

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2014/296 vom 17.8.2015). Das Bundesgericht hat die Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts abgewiesen (BGE 1C_495/2015 vom 1.2.2016).

RA Nr. 120/2014/5

Bern, 18. September 2014

in der Beschwerdesache zwischen

E. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher X. _____

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Wichtrach, Gemeindeverwaltung,
Stadelfeldstrasse 20, 3114 Wichtrach

betreffend die Wiederherstellungsverfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Wichtrach vom 7. Januar 2014 (Aufbau Wohn- und Gewerbehaus)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtentscheid vom 2. Februar 2011 erteilte das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland die Baubewilligung für den Aufbau eines Wohn- und Gewerbehauses auf dem bestehenden Untergeschoss Z. _____ strasse 13a auf der Parzelle Wichtrach Grundbuchblatt Nr. A. _____. Die Parzelle liegt in der Wohn- und Arbeitszone WA2.

2. Am 13. Februar 2012 reichte die Beschwerdeführerin das Formular Selbstdeklaration Baukontrolle 2 (SB2) ein und gab an, dass die Umgebungsgestaltung Ende August 2012 fertig gestellt sein werde. Am 24. September 2012 forderte die Gemeinde die

Beschwerdeführerin dazu auf, den Auflagen des Tiefbauamts, Oberingenieurkreis II (TBA OIK II), nachzukommen und den Vorplatz des Gebäudes Z._____strasse 13a mit drei ca. zwei Meter langen Inseln und dazwischen aufgehängten Ketten von der Z._____strasse abzugrenzen und setzte ihr dazu eine Frist von 30 Tagen.

3. Am 7. Januar 2014 erliess die Gemeinde eine Wiederherstellungsverfügung, deren vorliegend interessierende Anordnungen wie folgt lauten:

1. Der Grünstreifen gemäss
 - a. Plan Nr. 352 vom 01.12.2010 sowie
 - b. Vorschrift im Amtsbericht 3 der Gemeinde vom 6. Januar 2011 bezüglich niederer Bepflanzungist bis spätestens 31. März 2014 umzusetzen.
2. Im Bauverbotsstreifen von 5,00 m parallel zum Fahrbahnrand dürfen keine die Sicht behindernden Bepflanzungen, Einfriedungen, Ablagerungen und Einrichtungen stehen. Er darf auch nicht durch weitere Zufahrten, Parkplätze oder eine andere Vorplatzgestaltung verändert werden.

Gleichzeitig wies sie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs sowie auf die Strafbarkeit bei Nichtbefolgung hin und drohte die Ersatzvornahme an.

4. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 6. Februar 2014 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Die Wiederherstellungsverfügung der Einwohnergemeinde Wichtrach vom 7. Januar 2014 sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei das mit vorliegender Beschwerde eingereichte Baugesuch gutzuheissen.

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Mit Verfügung vom 7. April 2014 erkundigte es sich bei der Beschwerdeführerin, ob die BVE die Beschwerde gegen die Wiederherstellung beurteilen oder das Baugesuch zur Behandlung an die Gemeinde weiter leiten solle. Das Rechtsamt erklärte, dass es im Fall der Weiterleitung des Baugesuchs zur Behandlung an die Gemeinde das Beschwerdeverfahren abschreiben werde, hingegen bei Anhandnahme des Beschwerdeverfahrens das eventualiter eingereichte Baugesuch nicht beurteilt werde.

Mit Schreiben vom 7. Mai 2014 erklärte die Beschwerdeführerin, sie sei der Auffassung, dass kein Baugesuch für die vorbestehende Nutzung des Vorplatzes als Ausstellungsfläche für zum Verkauf angebotene Motorfahrzeuge notwendig sei, da diese Nutzung unverändert seit den 1950er-Jahren bestehe und rechtmässig ausgeübt worden sei. Diese Nutzung geniesse Besitzstandsgarantie. Die BVE habe sich antragsgemäss vor der Beurteilung des eventualiter eingereichten Baugesuchs dazu zu äussern, ob ein Baugesuch überhaupt notwendig sei. Sollte das Hauptbegehren abgewiesen werden, so sei eventualiter das Baugesuch zu beurteilen.

6. Mit Verfügung vom 19. Juni 2014 holte das Rechtsamt beim Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis II (TBA OIK II), einen Fachbericht zur Verkehrssicherheit der Ausstellungsplätze zwischen dem Gebäude Z._____strasse 13a und der Z._____strasse sowie der Ausstellungsplätze südlich des Gebäudes Z._____strasse 13a ein. Die Verfahrensbeteiligten erhielten Gelegenheit, zum Fachbericht des OIK II vom 10. Juli 2014 Stellung zu nehmen und Schlussbemerkungen einzureichen.

7. Auf die Rechtsschriften und den Fachbericht des OIK II wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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)

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² 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 grundsätzlich einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei vor Erlass der angefochtenen Verfügung nicht angehört worden. Am 28. November 2012 sei zwar eine Verhandlung zwischen der Einwohnergemeinde und der Beschwerdeführerin geführt worden, an der jedoch das Parkieren auf der Gemeindestrasse B._____weg thematisiert worden sei. Zudem habe es die Vorinstanz im Baubewilligungsverfahren unterlassen, den Amtsbericht 3 vom 6. Januar 2011 im Gesamtbauentscheid vom 2. Februar 2011 vorab zu eröffnen. In den Schlussbemerkungen bringt die Beschwerdeführerin vor, mit Schreiben vom 24. September 2012 sei einzig das Fehlen von drei Inseln mit Ketten entlang der Z._____strasse gerügt worden. Zu den Autopräsentationsplätzen sei sie nie angehört worden. Die Gemeinde habe mit der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung ihren verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Es dränge sich daher eine Kassation von Amtes wegen auf.

Die Gemeinde macht geltend, in dem am 13. Februar 2012 eingereichten Formular SB2 sei die Fertigstellung der Umgebungsarbeiten per 30. August 2012 angegeben. Im Herbst 2012 seien weder die im Amtsbericht 3 der Baupolizeibehörde Wichtrach geforderten Grünstreifen, noch die im Fachbericht Strassenbaupolizei geforderten Inseln mit Ketten erstellt gewesen. Die Bauherrschaft sei mehrmals telefonisch dazu aufgefordert worden, diese Massnahmen umzusetzen. Schliesslich sei mit Schreiben vom 24. September 2013

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

der Beschwerdeführerin für die Umsetzung der Massnahmen eine letzte Frist von 30 Tagen erteilt und die Wiederherstellungsverfügung angedroht worden.

b) Der Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör ist eine grundlegende Verfahrensgarantie (Art. 29 Abs. 2 BV³, Art. 26 Abs. 2 KV⁴, Art. 21 ff. VRPG⁵). 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. Das Anhörungsrecht verpflichtet die entscheidende Behörde nicht nur, die Äusserungen der Parteien entgegenzunehmen, sondern auch dazu, die Äusserungen zu würdigen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Voraussetzung für die Wahrnehmung des Äusserungs- und Anhörungsrechts ist, dass die Behörden die Betroffenen über die wesentlichen Aspekte des Verfahrens orientieren. Der Gehörsanspruch beschlägt in erster Linie Sachverhaltsfragen.⁶ Die Möglichkeit, sich vorgängig zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt und den anwendbaren Rechtsnormen, zu äussern, genügt.⁷

c) Mit Schreiben vom 24. September 2013 erläuterte die Gemeinde, dass mit Fachbericht Strassenbaupolizei des TBA OIK II vom 19. Februar 2010 verlangt werde, dass der Vorplatz des Gebäudes 13a mit drei ca. zwei Meter langen Inseln und dazwischen aufgehängten Ketten von der Z._____strasse abzugrenzen sei. Sie gab der Beschwerdeführerin eine letzte Frist von 30 Tagen, um die Auflage aus dem Bericht Strassenbaupolizei umzusetzen. Entspreche die Vorplatzgestaltung Z._____strasse 13a nach Ablauf dieser Frist nicht den Bestimmungen gemäss Fachbericht, werde die Umsetzung verfügt. Mit einer Wiederherstellungsverfügung (Art. 46 BauG) habe die

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁴ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁶ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen

⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 4, 6 ff. und 15; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N. 1680 f.; BGE 136 I 265 E. 3.2, mit weiteren Hinweisen

Baupolizeibehörde danach die Möglichkeit, die Ersatzvornahme auf Kosten des Pflichtigen durchführen zu lassen.

Die Gemeinde hat die Beschwerdeführerin damit schriftlich auf die bevorstehende Wiederherstellung hingewiesen. Die Wiederherstellungsverfügung kam daher nicht aus heiterem Himmel wie die Beschwerdeführerin geltend macht. Allerdings hat sie mit Schreiben vom 24. September 2013 verlangt, den Vorplatz des Gebäudes 13a gemäss Amtsbericht Strassenbaupolizei OIK II mit drei ca. zwei Meter langen Inseln und dazwischen aufgehängten Ketten von der Z._____strasse abzugrenzen. Mit der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung verlangt die Gemeinde demgegenüber die Umsetzung des Grünstreifens gemäss Plan Nr. 352 vom 1. Dezember 2010 sowie der Vorschrift im Amtsbericht 3 der Gemeinde vom 6. Januar 2011 bezüglich niederer Bepflanzung. Die Beschwerdeführerin konnte die konkrete Wiederherstellungsanordnung deshalb nicht voraussehen, auch wenn sie vom bewilligten Zustand wissen musste (vgl. dazu Erwägung 3) und sie aufgrund des Schreibens vom 24. September 2013 wusste, dass die Gemeinde den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung erwägt. Es war der Beschwerdeführerin daher nicht möglich, sich vorgängig dazu zu äussern. Nicht thematisiert wurde im Schreiben vom 24. September 2013 sodann das Abstellen von Motorfahrzeugen im Bereich des Gebäudes Z._____strasse 13a. In der Wiederherstellungsverfügung vom 7. Januar 2014 wird in Ziffer 2 jedoch festgehalten, dass im Bauverbotsstreifen von 5,00 m parallel zum Fahrbahnrand keine die Sicht behindernden Bepflanzungen, Einfriedungen, Ablagerungen und Einrichtungen stehen dürfen. Er darf auch nicht durch weitere Zufahrten, Parkplätze oder eine andere Vorplatzgestaltung verändert werden. Der Wortlaut dieser Anordnung entspricht Ziffer 4.3 des Amtsberichts Strassenbaupolizei des OIK II vom 19. Februar 2010.⁸ Zwar nimmt das Schreiben vom 24. September 2013 auf diesen Amtsbericht Bezug. Für die Beschwerdeführerin war es aber nicht möglich, die Wiederherstellungsverfügung in Bezug auf die abgestellten Motorfahrzeuge vor auszusehen und sich dazu zu äussern. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass generell in Bezug auf die Wiederherstellung Telefonate mit der Gemeinde stattgefunden hätten.

Damit steht fest, dass die Gemeinde, indem sie von der Beschwerdeführerin entgegen der Ankündigung die Errichtung des Grünstreifens verlangte und sie vorgängig nicht über die

⁸ Baugesuchsakten bbew 4051/2010 des Regierungstatthalteramts Bern-Mittelland, pag. 046

bevorstehende Anordnung betreffend Fahrzeuge im Strassenabstand orientierte, das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hat.

d) Grundsätzlich führt eine Verletzung des Gehörsanspruchs zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Nach der Praxis des Bundesgerichts kann eine Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren «geheilt» werden, sofern die obere Instanz dieselbe Überprüfungsbefugnis hat wie die verfügende Behörde, dem Beschwerdeführer daraus kein Nachteil erwächst und es sich nicht um eine besonders schwere Verletzung der Parteirechte handelt.⁹

Der BVE kommt die volle Überprüfungsbefugnis zu. Soweit mit Ziffer 2 der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung die Ziffer 4.3 des Amtsberichts Strassenbaupolizei des OIK II vom 19. Februar 2010 wiederholt, war dies zwar nicht voraussehbar, es handelt sich aber nicht um eine schwerwiegende Verletzung von Parteirechten und die Beschwerdeführerin legt auch nicht dar, inwiefern ihr daraus Nachteile entstanden sein sollten. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann damit im Beschwerdeverfahren, in dem sich die Beschwerdeführerin ausgiebig äussern konnte, geheilt werden. Die Gehörsverletzung ist jedoch bei der Verlegung der Kosten zu berücksichtigen.

e) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, ihr sei im Baubewilligungsverfahren der Amtsbericht 3 der Gemeinde vom 6. Januar 2011 nicht zugestellt worden und das Regierungsstatthalteramt habe damit bereits im Baubewilligungsverfahren das rechtliche Gehör verletzt, liegt dies ausserhalb des Streitgegenstands. Es kann nicht darauf eingetreten werden.

3. Grünstreifen entlang der Z. _____ strasse

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die gemäss Amtsbericht Strassenbaupolizei des OIK II vom 19. Februar 2010 verlangte Auflage erfüllt. Gemäss Ziffer 4.4 dieses Amtsberichts würden gegenüber der Strasse drei ca. zwei Meter lange Inseln und dazwischen aufgehängte Ketten verlangt. Diese Inseln und Ketten seien korrekt erstellt worden.

⁹ BGE 129 I 129 E. 2.2.3, 126 I 68 E. 2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16

Die Gemeinde bringt vor, die mit Gesamtbauentscheid bewilligten Pläne zeigten den erforderlichen Grünstreifen entlang der Z._____strasse eindeutig auf. Dieser sei nach der Ausstellung des Fachberichtes der Strassenbaupolizei gemäss den Amtsberichten der Baupolizeibehörde verlangt worden. Der Grünstreifen sei auch hinsichtlich der erteilten Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung der Grünflächenziffer verlangt worden.

b) Mit Gesamtentscheid vom 2. Februar 2011 wurde der Beschwerdeführerin die Baubewilligung erteilt aufgrund des Baugesuchs vom 10. Dezember 2009, der Projektänderung 2 vom 6. Dezember 2010 und gemäss den vom Regierungsrat Bern-Mittelland abgestempelten Situations- und Projektplänen, wie unter anderem dem Plan Nr. 342, Grundriss Erdgeschoss/Schnitt a, im Massstab 1:100. Weiter bilden der Amtsbericht 3 der Gemeinde Wichtrach vom 6. Januar 2011 sowie der Amtsbericht Strassenbaupolizei des Oberingenieurkreises II vom 19. Februar 2010 Bestandteil der Gesamtbewilligung und es sind die darin enthaltenen Auflagen und Bedingungen einzuhalten.

Im Plan Nr. 342, Grundriss Erdgeschoss/Schnitt a, im Massstab 1:100, ist entlang der Z._____strasse ein Grünstreifen eingezeichnet. Der Amtsbericht Strassenbaupolizei des TBA OIK II vom 19. Februar 2010 – auf den sich die Beschwerdeführerin beruft – bezieht sich demgegenüber auf die ursprüngliche Baueingabe (Plandatum 08.12.2009; Stempel vom 11. Dezember 2009), in der entlang der Z._____strasse noch drei durch Ketten verbundene Inseln vorgesehen waren. Die Gemeinde verlangte jedoch bereits mit ihrem ersten Amtsbericht vom 11. Dezember 2009 anstelle der Betoninseln mit Ketten einen Grünstreifen,¹⁰ worauf die Beschwerdeführerin das Projekt überarbeitete und einen durchgehenden Grünstreifen mit Pflanzentrögen projektierte. Die Gemeinde hielt an der Errichtung des Grünstreifens während des gesamten Bewilligungsverfahrens fest, was sie letztmals mit Schreiben vom 30. April 2010 ausdrücklich bekräftigte.¹¹ Damit hat die Beschwerdeführerin den Grünstreifen zwar auf Verlangen der Gemeinde aber letztlich doch selbst beantragt. Dementsprechend ist im schliesslich bewilligten Plan mit Datum vom 1. Dezember 2010 (Stempel des Regierungsrat Bern-Mittelland vom 10. Januar 2011 sowie 2. Februar 2011) entlang der Z._____strasse ein Grünstreifen mit einer Länge von gemessen im Plan 17 m eingetragen. Dem bewilligten Plan kommt bei

¹⁰ Baugesuchsakten bbew 4051/2010 des Regierungsrat Bern-Mittelland, pag. 055

¹¹ Baugesuchsakten bbew 4051/2010 des Regierungsrat Bern-Mittelland, pag. 095

Unklarheiten zwischen dem Text der Baubewilligung und dem Plan Vorrang zu.¹² Beantragt und bewilligt ist ein Grünstreifen. Daran ändert der (in dieser Frage überholte) Amtsbericht Strassenbaupolizei des TBA OIK II vom 19. Februar 2010 nichts. Da der bewilligte Grünstreifen nicht erstellt wurde, liegt ein formell rechtswidriger Zustand vor.

c) Wird ein Bauvorhaben in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. e BauG). Dabei sind die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätze von Art. 5 Abs. 2 BV zu berücksichtigen.¹³ Die Wiederherstellungsmassnahme muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen.¹⁴ So kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang.¹⁵

d) Die verlangte Errichtung des Grünstreifens entspricht der erteilten Baubewilligung und ist damit geeignet, den rechtmässigen Zustand herzustellen. Als mildere Massnahme käme in Bezug auf die Verkehrssicherheit die Abgrenzung mittels Betonelementen und Ketten in Frage. Die Gemeinde hat den Grünstreifen jedoch nicht allein aus Gründen der Verkehrssicherheit verlangt, sondern auch aus ästhetischen Gründen bzw. weil die Grünflächenziffer unterschritten ist. Diesbezüglich ist keine mildere Massnahme ersichtlich. Die Beschwerdeführerin bringt auch nichts vor, was an der Ausführbarkeit des Grünstreifens gemäss Amtsbericht 3 der Gemeinde vom 6. Januar 2011 zweifeln liesse. Der Beschwerdeführerin ist schliesslich auch zuzumuten, den Grünstreifen zu errichten, da keine ausserordentlich hohen Kosten zu erwarten sind. Die Wiederherstellung erfolgt im Interesse der Einhaltung der Grünflächenziffer und der Verkehrssicherheit. Es handelt sich dabei um wichtige öffentliche Interessen. Die Beschwerdeführerin kann sich auch nicht darauf berufen, im guten Glauben davon ausgegangen zu sein, ein Verzicht auf den Grünstreifen sei zulässig, da sie den Grünstreifen wie bereits erwähnt selbst projektiert hat.

¹² Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. c

¹³ BGer 1C_157/2011 vom 21.7.2011 E. 5.1

¹⁴ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

¹⁵ BGE 132 II 21 E. 6

e) Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde mit der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung die Erstellung des Grünstreifens verlangt, wie er im Plan Nr. 342, Grundriss Erdgeschoss/Schnitt a (Stempel des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 10. Januar 2011 sowie 2. Februar 2011), dargestellt und vom Regierungsstatthalter bewilligt ist.

4. Ausstellungsflächen

a) Abstellflächen des Autogewerbes oder -handels sind mit Auswirkungen auf den Raum verbunden. Sie sind nach geltendem Recht nach Art. 1a Abs. 1 BauG baubewilligungspflichtig. Dies ergibt sich auch aus Art. 36 Abs. 2 Bst. b BauV¹⁶, der ausdrücklich auf die «bewilligten Abstellflächen des Autogewerbes oder -handels» Bezug nimmt. Nicht auf die Abstellflächen des Autogewerbes oder -handels anwendbar sind hingegen die Bestimmungen über die Pflicht zur Erstellung ausreichender Abstellplätze für Motorfahrzeuge (Art. 16 und 17 BauG sowie Art. 49 ff. BauV).

b) Mit der Baueingabe vom 10. Dezember 2009 wurde nicht um eine Nutzung als Abstellfläche des Autogewerbes und -handels ersucht. Dementsprechend äussert sich der Gesamtentscheid vom 2. Februar 2011 zu solchen Abstellflächen nicht und in den bewilligten Plänen ist eine derartige Nutzung nicht ausgewiesen und zwar auch nicht als bestehende Nutzung. Der Platz ist für das Ausstellen von Fahrzeugen damit nicht bewilligt, was von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten wird.

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Nutzung der interessierenden Fläche habe sich seit den 1950er-Jahren nicht verändert. Dies sei der Einwohnergemeinde Wichtrach bestens bekannt und könne mit einem Zeugen belegt werden. Die seit den 1950er-Jahren vorbestehende Nutzung sei materiell rechtmässig begründet worden, da bei deren Beginn weder eine Baugesetzgebung, noch eine Reglementierung existiert habe. Ein nachträgliches Verbot betreffend diese Zivilrechte würde nach einer materiellen Enteignung verlangen, was den Rahmen der vorliegenden Wiederherstellungsverfügung klar sprengt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe davon ausgehen dürfen,

¹⁶ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

dass der bestehende Vorplatz, welcher nicht überbaut wurde, weiterhin für die bisherige Nutzung zur Verfügung stehen werde. Dementsprechend äussere sich der Amtsbericht Strassenbaupolizei vom 19. Februar 2010 lediglich dahingehend, dass keine weiteren Parkplätze entstehen dürften. Weitere Parkplätze seien nicht geschaffen worden, sondern lediglich die bestehenden Ausstellungsflächen beibehalten worden. Die nun behördlich verlangte Aufhebung der seit jeher bestehenden Ausstellungsflächen könne nicht durch eine Wiederherstellungsverfügung durchgesetzt werden.

Die Gemeinde bestätigt die Nutzung als Ausstellungsflächen in der Vergangenheit. Die Autos seien jedoch nicht direkt an der Kantonsstrasse ausgestellt worden, sondern von der Z. _____ strasse zurückversetzt. Der Bereich, in welchem Autos zum Verkauf anboten werden konnten, sei durch den Neubau verdrängt worden, da sich dieser am Strassenabstand von 5,00 m ab Fahrbahnrand orientiere. Einzig im südlichen Bereich des Neubaus könnten ausserhalb des Strassenabstands weiterhin Ausstellungsfahrzeuge abgestellt werden. Die Wiederherstellungsverfügung bestreite diese erwähnten Parkplätze ausserhalb des Strassenabstandes in keiner Weise. Mit der Wiederherstellung werde verlangt, dass keine Fahrzeuge innerhalb des Strassenabstandes aufgestellt würden.

d) Art. 3 Abs. 1 BauG bestimmt, dass aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt werden. Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (Art. 3 Abs. 2 BauG). Die Besitzstandsgarantie wird aus der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und aus dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 BV) abgeleitet und bedeutet, dass rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen in ihrem Bestand geschützt sind.¹⁷ Das Gesetz will damit die sinnvolle Weiterverwendung vorhandener Bausubstanz fördern.¹⁸ Hingegen kann die Besitzstandsgarantie nicht zugunsten von Einrichtungen angerufen werden, die nicht fest mit dem Boden verbunden sind, also ohne Weiteres verlegt werden können. Die Besitzstandsgarantie schützt nicht die Nutzung als solche, sondern nur die für die Nutzung getätigte Investition. Die widerrechtliche Nutzung ist nur insoweit geschützt, als bei ihrer Aufgabe oder Änderung eine wesentliche bauliche Investition preisgegeben werden

¹⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 1 mit Hinweisen

¹⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 1a

müsste. Das ist nicht der Fall beim blossen Lagern oder Ablagern von Gegenständen und Stationieren von Fahrzeugen.¹⁹

e) Der Vorplatz ist gemäss den am 2. Februar 2011 bewilligten Plänen sowohl entlang der Z._____strasse als auch südlich des Gebäudes Z._____strasse 13a mit bestehenden Verbund- und Rasengittersteinen befestigt, wofür seinerzeit Investitionen getätigt werden mussten. Zur Diskussion steht aber nicht der Unterhalt oder die Erneuerung des Platzes, sondern nur dessen Nutzung und für blossen Nutzungen steht die Besitzstandsgarantie nicht zur Verfügung. Für das Abstellen bzw. Ausstellen von Fahrzeugen kann deshalb keine Besitzstandsgarantie geltend gemacht werden.

f) Selbst wenn für die blossen Nutzung als Ausstellungsfläche Besitzstandsgarantie geltend gemacht werden könnte, wäre vorausgesetzt, dass diese Nutzung tatsächlich und ohne grösseren Unterbruch ausgeübt worden ist.²⁰ Dies ist vorliegend für den Bauverbotsstreifen nicht nachgewiesen.

Auf dem Foto der Z._____strasse 13a um 1980, das die Beschwerdeführerin als Beilage Nr. 7 mit der Beschwerde eingereicht hat, ist zwar ersichtlich, dass sich in etwa am Standort des heutigen Neubaus bereits ein Gebäude befand und dass im Bauverbotsstreifen Motorfahrzeuge abgestellt sind. Ein anderes Bild zeigt jedoch das Orthofoto, das offensichtlich vor der Realisierung des Neubaus gemacht wurde. Hier ist erkennbar, dass der gesamte südliche Bereich der Parzelle, wo heute das Gebäude Z._____strasse 13a steht, als Platz ausgestaltet war. Die darauf abgestellten Fahrzeuge befinden sich mit Ausnahme von zwei Fahrzeugen von der Z._____strasse zurückversetzt. Dasselbe Bild zeigt auch die von der Beschwerdeführerin mit den Schlussbemerkungen als Beilage 12 eingereichte Aufnahme von Google-Streetview.²¹ Die Motorfahrzeuge sind dort ausgestellt, wo sich heute der Neubau befindet. Auch wenn es sich dabei um Momentaufnahmen handelt, erscheint zweifelhaft, ob die Nutzung zu Ausstellungszwecken tatsächlich ohne Unterbruch erfolgte, wie die Beschwerdeführerin geltend macht. Die Frage muss aber nicht abschliessend geklärt werden und es kann auf weitere Beweiserhebungen verzichtet werden, da die blossen Nutzung – wie erwähnt – ohnehin nicht Besitzstandsgarantie geniesst.

¹⁹ BVR 2001 S. 125 E. 3

²⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2

²¹ Siehe auch Vorakten der Gemeinde Wichtrach, Register 2

g) Zusammenfassend steht fest, dass die Nutzung als Ausstellungsflächen nicht bewilligt ist und dass dafür keine Besitzstandsgarantie geltend gemacht werden kann. Es handelt sich damit um eine formell rechtswidrige Nutzung.

5. Wiederherstellung der Ausstellungsflächen

a) Im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens (wie auch des Beschwerdeverfahrens) ist – selbst wenn kein nachträgliches Baugesuch eingereicht wird – mindestens summarisch zu prüfen, ob das Bauvorhaben materiell bewilligungsfähig ist.²²

b) Ziffer 2 der Wiederherstellungsverfügung vom 7. Januar 2014 bezieht sich auf den Bauverbotsstreifen von 5 m parallel zum Fahrbahnrand. Darin dürfen keine die Sicht behindernden Bepflanzungen, Einfriedungen, Ablagerungen und Einrichtungen stehen und er darf auch nicht durch weitere Zufahrten, Parkplätze oder eine andere Vorplatzgestaltung verändert werden.

Die Ausstellungsplätze südlich des Gebäudes Z._____strasse 13a sind von der Z._____strasse deutlich zurückversetzt und liegen weitestgehend ausserhalb des Bauverbotsstreifens. Sie werden – wie auch die Gemeinde in ihrer Stellungnahme vom 7. März 2014 ausführt – von der Wiederherstellungsverfügung nicht erfasst. Diese Plätze sind damit nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Im Übrigen legt auch der OIK II im Fachbericht vom 10. Juli 2014 dar, dass die Sichtweiten am Knoten Z._____strasse-B._____weg nicht beeinträchtigt sind, wenn südlich des Gebäudes Z._____strasse 13a vier Ausstellungsplätze genutzt werden.

c) Von der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung erfasst sind hingegen die Ausstellungsplätze zwischen dem Gebäude Z._____strasse 13a und der Z._____strasse. Diese befinden sich im Bauverbotsstreifen und sind aus Gründen der Verkehrssicherheit problematisch. Das Rechtsamt der BVE holte daher beim OIK II den Fachbericht vom 10. Juli 2014 ein. Im Fachbericht erklärt der OIK II, im Baubewilligungsverfahren sei in den Plänen nicht ersichtlich gewesen, dass zwischen dem

²² Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a

Gebäude Z._____strasse 13a und der Z._____strasse Ausstellungsplätze entstehen sollten und solchen Ausstellungsplätzen im Bauverbotsstreifen hätte auch nicht zugestimmt werden können. Deshalb sei mit Punkt 4.3 des Amtsberichts vom 19. Februar 2010 eine entsprechende Auflage aufgenommen worden. Aus verkehrssicherheitstechnischer Sicht seien Ausstellungsplätze zwischen dem Gebäude Z._____strasse 13a und der Z._____strasse kritisch zu beurteilen. Die Fahrzeuge müssten aufgrund der engen Verhältnisse rückwärts ab der oder auf die Kantonsstrasse fahren. Zudem bestehe entlang der Kantonsstrasse zwischen der Einmündung B._____weg und der Liegenschaft Z._____strasse 15 eine Fussgängerbeziehung. Sowohl südlich (Einmündung B._____weg) wie auch nördlich (Z._____strasse 15) bestehe eine Trottoiranlage. Die Fussgänger Verbindung der beiden Trottoiranlagen südlich und nördlich erfolge über das Grundstück Grundbuchblatt Nr. A._____ und somit auch über den Vorplatz der Liegenschaft Z._____strasse 13a. Den Fussgängern werde durch die Ausstellungsplätze der Durchgang stark erschwert oder nahezu verunmöglicht. Zur Sicherung der Zufussgehenden seien auch die Leitinseln mit den Ketten gefordert worden. In Bezug auf die Verkehrssicherheit seien die Abstellplätze weder als Parkplätze noch als Ausstellungsplätze bewilligungsfähig.

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Stellungnahme zum Fachbericht des OIK II und in ihren Schlussbemerkungen vom 29. August 2014 vor, es bestehe genügend Manövrierfläche, um Fahrzeuge verkehrsgerecht zu wenden. Ein direktes Zurücksetzen von der Strasse auf die Präsentationsplätze sei aufgrund der Betoninseln gar nicht möglich. Das Fussgängeraufkommen sei äusserst gering und es sei nicht ersichtlich, inwiefern ein Passieren bei den Ausstellungsplätzen gefährlicher sei als bei der Ausfahrt der Tankstelle. Zudem könnten die Zufussgehenden auf die verkehrsberuhigte Quartierstrasse B._____weg und die C._____strasse ausweichen.

Die fraglichen Ausstellungsplätze sind nicht bewilligt und sie befinden sich zudem im Strassenabstand. Der OIK II kommt im Fachbericht vom 10. Juli 2014 zum Schluss, dass die Ausstellungsplätze im Strassenabstand nicht bewilligt werden können. Er begründet dies insbesondere damit, dass die Fahrzeuge rückwärts ab der oder auf die Kantonsstrasse fahren müssten, was die Verkehrssicherheit und insbesondere Fussgängerinnen und Fussgänger gefährde. Diese Gefahr wird zwar mit der Ausführung des Grünstreifens wenigstens für das Teilstück unmittelbar hinter dem Grünstreifen entfallen. Der Bauverbotsstreifen dient aber auch der Freihaltung der Sichtweiten. Diese

werden durch Fahrzeuge im Bauverbotsstreifen tangiert, was umso stärker ins Gewicht fällt, desto südlicher Fahrzeuge ausgestellt werden. Insgesamt ist der Einschätzung des OIK II, wonach Ausstellungsplätze zwischen Gebäude Z._____strasse 13a und der Z._____strasse nicht bewilligungsfähig sind, zu folgen. Im Bauverbotsstreifen sind aus Gründen der Verkehrssicherheit keine Ausstellungsplätze bewilligungsfähig.

d) Zu prüfen bleibt, ob die angeordnete Wiederherstellung den allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen von Art. 5 Abs. 2 BV entspricht (siehe oben Erwägung 3c). Mit Ziffer 2 der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung soll das sichtbehindernde Ausstellen von Motorfahrzeugen im Bauverbotsstreifen verhindert werden. Dies dient der Verkehrssicherheit und liegt im öffentlichen Interesse. Es ist zudem geeignet, die Verkehrssicherheit zu gewährleisten und es sind dafür keine mildernden Massnahmen ersichtlich. Wiederherstellungsmassnahmen sind – abgesehen vom Entfernen der im Bauverbotsstreifen ausgestellten Motorfahrzeuge – nicht erforderlich. Zwar können im Ergebnis weniger Motorfahrzeuge ausgestellt werden, was sich auf den Betrieb der Beschwerdeführerin nachteilig auswirkt. Angesichts der betroffenen Verkehrssicherheit sind solche wirtschaftlichen Einschränkungen aber hinzunehmen. Ziffer 2 der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung ist zumutbar. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was zu einem anderen Ergebnis führen würde. Damit ist auch Ziffer 2 der Wiederherstellungsverfügung vom 7. Januar 2014 zu bestätigen.

6. Nachträgliches Baugesuch

a) Die Beschwerdeführerin beantragt, eventualiter sei das mit der Beschwerde eingereichte Baugesuch gutzuheissen. Die BVE ist nicht Baubewilligungsbehörde und damit für die Beurteilung des nachträglichen Baugesuchs nicht zuständig (Art. 33 und 34 BauG). Auf das Baugesuch kann nicht eingetreten werden. Der Eventualantrag ist abzuweisen.

b) Das Rechtsamt erkundigte sich mit Verfügung vom 7. April 2014 bei der Beschwerdeführerin, ob es das nachträgliche Baugesuch an die Gemeinde zur Behandlung weiterleiten oder das Beschwerdeverfahren gegen die Wiederherstellung an die Hand nehmen solle.

Die Beschwerdeführerin verlangt mit Stellungnahme vom 7. Mai 2014 die Durchführung des Beschwerdeverfahrens. Sie macht geltend, sie sei der Auffassung, dass für die Nutzung des Vorplatzes als Ausstellungsfläche kein Baugesuch notwendig sei. Vor Beurteilung des Baugesuchs sei daher durch die BVE zu klären, ob ein Baugesuch überhaupt notwendig sei. Das Baugesuch sei bewusst mit der Beschwerde eingereicht und dadurch rechtshängig geworden, womit Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG entsprochen worden sei.

c) Der Argumentation der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Bei Durchführung des Beschwerdeverfahrens gegen die Wiederherstellungsverfügung ist ein nachträgliches Baugesuch in der gleichen Sache obsolet.²³ Daran ändert auch der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Hinweis auf das Verfahren RA Nr. 120/2011/6 nichts. Hier wurde zwar das subeventualiter eingereichte Baugesuch an die Baubewilligungsbehörde weitergeleitet. Dieses umfasste jedoch nicht denselben Gegenstand, wie der Beschwerdeentscheid.

7. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden auf eine Pauschalgebühr von Fr. 900.00 bestimmt (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²⁴). Sie werden nach Art. 108 Abs. 1 VRPG 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. Im vorliegenden Verfahren unterliegt die Beschwerdeführerin. Es musste jedoch ein Verfahrensmangel (Verletzung des rechtlichen Gehörs) geheilt werden, was einen besonderen Umstand im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG darstellt.²⁵ Der Gemeinde können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Auf die Erhebung eines Drittels der Verfahrenskosten wird daher verzichtet. Der Beschwerdeführerin werden zwei Drittel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 600.00, auferlegt.

²³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 46 N. 15

²⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 7 und N. 9; BVR 2004 S. 133 E. 3.1

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). Infolge der Gehörsverletzung rechtfertigt es sich, die Parteikosten der Beschwerdeführerin zu einem Drittel der Gemeinde aufzuerlegen.

Die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdeführerin beträgt Fr. 4'286.50 (Honorar: Fr. 3'900.00; Auslagen: Fr. 69.00; MwSt: Fr. 317.50). Die Beschwerdeführerin ist mehrwertsteuerpflichtig²⁶ und kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Nach neuer Praxis des Verwaltungsgerichts ist deshalb die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.²⁷ Die Gemeinde hat somit der Beschwerdeführerin von den Parteikosten von Fr. 3'969.00 einen Drittel, ausmachend Fr. 1'323.00, zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Wichtrach vom 7. Januar 2014 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 1'323.00 zu ersetzen.

²⁶ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

²⁷ VGE 2013/137 vom 26. Mai 2014, E. 6

IV. Eröffnung

- X._____, mit Gerichtsurkunde
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Wichtrach, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalter von Bern-Mittelland, zur Kenntnis
- Tiefbauamt des Kantons Bern, OIK II, Schermenweg 11, 3001 Bern, zur Kenntnis,
per Kurier

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer
Regierungspräsidentin