

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2015/51

Bern, 23. September 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Y. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt X. _____

und

A. _____



betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Sigriswil vom 7. Juli 2015
(Baustopp und Rückbau)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Parzelle Sigriswil Grundbuchblatt Nr. Z. _____. Auf diesem Grundstück befinden sich das Y. _____ (Gebäude A. _____ strasse 139) sowie ein Gartenhaus (Gebäude A. _____ strasse 139b). Die Parzelle befindet sich zum grossen Teil und im Bereich der Gebäude in der Erhaltungszone A eines Uferschutzplans gemäss SFG¹ (Abschnitt 3R 19/20 des Uferschutzplanes der Gemeinde Sigriswil); hangseitig liegt sie teilweise im Wald. Zwischen diesen Gebäuden verläuft ein offener Wasserablauf, welcher dem Abführen von Meteorwasser dient. Anlässlich des Unwetters vom 7. Juni 2015 schwoll dieser Wasserablauf an, was zu Schäden am Hauptgebäude Nr. 139 und dessen unmittelbarer

¹ Gesetz vom 6. Juni 1982 über See- und Flusssufer (See- und Flusssufergesetz, SFG; BSG 704.1).

Umgebung durch herabfallende Baumstämme, Steine und Schlamm führte. Eine Pergola mit Terrasse auf der Westseite dieses Gebäudes wurde zerstört bzw. beschädigt.

2. Am 7. Juli 2015 erliess die Gemeinde eine Baueinstellungs- und Wiederherstellungsverfügung. Darin führte sie aus, anlässlich von mehreren Begehungen sei festgestellt worden, dass zumindest einer der Auslöser für das Schadensereignis die in dieser Form nie bewilligte bauliche Situation auf dem Gelände zwischen den Liegenschaften A._____strasse 139 und 139b sei. So sei der "Verbindungsweg" zu einer Art Terrasse ausgebaut und teilweise überdacht worden, die Bachschale sei dabei kleinräumig umgeleitet worden und gleichzeitig sei eine Querung der Bachschale mit neuen Leitungen für die Sauberwasserversorgung geplant und zum Teil schon in Ausführung. Sofortmassnahmen zur Freilegung des Durchflusses (mobile Querungshilfe, die bei Unwetter jeweils demontiert werden müsse), Aufräumarbeiten (der ostseitig der Bachschale, oberhalb des Verbindungsweges vorhandene Schutz sei bis auf weiteres zu belassen) und Sicherheitsmassnahmen (insbesondere Einkoffierung des Verbindungsweges sowie Anbringen von notwendigen Absturzsicherungen) seien bewilligungsfrei möglich. Für die weiteren baulichen Arbeiten (Wiederinstandstellung "Zwischentrakt" mit Integration von weiteren gewünschten Verbesserungs- und Sanierungsmassnahmen) sei nach Absprache mit dem Regierungsstatthalteramt Thun ein nachträgliches Baugesuch, auch in Koordination mit dem Projekt "Bachschale", einzureichen. Bis zu dessen Genehmigung seien keinerlei weitere Bautätigkeiten gestattet. Die Gemeinde verfügte Folgendes:

- "1. Sie werden aufgefordert, alle Arbeiten die über die vor Ort definierten Sofortmassnahmen hinausgehen, umgehend einzustellen, dabei ist die mobile Querungshilfe über die Bachschale vor jedem nahenden Unwetter zwingend zu demontieren.
2. Sie werden aufgefordert, innert 3 Monaten nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung den "Zwischentrakt", in Koordination mit dem Projekt "Bachschale" auf das bewilligte Mass zurückzubauen (Stand bewilligtes Baugesuch 938/093-2003, Gesamtbauentscheid Regierungsstatthalteramt Thun vom 16. März 2006, bbew 13/2004).
3. [Androhung der Ersatzvornahme]
4. Die Wiederherstellung (Ziffer 2) wird aufgeschoben, wenn innert der Rechtsmittelfrist (Ziffer 7) ein nachträgliches Baugesuch mit den entsprechenden Ausnahmegesuchen eingereicht wird (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG).
5. [Strafandrohung]
6. [Kosten]

7. [Rechtsmittelbelehrung]"

3. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 7. August 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung nach Art. 45 BauG der Einwohnergemeinde Sigriswil, Baupolizei- und Planungskommission, vom 7. Juli 2015, sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdeführerin sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. a VRPG das Recht einzuräumen, die durch das Unwetter vom 7. Juni 2015 auf ihrem Grundstück Sigriswil Grundbuchblatt Nr. Z._____ beschädigte Pergola und Terrasse umgehend wieder aufzubauen bzw. Instand zu stellen.

Die Beschwerdeführerin führte dabei aus, für die Pergola mit Terrasse liege zwar keine schriftliche Baubewilligung vor, anlässlich einer Bauabnahme zu Beginn des Jahres 1996 seien diese Bauten jedoch von der Gemeinde ausdrücklich abgenommen und damit informell bewilligt worden. Sie werde dafür trotzdem ein nachträgliches Baugesuch einreichen, um die rein formelle Rechtswidrigkeit des Fehlens einer schriftlichen Baubewilligung zu beseitigen. Der verfügte Baustopp sei umgehend und im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme aufzuheben. Die Pergola und die Terrasse müssten möglichst schnell wieder aufgebaut werden, um einerseits weiteren Schaden zu verhindern (an der Bausubstanz, Festsetzung von Feuchtigkeit, Gesundheit der Bewohner, etc.) und andererseits die Sicherheit der Bewohner (Steinschlagrisiko wegen fehlender Pergola, Sturzgefahr wegen fehlenden Geländern) zu gewährleisten. Das angrenzende Doppelzimmer könne zudem ohne die Pergola und die Terrasse nicht mehr vermietet werden, was zu Mietausfällen führe. Damit liege eine Gefährdung erheblicher privater Interessen vor. Für den Fall, dass das nachträgliche Baugesuch nicht bewilligt werden sollte, werde auch die Wiederherstellungsverfügung angefochten. Diese sei ungenügend begründet, widerspreche dem Vertrauensschutz und sei unverhältnismässig. Die nach Ablauf von 5 Jahren notwendigen zwingenden Interessen seien zudem nicht vorhanden.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Weitere Akten wurden beim

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).

Regierungsstatthalteramt Thun ediert. Mit Vernehmlassung vom 7. September 2015 beantragt die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde sowie des Antrags auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, soweit darauf einzutreten ist. Mit Schreiben vom 9. September 2015 bestätigte die Gemeinde, dass die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 und damit innert verlängerter Frist ein nachträgliches Baugesuch eingereicht hat, auf welches eingetreten werde. Schliesslich nahm die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 21. September 2015 zur Vernehmlassung der Gemeinde Stellung.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

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. Baueinstellung

a) Ist ein Bauvorhaben baubewilligungspflichtig und wird es ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten (Art. 46 Abs. 1 BauG). Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, liegt eine formelle Rechtswidrigkeit vor, die für den Erlass der Baueinstellungsverfügung genügt. Ob das Bauvorhaben auch materiell rechtswidrig ist oder ob es den Bauvorschriften entspricht und somit bewilligt werden kann,

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

ist erst in einem allfälligen späteren Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Stellt die Baupolizeibehörde eine formelle Rechtswidrigkeit fest, so ist sie verpflichtet, die Bautätigkeit zu stoppen. Sie geniesst dabei keinen Beurteilungsspielraum und hat keine Interessenabwägung vorzunehmen.⁴ Da die Baueinstellungsverfügung bloss eine vorsorgliche Massnahme ist, kann sie bereits dann erlassen werden, wenn aufgrund einer summarischen Prüfung die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit als wahrscheinlich erscheint.⁵

b) Die Gemeinde ordnete mit Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2015 die umgehende Einstellung aller Arbeiten an, die über die vor Ort definierten Sofortmassnahmen hinausgehen. In Kombination mit Ziffer 2 der Verfügung sowie den darin enthaltenen Erläuterungen wird klar, dass dieser Baustopp neben dem Wiederaufbau der Terrasse und der Pergola auch weitere Arbeiten umfasst. Der Beschwerdeführer wehrt sich jedoch einzig gegen die vorsorgliche Baueinstellung hinsichtlich der Terrasse und der Pergola. Dies ergibt sich aus Ziffer 2 ihres Rechtsbegehrens und aus den Ausführungen in der Beschwerde (vgl. III. Materielles, 5. Baustopp). Auf die weiteren, von der Baueinstellung erfassten Arbeiten ist daher vorliegend nicht näher einzugehen.

c) Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die bereits vor Jahren erstellte und beim Unwetter vom 7. Juni 2015 zerstörte Terrasse mit Pergola westlich des Hauptgebäudes Nr. 139 baubewilligungspflichtig ist. Weiter hält die Beschwerdeführerin selber ausdrücklich fest, dass für diese Bauten keine schriftliche Baubewilligung vorliege. Aus den eingeholten Baubewilligungsakten der Gemeinde und des Regierungsstatthalteramts Thun bestätigt sich, dass diese Bauten nie Teil einer Baubewilligung waren. Aus diesem Grund reichte die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein, welches sowohl die Terrasse als auch die Pergola umfasst (bezeichnet als Pergola mit Sitzplatz). Der beabsichtigte Wiederaufbau der Terrasse mit Pergola ist damit derzeit nicht bewilligt und formell rechtswidrig. Daran ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerin nichts, wonach diese Bauten anlässlich einer Bauabnahme zu Beginn des Jahres 1996 von Vertretern der damaligen Baukommission ausdrücklich abgenommen und damit informell bewilligt worden seien. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Ein Bauvorhaben kann nicht informell oder mündlich bewilligt werden, sondern bedarf einer schriftlichen

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 6.

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 6a.

Baubewilligung, bestehend aus Begründung, Dispositiv und Rechtsmittelbelehrung (vgl. Art. 36 BewD⁶). Auch aus dem Umstand, dass diese Bauten vor dem Unwetter vom 7. Juni 2015 bereits seit längerer Zeit Bestand hatten, lässt sich nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten; unter die Besitzstandsgarantie fallen nur bewilligte oder bewilligungsfreie und somit formell rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen.⁷ Kommt dazu, dass die Besitzstandsgarantie nicht zum Wiederaufbau zerstörter Bauten berechtigt.⁸ Die Gemeinde hat daher zu Recht die Baueinstellung hinsichtlich dieser Bauten verfügt. Ziffer 1 der Verfügung vom 7. Juli 2015 wird damit – in Abweisung der Beschwerde – bestätigt. Damit erübrigt es sich, über den Antrag auf vorsorgliche Massnahme gemäss Ziffer 2 des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin zu befinden. Schliesslich kann auch auf die beantragten Beweismittel (Zeugenbefragung, Befragung Auskunftsperson, Augenschein) verzichtet werden, waren von diesen Beweismitteln doch keine weiteren, entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten.

3. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, nachträgliches Baugesuch

a) Mit Schreiben vom 9. September 2015 teilte die Gemeinde dem Rechtsamt mit, dass die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 fristgerecht ein nachträgliches Baugesuch eingereicht habe und sie auf dieses Baugesuch eintrete.

b) Nach Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG wird die Wiederherstellungsverfügung "aufgeschoben, wenn der Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht". Nach der Praxis des Rechtsamtes der BVE ist diese Bestimmung so zu verstehen, dass die Wiederherstellungsverfügung von Gesetzes wegen dahinfällt, wenn das Gesuch innert 30 Tagen seit Eröffnung der Wiederherstellungsverfügung eingereicht wird, wobei diese Frist verlängert werden kann.⁹ Diese Praxis wird kritisiert. Werde nämlich auf das Baugesuch nicht eingetreten oder werde dieses zurückgezogen, so erwachse die Wiederherstellungsverfügung mangels

⁶ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2.

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 3b.

⁹ Rolf Zürcher, Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands; nachträgliches Baubewilligungsverfahren, in KPG-Bulletin 6/1990 S. 18 ff. mit Hinweis auf BVR 1990 S. 396; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14.

Anfechtung in Rechtskraft.¹⁰ Trotz dieser Kritik hält das Rechtsamt an seiner Praxis fest. Wird die Wiederherstellungsverfügung nur aufgeschoben und nicht aufgehoben, so werden Wiederherstellungsverfahren und nachträgliches Baubewilligungsverfahren getrennt. Das widerspricht Sinn und Zweck von Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG. Die Bestimmung will erreichen, dass nicht zwei Verfahren nacheinander zum gleichen Gegenstand geführt werden, sondern dass über die Bewilligungsfähigkeit und die Wiederherstellung in einem Verfahren entschieden wird.¹¹ Wird ein nachträgliches Baugesuch eingereicht, so muss die Baubewilligungsbehörde in jedem Fall erneut über die Wiederherstellung entscheiden. Für den Fall der vollständigen oder teilweisen Bewilligung und den Bauabschlag regelt das Baugesetz das ausdrücklich (Art. 46 Abs. 2 Bst. d und e BauG). Das Baugesetz sieht keine Regelung vor für das Nichteintreten und den Rückzug des Baugesuchs. Es ist mit Sinn und Zweck der Norm am ehesten vereinbar, wenn diese Fälle gleich behandelt werden wie der Bauabschlag. Die Baubewilligungsbehörde muss auch in diesen Fällen das Baubewilligungsverfahren mit einer anfechtbaren Verfügung abschliessen. In dieser Verfügung hat sie erneut die Wiederherstellung zu verfügen. So ist gewährleistet, dass über das nachträgliche Baugesuch und die Wiederherstellung im gleichen Verfahren entschieden wird.

c) Da im vorliegenden Fall für die von der Wiederherstellungsverfügung betroffenen Massnahmen innert der von der Gemeinde verlängerten Frist ein nachträgliches Baugesuch eingereicht worden ist, ist die angefochtene Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Sigriswil insoweit dahingefallen und die Beschwerde dagegen gegenstandslos geworden. Das Beschwerdeverfahren RA Nr. 120/2015/51 ist somit diesbezüglich vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben. Die Baubewilligungsbehörde wird zusammen mit dem Entscheid über das nachträgliche Baugesuch gegebenenfalls auch darüber zu entscheiden haben, inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist.

d) Was die Kosten der vorinstanzlichen Verfügung betrifft (Ziffer 6), so wird die Gemeinde die Gelegenheit haben, diese im Zusammenhang mit dem nachträglichen Baubewilligungsverfahren erneut zu verlegen.

4. Kosten

¹⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 16.

¹¹ BVR 1994 S. 241 E. 2a.

Was die verfügte Baueinstellung betrifft, so wird die Beschwerde abgewiesen. Die Beschwerdeführerin gilt damit diesbezüglich als unterliegend. Soweit sich die Beschwerde gegen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wendet, ist die Beschwerde durch das Einreichen des nachträglichen Baugesuchs gegenstandslos geworden. Wer dafür sorgt, dass ein Rechtsmittel gegenstandslos wird, gilt laut Art. 110 Abs. 1 VRPG¹² als unterliegende Partei. Damit hat die Beschwerdeführerin die gesamten Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹³). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit diese die Baueinstellung betrifft. Ziffer 1 der Verfügung der Gemeinde Sigriswil vom 7. Juli 2015 wird bestätigt.
2. Im Übrigen ist das Beschwerdeverfahren RA Nr. 120/2015/51 durch das Einreichen des nachträglichen Baugesuchs gegenstandslos geworden und wird als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

- Herrn Rechtsanwalt X. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Sigriswil, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin