung bezüglich dem laufenden Lärmsanierungsprojekt der SBB Kontakt aufzunehmen um die bauliche Koordination und deren Kostenübernahme zu klären.

Die Plangenehmigungsverfügung des Bundesamtes für Verkehr (BAV) wurde am 28. Juli 2005 erlassen. Darin wird festgehalten, dass eine Verlängerung der von der SBB

⁹ Immissionsberechnung des Büros für Bauphysik und Bauschäden I._____ vom 27. Juli 2004 (Immissionsberechnung I._____)

projektierten Lärmschutzwand LSW Nr. 2, die eine vollständige Abdeckung der Parzelle Nr. D._____ ermöglichen würde, zu unverhältnismässigen Kosten bei vergleichsweise geringem Nutzen führen würde. Die LSW Nr. 2 wurde daher wie projektiert, d.h. ohne Abdeckung der Parzelle Nr. D._____, genehmigt.

In der Folge wurde das Bauvorhaben von der B._____ als Bauherrin übernommen. Diese stellte sich auf den Standpunkt, dass die SBB eine Lärmschutzwand entlang der Parzelle Nr. D._____ errichten müsse, und erkundigte sich offenbar bei der SBB entsprechend.¹⁰ Mit Schreiben vom 9. Juli 2008 an die B._____ erklärte die SBB, dass sie keine Kosten für Lärmschutzmassnahmen übernehmen werde. Die Gemeinde forderte daraufhin wiederholt sowohl die F._____ als auch die B._____ auf, die Lärmschutzwände zu erstellen, andernfalls die entsprechenden Auflagen rechtlich durchgesetzt würden.¹¹ Die F._____ retournierte das zweite Schreiben der Gemeinde, mit dem Hinweis, es sei an die B._____ als Bauherrin zu richten.¹² Die B._____ versicherte der Gemeinde daraufhin, es würden die notwendigen Abklärungen getroffen.¹³ Mit Schreiben vom 1. Juli 2009 forderte die Gemeinde die B._____ erneut auf, die Lärmschutzwände zu erstellen, unter Androhung der Ersatzvornahme. In ihrer Antwort wies die B._____ nun darauf hin, dass sie nicht mehr Grundeigentümerin sei und daher nicht mehr Adressatin von Schreiben oder Verfügungen betreffend die Lärmschutzmassnahmen sein könne.¹⁴ Sie verwies stattdessen auf die F._____ als Verwaltung der Beschwerdeführerin. Gleichzeitig sicherte die B._____ aber zu, mit allen Betroffenen eine Lösung erarbeiten zu wollen. Zwischen Dezember 2009 und Dezember 2010 bestätigten die Gemeinde und die B._____ in mehreren weiteren Schreiben im Wesentlichen ihre Positionen. Am 4. Mai 2010 richtete die Gemeinde gleichzeitig ein Schreiben an die B._____ und die F._____, in dem sie ebenfalls auf die Pflicht zur Erstellung von Lärmschutzwänden und die Möglichkeit einer Ersatzvornahme hinwies. Während die F._____ auf eine Stellungnahme verzichtete, verwies die B._____ nach wie vor auf laufende Gespräche mit der SBB betreffend deren Kostenbeteiligung. Am 25. Februar 2011 erliess die Gemeinde die an die F._____ adressierte

¹⁰ Schreiben der G._____ AG an die Gemeinde Hindelbank vom 2. August 2007; Schreiben der SBB an die B._____ vom 9. Juli 2008

¹¹ Schreiben der Gemeinde Hindelbank an die F._____ und die B._____ vom 11. bzw. 17. Dezember 2008

¹² Schreiben der F._____ an die Gemeinde Hindelbank vom 23. Dezember 2008

¹³ Schreiben der B._____ an die Gemeinde Hindelbank vom 21. Januar 2009

¹⁴ Schreiben der B._____ an die Gemeinde Hindelbank vom 24. Juli 2009

Fertigstellungsverfügung, in der die Beschwerdeführerin zur Einreichung eines Baugesuchs verpflichtet wurde. Die vorliegende Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011 ist dagegen an die Beschwerdeführerin adressiert, per Adresse der F._____.

b) Die Beschwerdeführerin rügt, die Fertigstellungsverfügung hätte sich an die B._____ richten müssen. Diese sei als Bauherrschaft Verhaltensstörerin und damit in erster Linie für die Beseitigung der Störung verantwortlich.

Die Gemeinde Hindelbank macht geltend, eine Wiederherstellungsverfügung habe sich in erster Linie an den Grundeigentümer zu richten, könne aber auch an die Bauherrschaft gerichtet werden. Nachdem sie von der F._____, der damaligen Verwalterin der Stockwerkeigentümer, mit Schreiben vom 23. Dezember 2008 dazu aufgefordert worden war, habe die Gemeinde ihre Schreiben an die Bauherrschaft, die B._____ AG, gerichtet. Die Fertigstellungsverfügung vom 25. Februar 2011 sei an die Verwaltung der Beschwerdeführerin gerichtet gewesen, wobei im Dispositiv korrekt die Stockwerkeigentümerschaft zur Wiederherstellung aufgefordert worden sei. In der Verfügung vom 8. April 2011 sei lediglich die Adresse der Verwaltung geändert worden. Die Frage, wer intern die Lärmwand zu finanzieren habe, sei privatrechtlicher Natur und vorliegend nicht relevant.

c) Die Wiederherstellungsverfügung ist an den Störer zu richten. Das ist grundsätzlich derjenige, der die Baurechtswidrigkeit selbst oder durch Personen, für deren Verhalten er verantwortlich ist, verursacht hat, also in der Regel die Bauherrschaft (sog. Verhaltensstörer). Als Störer gilt aber auch derjenige, der über die Sache, welche den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (sog. Zustandsstörer).¹⁵ Dies ist in der Regel der Grundeigentümer, der zur Zeit des Verfügungserlasses im Grundbuch eingetragen ist (Art. 46 Abs. 2 BauG)¹⁶. Diese Regelung ist auf den Normalfall zugeschnitten, in welchem die widerrechtlich handelnde Bauherrschaft zugleich Eigentümerin des Baugrundstücks ist. Sind aber Bauherrschaft und Grundeigentümer nicht identisch und ist die Rechtswidrigkeit auf ein Handeln der Bauherrschaft zurückzuführen, so empfiehlt es sich, die Wiederherstellungsverfügung an beide zu richten, unbeachtlich allfälliger Vereinbarungen unter diesen. Wird nur gegen einen von zwei oder mehreren Störern die Wiederherstellung verfügt, ist diese Verfügung

¹⁵ BGE 1A.121/2005, E. 3.2; 122 II 65, E. 6a; 107 Ia 23, E. 2a; BVR 2008 S. 261

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band I, Bern 2007, Art. 46 N 12

nicht rechtswidrig; allenfalls bedarf es aber einer weiteren Verfügung gegen die übrigen Störer, damit die Wiederherstellung durchgesetzt werden kann¹⁷.

Verhaltens- und Zustandsstörer können alternativ oder kumulativ zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verpflichtet werden. Die Behörde verfügt hierbei über einen gewissen Ermessensspielraum.¹⁸ Sind mehrere Störer gleich fähig oder geeignet, die Störung zu beseitigen, hat nach dem allgemeinen Polizeirecht in erster Linie der Verhaltensstörer, d.h. der Bauherr, für die Beseitigung einzutreten.¹⁹

Im vorliegenden Fall ist die B._____ als Bauherrin Verhaltensstörerin, die Beschwerdeführerin als Grundeigentümerin Zustandsstörerin. Um die Vollstreckbarkeit der Wiederherstellungsverfügung sicherzustellen, muss die Beschwerdeführerin in jedem Fall Adressatin der Verfügung sein.

d) Im Gesamtbauentscheid wird die Baubewilligung der C._____ AG als Bauherrschaft erteilt. Die Auflagen sind ebenfalls von der Bauherrschaft umzusetzen. Als Rechtsnachfolgerin der C._____ AG wäre demnach die B._____ verpflichtet gewesen, die Auflagen umzusetzen. Das Argument der B._____, die C._____ AG habe sie nicht über die Auflagen informiert, ist nicht behelflich, da diese ausdrücklich in der Baubewilligung festgehalten sind. In der Baubewilligung wird weiter auf das laufende Plangenehmigungsverfahren hingewiesen und die Möglichkeit, den Bau der Lärmschutzwand mit der SBB zu koordinieren. Davon, dass die SBB die Lärmschutzwand erstellen oder deren Kosten übernehmen müsste, ist hingegen keine Rede.

Spätestens seit 2007 war ein Vertreter der B._____ mit der SBB in Gesprächen betreffend die Kostenübernahme der Lärmschutzwand.²⁰ Im Jahr 2008 teilte die SBB der B._____ unmissverständlich mit, dass sie die Kosten der Lärmschutzmassnahmen nicht übernehmen werde.²¹ Die B._____ wurde seitens der SBB wie auch der Gemeinde mehrfach darauf hingewiesen, dass eine mit der SBB koordinierte Erstellung zu

¹⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 12; BGE 1A.121, E. 3.2; 107 Ia 19, E. 2c; BVR 2007 S. 362, E. 4; BVR 2008 S. 261, E. 3.2

¹⁸ BGE 1A.212/2005, E. 3.2; 107 Ia 19, E. 2b

¹⁹ BGE 122 II 65, E. 6.b; 107 Ia 19, E. 2b; BVR 2008 S. 261, E. 3.2; 2007 S. 362, E. 4.1

²⁰ Schreiben von Herrn G._____ an die Gemeinde Hindelbank vom 2. August 2007

²¹ Schreiben der SBB an die B._____ vom 9. Juli 2008

Kostenersparnissen führen würde.²² Die Briefwechsel der Gemeinde mit den verschiedenen involvierten Firmen lassen mindestens die Vermutung aufkommen, dass die Umsetzung der Lärmschutzmassnahmen durch die B._____ bzw. die F._____ bewusst verschleppt wurde. So ersuchte die B._____ die Gemeinde Hindelbank noch am 29. Juni 2010 „weiterhin um etwas Geduld, um die Kostenbeteiligung der SBB abklären zu können.“ Dafür spricht auch die Tatsache, dass sämtliche Firmen von denselben Personen beherrscht sind, sich aber gleichzeitig jeweils gegenseitig für unzuständig erklärt haben.²³ Es ist weiter nicht nachvollziehbar, weshalb die F._____ als Verwaltung die Stockwerkeigentümerschaft, deren Interessen sie zu vertreten hat, nicht frühzeitig informiert und die Gemeinde erst im Zusammenhang mit der Verfügung vom 25. Februar 2011 darauf hingewiesen hat, dass diese falsch adressiert sei. Die B._____ hat sich ausserdem in den Kaufverträgen mit den Stockwerkeigentümern ausdrücklich verpflichtet, die aus der Baubewilligung hervorgehenden Verpflichtungen zu erfüllen.²⁴

Der rechtswidrige Zustand im vorliegenden Fall ist allein auf das Verhalten der B._____ zurückzuführen. Diese wäre als Bauherrin verpflichtet gewesen, das Bauvorhaben entsprechend der Baubewilligung auszuführen. Dazu gehören auch sämtliche Auflagen, in diesem Falle die Umsetzung der Lärmschutzmassnahmen. Die B._____ ist daher als Verhaltensstörerin prioritär zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, d.h. zur Fertigstellung der Lärmschutzmassnahmen, zu verpflichten. Als Bauherrin ist sie dazu auch besser geeignet. Die Fertigstellungsverfügung hätte also sachgerechterweise auch an die B._____ gerichtet werden sollen. Dies bedeutet nicht, dass die Fertigstellungsverfügung rechtswidrig wäre²⁵, sondern lediglich, dass die B._____ nachträglich zur Wiederherstellung verpflichtet und ebenfalls zur Adressatin der Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011 gemacht werden muss. Zu diesem Zweck könnte einerseits die Gemeinde verpflichtet werden, gegenüber der B._____ eine neue, identische Verfügung zu erlassen. Andererseits ist es nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ebenso zulässig, sie aus Gründen der Prozessökonomie im

²² Schreiben der SBB an die B._____ vom 9. Juli 2008; Schreiben der Gemeinde Hindelbank an die B._____ vom 17. Dezember 2008 und 1. Juli 2009

²³ Schreiben der F._____ an die Gemeinde Hindelbank vom 23. Dezember 2008; Schreiben der B._____ an die Gemeinde Hindelbank vom 24. Juli 2009

²⁴ Vgl. Kaufvertrag B._____ vom 23. Februar 2007, Ziff. III.2.a

²⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 12; BGE 1A.121, E. 3.2; 107 Ia 19, E. 2c; BVR 2007 S. 362, E. 4; BVR 2008 S. 261, E. 3.2

Rechtsmittelverfahren als Partei zu beteiligen.²⁶ Die BVE hat der B._____ mit Verfügung vom 21. Juli 2011 mitgeteilt, dass sie als Partei am Verfahren beteiligt werde, hat ihr die Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011 zugestellt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die B._____ wird daher zur Fertigstellung gemäss Verfügung der Gemeinde Hindelbank vom 8. April 2011 verpflichtet. Die Beschwerdeführerin hat die notwendigen Arbeiten zu dulden.

3. Lärmschutzmassnahmen

a) Die Gemeinde Hindelbank verfügt in der Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011, es sei innert sechs Monaten, spätestens am 15. Oktober 2011 ein Baugesuch für das Bauprojekt der Lärmschutzmassnahmen entlang der Bahn auf der gesamten Länge der Parzelle Nr. D._____ einzureichen. Die Immissionsberechnung I._____ halte fest, welche Massnahmen bezüglich des Lärmschutzes zu treffen seien. Diese Vorgaben seien einzuhalten.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Umschreibung der Massnahmen in der Fertigstellungsverfügung sei zu ungenau. Die in der Fertigstellungsverfügung genannten Massnahmen seien nicht geeignet, um mittels Ersatzvornahme vollstreckt zu werden. Die Erarbeitung eines Baugesuchs wie auch die bauliche Realisierung könne nur unter Mitwirkung der Beschwerdeführerin als Grundeigentümerin erfolgen. Zudem stelle sich die Frage, ob vorliegend aufgrund der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 46 Abs. 3 BauG überhaupt noch mittels Fertigstellungsverfügung vorgegangen werden könne. Zudem seien längere Fristen anzusetzen.

Die Gemeinde macht geltend, die in der Fertigstellungsverfügung verlangten Massnahmen seien nicht zu ungenau, vielmehr werde vorliegend erst das korrekt eingereichte Bauprojekt zeigen, welche Lärmschutzmassnahmen nötig seien. Sollte nicht innert Frist ein solches Projekt eingereicht werden, werde die Gemeinde dies selber in Auftrag geben und umsetzen. Die Bauabnahme sei am 18. Oktober 2007 erfolgt, die fünfjährige Verjährungsfrist damit noch nicht abgelaufen. Es sei schliesslich absolut realistisch, den Bau einer Lärmschutzwand innert sechs Monaten zu projektieren.

²⁶ BVR 2008 S. 261, E. 3.4.1; VGE 20912 vom 17. März 2000, E. 1c

b) Die Wiederherstellungsverfügung muss die genaue Bezeichnung der Massnahme, welche die Pflichtigen zur Herbeiführung des rechtmässigen Zustandes zu treffen haben, enthalten. Ergeben sich die Massnahmen beispielsweise klar aus Plänen, so genügt unter Umständen ein Verweis auf diese.²⁷

Die Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011 verweist auf die Immissionsberechnung I._____. Dieser Bericht führt an sich detailliert auf, welche Massnahmen zu treffen sind. Nicht klar ist allerdings, ob diese Angaben noch aktuell sind. Der Bericht wurde vor der Inbetriebnahme der SBB-Neubaustrecke Mattstetten verfasst und hält fest, dass der Emissionspegel dadurch abnehmen, der Güterverkehr hingegen zunehmen wird. Nicht klar ist ebenfalls, welche der aufgeführten Massnahmen am Gebäude (Schallschutzfenster, seitliche Blenden bei den Balkonen, Dachfenster im Estrichgeschoss) bereits umgesetzt wurden. Der Gemeinde ist insofern Recht zu geben, dass die nötigen Lärmschutzmassnahmen im Rahmen der Erarbeitung eines Bauprojekts bestimmt werden müssen.

Die nötigen Untersuchungen und die Projektierung von Lärmschutzmassnahmen kann die Gemeinde, wenn nötig, selber in Auftrag geben. Die angeordneten Massnahmen sind daher durchaus für den Vollzug mittels Ersatzvornahme geeignet. Diese dient gerade dazu, den rechtmässigen Zustand auch gegen den Willen der Grundeigentümer herzustellen. Aus diesem Grund ist es erforderlich, dass eine Wiederherstellungsverfügung auch an die Grundeigentümer gerichtet ist.

c) Um die Frist von fünf Jahren gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG zu wahren, genügt neben dem Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs oder der Zusicherung, dass der rechtswidrige Zustand innert nützlicher Frist beseitigt werde, bereits die Aufforderung der Behörde, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. In diesen Fällen genügt es, wenn die Frist nur gegenüber dem Verhaltensstörer, d.h. der Bauherrschaft, und nicht auch gegenüber dem Grundeigentümer gewahrt wird.²⁸

Die Gemeinde hat die Bauherrschaft seit 2008 wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass die Lärmschutzmassnahmen umzusetzen seien. Die B._____ hat regelmässig

²⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 13

²⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 11

versichert, eine Lösung anzustreben. Die Frist gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG ist damit gewahrt.

d) Die Wiederherstellungsfrist muss angemessen sein (Art. 46 Abs. 2 BauG), d.h. dem Pflichtigen muss die zur Vorbereitung und Durchführung der angeordneten Massnahmen notwendige Zeit eingeräumt werden.

Vorliegend wurde eine Frist von sechs Monaten zur Einreichung des Baugesuchs angesetzt. Innert dieser Frist muss lediglich das Projekt für die nötigen Lärmschutzmassnahmen ausgearbeitet werden, diese müssen nicht auch bereits erstellt sein. Für den Bau einer Lärmschutzmauer liegen bereits Pläne vor. Die übrigen Massnahmen gemäss Immissionsberechnung I._____ wurden allenfalls schon teilweise umgesetzt. Das Verfahren wurde von den Beteiligten bereits langjährig verschleppt, zum Nachteil insbesondere der Gesundheit der Anwohner. Eine Frist von sechs Monaten erscheint daher angemessen. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist daher unbegründet.

4. Kosten

a) Die Grundsätze der Kostenverlegung sind in Art. 108 VRPG geregelt. Demnach werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Die Beschwerdeführerin hat vorliegend den Antrag gestellt, die Fertigstellungsverfügung vom 8. April 2011 sei aufzuheben. Aus der Begründung wird aber ersichtlich, dass sie sich nicht gegen die Umsetzung der Lärmschutzmassnahmen stellt, sondern lediglich die Ansicht vertritt, dass dafür die B._____ ins Recht zu fassen sei. Dieser Ansicht wird im vorliegenden Entscheid recht gegeben. Obschon die B._____ im vorliegenden Verfahren keine Stellungnahme eingereicht oder Anträge gestellt hat, so ist doch aktenkundig, dass sie der Ansicht ist, nicht für die Erstellung der Lärmschutzmassnahmen zuständig zu sein. Sie gilt daher als im vorliegenden Verfahren unterlegen. Es ist daher

gerechtfertigt, ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'200.- (Art. 19 Abs. 1 GebV²⁹).

b) Die B._____ hat zudem der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdeführerin gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die B._____ hat somit der Beschwerdeführerin die Parteikosten von Fr. 5'668.50 zu ersetzen. Die Gemeinde Hindelbank hat keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG).

III. Entscheid

1. Die Verfügung der Gemeinde Hindelbank vom 8. April 2011 wird wie folgt geändert:

„1. Die B._____ AG wird aufgefordert, innert sechs Monaten ab Rechtskraft der vorliegenden Verfügung ein Baugesuch für das Bauprojekt der Lärmschutzmassnahmen entlang der Bahn auf der gesamten Länge der Parzelle Hindelbank Grundbuchblatt Nr. D._____ einzureichen. Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer Mühlemattweg 16, 3324 Hindelbank, hat die dazu nötigen Arbeiten zu dulden.

3. Die B._____ AG hat die Erstellung des baubewilligten Lärmschutzprojektes innert sechs Monaten ab Rechtskraft der entsprechenden Baubewilligung durchzuführen und fertig zu stellen. Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer Mühlemattweg 16, 3324 Hindelbank, hat die dazu nötigen Arbeiten zu dulden.“

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.- werden der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten zur Bezahlung auferlegt.

Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

²⁹ Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung vom 22. Februar 1995 (GebV; BSG 154.21)

3. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 5'668.50 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt Y. _____, mit Gerichtsurkunde
- Herrn Fürsprecher A. _____, mit Gerichtsurkunde
- Herrn Fürsprecher X. _____, mit Gerichtsurkunde
- Regierungsstatthalteramt Emmental, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin