

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2016/55

Bern, 17. Januar 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Wohlen, Departement Bau und Planung,
Hauptstrasse 26, 3033 Wohlen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Wohlen vom 13. Oktober 2016 (Bauprofile)

I. Sachverhalt

1. Am 24. Dezember 2010 hatte der Beschwerdeführer bei der Gemeinde Wohlen bei Bern ein Baugesuch (datiert vom 21. Dezember 2010) eingereicht. Dieses sah vor, das bestehende Haus abzurechen und durch einen Neubau zu ersetzen. Der vorgelagerte Garagentrakt samt Aufbaute mit dem Mehrzweckraum sollte hingegen bestehen bleiben. Die Bauparzelle (Wohlen Gbbl. Nr. C. _____) liegt in der Wohnzone W1 und grenzt unmittelbar an ein Landschaftsschutzgebiet an. Die Gemeinde erteilte dem Bauvorhaben den Bauabschlag mit der Begründung, der Mehrzweckraum über den Garagen müsse an die Bruttogeschossfläche (BGF) angerechnet werden, deshalb liege eine Überschreitung der Gesamt-BGF resp. der Ausnützungsziffer vor. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). In ihrer

Stellungnahme im Verfahren der BVE erklärte die Gemeinde zusätzlich, der strassenseitige Baukörper stelle eine wesentliche Beeinträchtigung des Strassenraumes dar und er wirke bezüglich Volumetrie und Farbgebung ortsfremd. Die BVE hat den Bauabschlag der Gemeinde auf Grund der Überschreitung der Ausnützungsziffer bestätigt und zusätzlich ausgeführt, es sei fraglich, ob das ebenerdige "Untergeschoss" nicht an die Geschosszahl angerechnet werden müsste und das Bauvorhaben den ästhetischen Anforderungen genüge. Das Verwaltungsgericht sowie das Bundesgericht, mit Entscheid vom 29. Oktober 2015, bestätigten den Bauabschlag.

2. Trotz des rechtskräftigen Bauabschlages liess der Beschwerdeführer die aufgestellten Bauprofile auf seinem Grundstück stehen. Nachdem die Gemeinde den Beschwerdeführer mündlich aufgefordert hatte, diese zu entfernen, setzte sie ihm mit Schreiben vom 7. März 2016 eine Frist bis zum 6. April 2016. Auf Grund des Schreibens des Beschwerdeführers vom 15. April 2016, wonach er bald ein neues Baugesuch einreichen werde, verlängerte die Gemeinde die Frist für die Entfernung der Bauprofile bis am 6. Juli 2016. Wegen eines Fristverlängerungsgesuchs erstreckte sie diese Frist schliesslich erneut bis Ende August. Am 31. August 2016 reichte der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer eine Projektänderung zum rechtskräftig entschiedenen Bauprojekt ein. Die Gemeinde wies ihn mit Schreiben vom 6. September darauf hin, dass eine nachträgliche Projektänderung nach einem rechtskräftigen Bauabschlag nicht möglich sei. Sie trat auf die Projektänderung daher nicht ein, gewährte ihm aber eine letzte Fristverlängerung bis zum 30. September 2016 für die Entfernung der Bauprofile. Am 28. September 2016 reichte der Beschwerdeführer nicht ein neues Baugesuch, sondern eine Voranfrage ein. Mit Schreiben vom 30. September 2016 nahm die Gemeinde zu dieser Voranfrage Stellung und teilte dem Beschwerdeführer mit, auf das Thema Bauprofile trete sie nicht weiter ein und leite die angekündigten Schritte ein. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 13. Oktober 2016 forderte sie den Beschwerdeführer auf, die Profile bis zum 14. November 2016 zu entfernen und drohte im Widerhandlungsfall die Ersatzvornahme an. Sie erklärte, falls während der Frist ein bewilligungsfähiges Bauvorhaben eingereicht würde, so werde die Wiederherstellungsverfügung aufgeschoben.

3. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 16. November 2016 Beschwerde bei der BVE ein.

Er stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Die Wiederherstellungsverfügung vom 13. Oktober 2016 der Gemeinde Wohlen sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei die Wiederherstellungsverfügung vom 13. Oktober 2016 mit der Auflage, diese sei vorläufig aufzuschieben und die Frist zur Entfernung der Bauprofile für Abbruch und Neubau eines Einfamilienhauses des Beschwerdeführers sei bis am 30. April 2017 zu erstrecken, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Beschwerdeführer macht insbesondere geltend, es fehle eine gesetzliche Grundlage für die Wiederherstellung. Diese sei zudem unverhältnismässig und die Gemeinde verhalte sich willkürlich.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Stellungnahme der Vorinstanz sowie die Vorakten der Gemeinde ein. Die Gemeinde beantragt die Abweisung der Beschwerde. Zudem zog das Rechtsamt die Akten des Verfahrens RA Nr. 110/2014/38 zum Verfahren bei.

5. Auf die Rechtsschriften und die Akten 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. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2. Gesetzliche Grundlage für die Wiederherstellungsverfügung

a) Der Beschwerdeführer rügt, die Wiederherstellungsverfügung entbehre jeglicher gesetzlicher Grundlage. Die Vorinstanz könne ihren Entscheid insbesondere nicht auf Art. 16 BewD³ stützen, um die Entfernung der Bauprofile zu verlangen. Zudem seien auch Art. 45 ff. BauG nicht einschlägig, da es sich bei den Bauprofilen weder um ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung noch um eine Überschreitung einer Baubewilligung oder um eine Missachtung von Vorschriften im Rahmen eines bewilligten Vorhabens handle.

b) Das BauG gilt für alle planungspflichtigen sowie baubewilligungspflichtigen und baubewilligungsfreien raumwirksamen Tätigkeiten, die nicht durch andere Gesetzgebungen abschliessend geregelt sind (Art. 1 BauG). Gemäss Art. 16 Abs. 1 BewD haben die Gesuchstellenden zugleich mit der Baueingabe die äusseren Umrisse des Bauvorhabens im Gelände abzustecken und durch Profile kenntlich zu machen. Da Bauprofile der Publikation eines Bauvorhabens dienen, unterliegt deren Aufstellung nicht der Baubewilligungspflicht. Allerdings werden Bauprofile im öffentlichen Raum wahrgenommen und wirken damit auch auf den Raum ein. Sie fallen daher in den Wirkungsbereich des BauG.

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

³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

c) Das Ausstecken und Profilieren von Bauvorhaben bezweckt, diese zu veranschaulichen und interessierte Personen auf das Projekt aufmerksam zu machen (Publizitätswirkung). Die Profile sind stehenzulassen, bis über ein Bauvorhaben endgültig entschieden ist (Art. 16 Abs. 2 BewD). Bauprofile zeigen der Bevölkerung dementsprechend an, dass ein Bauvorhaben hängig ist und darüber noch nicht rechtsgültig entschieden ist. Daher dürften Bauprofile nicht aufgestellt werden, wenn kein Bauvorhaben hängig ist, resp. sie sind nach einem rechtskräftigen Entscheid über ein Bauvorhaben zu entfernen. Andernfalls verleiten sie die Bevölkerung zur irrigen Annahme, es sei ein Bauvorhaben hängig. Damit gefährdeten sie die öffentliche Ordnung, da interessierte Personen sich auf die Publizitätswirkung nicht mehr verlassen können.

d) Den Organen der Baupolizei obliegt es, insbesondere Störungen der öffentlichen Ordnung zu beseitigen, die von unvollendeten, mangelhaft unterhaltenen oder sonstwie ordnungswidrigen Bauten und Anlagen ausgehen (Art. 45 Abs. 2 Bst. c BauG). Die zuständige Baupolizeibehörde verfügt die Einstellung der Bauarbeiten, wenn ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt wird oder wenn bei der Ausführung eines bewilligten Bauvorhabens Vorschriften missachtet werden. Die Baupolizeibehörde setzt sodann dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtskräftigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Auch bei baubewilligungsfreien Bauten und Anlagen ordnet die Baupolizeibehörde die erforderlichen Massnahmen an, wenn sie die öffentliche Ordnung stören (Art. 1b Abs. 3 BauG).

e) Unabhängig davon, ob eine raumwirksame Tätigkeit der Baubewilligungspflicht unterliegt oder nicht, verfügt die Baupolizeibehörde einer Gemeinde somit über eine gesetzliche Grundlage, um die erforderlichen Massnahmen anzuordnen, falls eine Störung der öffentlichen Ordnung vorliegt. Wie bereits erläutert, gefährden Bauprofile die öffentliche Ordnung, wenn sie kein hängiges Bauvorhaben veranschaulichen. Da im vorliegenden Fall seit dem Herbst 2015 rechtskräftig über das ursprünglich profilierte Bauvorhaben entschieden ist, war die Baupolizeibehörde demnach verpflichtet, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um diese Situation zu beheben. Die Gemeinde hat daher korrekterweise gestützt auf Art. 46 BauG verlangt, dass der Beschwerdeführer die Bauprofile entfernt resp. die Ersatzvornahme angedroht. Diese Rüge erweist sich als unbegründet.

3. Willkür

a) Der Beschwerdeführer wirft den Behörden und insbesondere der Gemeinde vor, sie verhielten sich äusserst widersprüchlich. Die Gemeinde zeige keine Kooperationsbereitschaft, verlange aber gleichzeitig Anpassungen des ursprünglichen, nicht bewilligten Bauvorhabens für ein neues Einfamilienhaus. Das Verhalten der Gemeinde verunmögliche es dem Beschwerdeführer, die angeblich erforderlichen Anpassungen des Bauvorhabens zu eruieren und umsetzen zu können. Damit verhalte sie sich treuwidrig, ja gar willkürlich.

b) Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV⁴). Willkür liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid im bemängelten Punkt offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.⁵

c) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Entfernung der Bauprofile, welche seit dem rechtskräftigen Bauabschlag im Herbst 2015 weiterhin auf dem Grundstück des Beschwerdeführers stehen. Inwiefern das ursprüngliche Bauvorhaben Anpassungen bedürfte, damit eine Baubewilligung erteilt werden könnte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Auf diese Rüge ist daher grundsätzlich nicht einzutreten. In wieweit die Wiederherstellungsverfügung selber willkürlich sein soll, ist im Übrigen nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargelegt. Schliesslich obliegt es nicht der Gemeinde einem bauwilligen Bauherrn aufzuzeigen, wie ein Bauvorhaben auszugestalten ist. Zudem hat die Gemeinde im Schreiben vom 30. September 2016 auf einige Mängel hingewiesen und auch die BVE hat bereits in ihrem Entscheid vom 18. September 2014 auf problematische Punkte aufmerksam gemacht. Der Gemeinde ist daher weder treuwidriges noch willkürliches Verhalten vorzuwerfen. Soweit auf diesen Rügepunkt überhaupt einzutreten ist, erweist er sich ebenfalls als unbegründet.

4. Wiederherstellung

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁵ BGer 6B_284/2015 vom 25.03.2015, E. 3.1.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, eine Wiederherstellung sei in jedem Fall unverhältnismässig, da er weiterhin bauwillig sei. Auf Grund der fehlenden Kooperationsbereitschaft der Behörden sei die Sach- und Rechtslage trotz dem rechtskräftigen Bauabschlag weiterhin unklar. Wegen den enormen Kosten eines neuen Baubewilligungsverfahrens habe er sich daher für das Einreichen einer Voranfrage entschieden. Er werde aber in absehbarer Zeit ein neues Baugesuch einreichen. Da die Entfernung und das spätere Wiederaufstellen der Bauprofile mit Kosten im (höheren) vierstelligen Bereich verbunden seien, fehle es an einer angemessenen "Zweck-Mittel-Relation".

b) Mit der Wiederherstellungsverfügung wird die Beseitigung des widerrechtlichen Sachverhaltes angeordnet. Nur wenn sich die Wiederherstellung als unverhältnismässig erweist oder Gründe des Vertrauensschutzes entgegenstehen, kann ausnahmsweise darauf verzichtet werden.⁶ Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.⁷ Es bedarf zudem immer eines öffentlichen Interesses für die Anordnung einer Wiederherstellungsmassnahme.

c) Die Entfernung der Bauprofile ist geeignet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Wenn keine Bauprofile mehr stehen, deutet auch nichts mehr auf ein hängiges Bauvorhaben hin. Es ist auch kein milderes Mittel ersichtlich, mit dem dasselbe Ziel erreicht werden könnte. Wie bereits erläutert, besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Entfernung der Bauprofile, da sie die öffentliche Ordnung gefährden, in dem sie das Hängigsein eines Bauvorhabens vortäuschen. Demgegenüber verfügt der Beschwerdegegner nur über ein relativ kleines Interesse an der Beibehaltung der momentanen Situation; er macht zwar geltend, auf Grund des behördlichen Verhaltens sei für ihn unklar, wie ein bewilligungsfähiges Bauvorhaben ausgestaltet sein müsste. Allerdings hat die BVE bereits in ihrem Entscheid vom 18. September 2014 ausgeführt, es sei fraglich, ob das "Untergeschoss" nicht an die Geschosshöhe anzurechnen sei und das Bauvorhaben den ästhetischen Anforderungen genüge. Bei einem neuen Bauprojekt sei

⁶ BGE 136 II 359 E. 6.

⁷ 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.

diesen Aspekten besondere Beachtung zu schenken. Dementsprechend drängt sich eine grundlegende Überarbeitung des Bauvorhabens auf und es ist kaum wahrscheinlich, dass die bestehenden Bauprofile unverändert ein neues Bauvorhaben veranschaulichen könnten. Dem Beschwerdeführer werden daher voraussichtlich unabhängig von der jetzigen Entfernung der Bauprofile bei der Profilierung eines allfälligen neuen Bauvorhabens Kosten entstehen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer bereits mehr als ein Jahr Zeit gehabt hätte, ein neues Baugesuch einzureichen. Die Entfernung der Bauprofile zum jetzigen Zeitpunkt erweist sich daher auch als verhältnismässig.

d) Die von der Gemeinde angesetzte Frist zur Wiederherstellung ist zwischenzeitlich abgelaufen. Die Entfernung der Bauprofile ist nicht mit aufwändigen oder sehr umfangreichen Arbeiten verbunden. Für deren Entfernung erscheint daher eine Frist von einigen Wochen als ausreichend und verhältnismässig. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes hat neu bis am 28. Februar 2017 zu erfolgen.

e) Die Gemeinde hat in Aussicht gestellt, dass die Wiederherstellung aufgeschoben werde, wenn innert der Rechtsmittelfrist ein neues, bewilligungsfähiges Baugesuch eingereicht werde. Diese Ausführung ist insofern zu präzisieren, dass die Wiederherstellung nur insofern aufgeschoben würde, als die Profile auch dem neuen Bauvorhaben entsprechen. Andernfalls wäre die Profilierung anzupassen.

5. Verfahrenskosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV⁸). Parteikosten werden keine gesprochen.

III. Entscheid

⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

- 1 Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die Frist zur Entfernung der Bauprofile gemäss Ziffer 1 der Verfügung der Gemeinde Wohlen bei Bern vom 13. Oktober 2016 wird auf den 28. Februar 2017 angesetzt.
3. Ziffer 3 der Verfügung der Gemeinde Wohlen bei Bern vom 13. Oktober 2016 wird wie folgt präzisiert: Falls der Beschwerdeführer innert der Rechtsmittelfrist ein neues Baugesuch einreicht, wird die Wiederherstellungsverfügung insofern aufgeschoben, als die bestehenden Profile dem neuen Bauvorhaben entsprechen.

Im Übrigen wird die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Wohlen bei Bern vom 13. Oktober 2016 bestätigt.

4. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Wohlen, Departement Bau und Planung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer

Regierungsrätin