

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/84

Bern, 29. März 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Fürsprecher B._____

und

Frau **C.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte



_____ sowie

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Wichtrach vom
10. Dezember 2018 (Axioma Nr. 540; Bauarbeiten an Brunnstube, Baueinstellung)

I. Sachverhalt

1. Mit Baueinstellungsverfügung vom 10. Dezember 2018 forderte die Gemeinde Wichtrach den Beschwerdeführer auf, sämtliche Bauarbeiten an der Brunnstube und den damit im Zusammenhang stehenden Leitungen sofort einzustellen. Gemeint sind unbestrittenermassen Bauarbeiten auf Parzellen Wichtrach D._____ (Niederwichtrach)

Grundbuchblatt Nr. E. _____ und Nr. F. _____.¹ Diese befinden sich in der Wohn- und Arbeitszone WA2.

2. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 21. Dezember 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt deren Aufhebung.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², beteiligte die gemäss Schenkungsvertrag vom 2. Februar 2017 zum Erwerb des Grundeigentums an den Bauparzellen Berechtigte von Amtes wegen am Verfahren. Es holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Wichtrach beantragt mit Stellungnahme vom 23. Januar 2019 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte befürwortet mit Stellungnahme vom 12. März 2019 sinngemäss die Gutheissung der Beschwerde.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

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

¹ Beschwerde, S. 2; Stellungnahme der Gemeinde vom 23. Januar 2019, S. 1; Vorakten / Beilage 3 zur Stellungnahme der Gemeinde vom 23. Januar 2019

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

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

2. Parteistellung

a) Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, die Baueinstellungsverfügung könne nicht gegen ihn gerichtet werden, da er die Baugrundstücke der von Amtes wegen Beteiligten geschenkt habe. Das Geschäft sei beim Grundbuchamt hängig. Die Gemeinde beruft sich darauf, dass die Mutation im Grundbuch noch nicht eingetragen wurde.

b) Gemäss Art. 46 Abs. 1 BauG verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Baueinstellung, wenn ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt wird. Die Baueinstellungsverfügung ist gemäss den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts an den Störer zu richten. Als sogenannte Verhaltensstörer gelten Personen, welche die Baurechtswidrigkeit verursachen, sei es durch eigenes Verhalten oder durch Personen, für deren Verhalten sie verantwortlich sind. Als Zustandsstörer gilt, wer über die Sache, welche den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat. Dies trifft im Baupolizeiverfahren in der Regel auf die Grundeigentümerschaft zu. Baupolizeiliche Anordnungen können sich sowohl gegen Verhaltens- als auch gegen Zustandsstörer richten. Bei Baueinstellungen empfiehlt es sich, die Anordnung zwecks Gewährleistung der Durchsetzbarkeit sowohl an den Verhaltensstörer als auch an die Grundeigentümerschaft zu richten, sofern beide nicht identisch sind. Der Einbezug der Grundeigentümerschaft drängt sich auch deshalb auf, weil sich ein mit der Baueinstellung eingeleitetes, an dieses anschliessendes Wiederherstellungsverfahren primär gegen die Grundeigentümerschaft zu richten hätte.⁴

Eine Baueinstellungsverfügung, die sich nur an einen von zwei oder mehreren Störern richtet, ist aber nicht rechtswidrig oder nichtig.⁵

c) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer auf der Parzelle Nr. E. _____ Grabarbeiten ausführte. Gemäss eigenen Angaben wollte er einen Schacht setzen, um darin einen Verteilstock zu montieren. Die angefochtene Verfügung betraf diese Arbeiten, also eigenes Verhalten des Beschwerdeführers. Es ist nicht zu beanstanden, dass er als Verhaltensstörer ins Recht gefasst wurde. Daran ändert nichts, dass er die Arbeiten im Auftrag der von Amtes wegen Beteiligten ausführte.

⁴ Art. 46 Abs. 2 BauG; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 6c und N. 12

⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 12

Aufgrund des Auftragsverhältnisses ist es jedoch sinnvoll, auch die von Amtes wegen Beteiligte als Partei in das Verfahren einzubeziehen. Auch sie gilt nach dem Gesagten als (indirekt handelnde) Verhaltensstörerin.

Zudem hat der Beschwerdeführer das Eigentum an den betroffenen Parzellen mit Schenkungsvertrag vom 2. Februar 2017 der von Amtes wegen Beteiligten übertragen. Da das Geschäft beim Grundbuchamt noch hängig ist, ist der Beschwerdeführer zur Zeit als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Beim rechtswirksamen Vollzug der Schenkung wird aber der Übergang des Eigentums, d.h. der rechtlichen Verfügungsgewalt, auf das Datum des Tagebucheintrags zurückbezogen.⁶ Auch aus diesem Grund drängt es sich auf, sowohl den Beschwerdeführer als auch die von Amtes wegen Beteiligte als Parteien in das Verfahren einzubeziehen.

3. Befangenheit

a) Der Beschwerdeführer äussert die Befürchtung, ein Mitarbeiter der Gemeinde, welcher ein persönliches Interesse am Verfahrensausgang habe, habe den Erlass der angefochtenen Verfügung entscheidend beeinflusst. Sinngemäss rügt er eine Verletzung der Neutralitäts- bzw. Ausstandspflicht.

b) Gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VRPG⁷ dürfen Personen, die in einer Sache ein persönliches Interesse haben, bei Vorbereitung und Erlass einer diesbezügliche Verfügung oder Entscheidung nicht mitwirken. Vorbehalten bleiben die Vorschriften über die Unvereinbarkeiten und den Ausstand nach dem Gemeindegesetz⁸ (Art. 9 Abs. 3 VRPG). Die Ausstandspflicht für Gemeindebehörden ist in Art. 47 GG geregelt. Danach ist ausstandspflichtig, wer an einem Geschäft unmittelbar persönliche Interessen hat. Das Mitwirkungsverbot erstreckt sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes Einfluss nehmen können.⁹

⁶ Art. 656 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 201) i.V.m. Art. 81 Abs. 1 und Art. 91 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; 211.432.1)

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁸ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11)

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 7

c) Der Beschwerdeführer und die von Amtes wegen Beteiligte haben den Ausdruck eines E-Mails des fraglichen Mitarbeiters der Gemeinde vom 9. Dezember 2018 ins Recht gelegt. Dieses ist an den Beschwerdeführer gerichtet. Der Mitarbeiter erklärt in diesem E-Mail, sofern die im Eigentum seiner Mutter befindlichen Leitungen von den Bauarbeiten des Beschwerdeführers betroffen seien, werde er jegliche Eingriffe per sofort untersagen. Er wäre in diesem Fall gezwungen, ein baupolizeiliches Verfahren einzuleiten.

Die Gemeinde weist in ihrer Stellungnahme vom 23. Januar 2019 den Vorwurf der Befangenheit von sich. Es treffe zu, dass der Mitarbeiter die Gemeinde über die Bauarbeiten des Beschwerdeführers informiert habe. Dieser sei aber an den Abklärungen und am Erlass der streitigen Verfügung nicht beteiligt gewesen.

d) Das fragliche E-Mail des Mitarbeiters erweckt den Anschein einer Vermischung von persönlichen Interessen und staatlichen Funktionen. Der Mitarbeiter war jedoch für die Durchführung des Baupolizeiverfahrens und den Erlass der streitigen Verfügung nicht zuständig. Letztere wurde kompetenzgemäss¹⁰ von der Kommission für Raumplanung und Bauten der Gemeinde Wichtrach erlassen. Die Gemeindeordnung sieht nicht vor, dass der Mitarbeiter in dieser ein Teilnahme- und Antragsrecht hat. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass der Mitarbeiter am Verfahren um den Erlass der angefochtenen Verfügung behördlich mitgewirkt hat. Die Erstattung einer baupolizeilichen Anzeige in privater Funktion stellt keine Mitwirkung im Sinne der Ausstandsregeln dar. Ebenso wenig bestehen Hinweise dafür, dass Kommissionsmitglieder beim Entscheid betreffend Erlass der Baueinstellungsverfügung befangen gewesen wären. Demnach wurden keine Ausstandsregeln verletzt.

4. Baueinstellung

a) Die Gemeinden üben im Rahmen ihrer baupolizeilichen Zuständigkeit die Aufsicht über die Einhaltung der Bauvorschriften aus.¹¹ Sie sind verpflichtet, im Rahmen dieser Zuständigkeit alle Massnahmen zu treffen, die zur Durchsetzung der Bauvorschriften erforderlich sind.¹² Erhält eine Gemeinde Kenntnis von einer Bauausführung ohne

¹⁰ Art. 48 und Anhang I Ziff. I GO

¹¹ Art. 45 Abs. 2 Bst. a BauG

¹² BVR 2011 S. 400 E. 4.4.2

Baubewilligung oder vom Verstoß gegen Vorschriften, verfügt sie die Einstellung der Bauarbeiten und leitet ein Wiederherstellungsverfahren ein.¹³ Die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit muss dafür nicht schlüssig nachgewiesen werden. Es genügt, wenn aufgrund einer summarischen Prüfung die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit als wahrscheinlich (glaubhaft) erscheint.¹⁴ Im Falle einer baupolizeilichen Anzeige muss demnach die Gemeinde den Sachverhalt so weit abklären, dass sie summarisch beurteilen kann, ob eine rechtswidrige Bautätigkeit glaubhaft erscheint. Dies gilt für den Regelfall, in dem die Baueinstellungsverfügung eine spezialgesetzlich geregelte vorsorgliche Massnahme im Hinblick auf den Entscheid in der Hauptsache – die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands – darstellt. Im Einzelfall ist denkbar, dass die Baueinstellungsverfügung eine definitive Anordnung darstellt, d.h. dass ihr kein Wiederherstellungsverfahren folgt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Baueinstellung verfügt wird, bevor wesentliche Bauarbeiten überhaupt begonnen worden sind. Diesfalls müsste der Sachverhalt bereits im Rahmen der Baueinstellung umfassend abgeklärt werden.¹⁵

b) In den Erwägungen der angefochtenen Verfügung hält die Gemeinde fest, der Beschwerdeführer habe gemäss den Feststellungen der Gemeinde mit dem Bau einer Brunnstube und den damit verbundenen Leitungen begonnen. Dieses Bauvorhaben sei baubewilligungspflichtig. Da keine Baubewilligung vorliege und auch nicht in einem Baubewilligungsverfahren der vorzeitige Baubeginn gestattet worden sei – vielmehr sei gar kein Baugesuch eingereicht worden – habe die Baupolizeibehörde einzuschreiten und für die Einstellung der Bauarbeiten zu sorgen. Im Verfügungsdispositiv wird die sofortige Einstellung der Bauarbeiten an der Brunnstube und den damit im Zusammenhang stehenden Leitungen verfügt. Es wird auf die sofortige Vollstreckbarkeit dieser Anordnung hingewiesen mit der Ankündigung, die Baupolizeibehörde werde diese notfalls mit Polizeigewalt durchsetzen. Sodann wird auf die Strafbarkeit der Widerhandlung gegen die Verfügung gemäss Art. 50 BauG hingewiesen. Schliesslich werden dem Beschwerdeführer die Kosten der Verfügung auferlegt. Weitere Anordnungen, die auf die Einleitung eines Wiederherstellungsverfahrens schliessen lassen, wie namentlich die Ansetzung einer Frist zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG), werden nicht getroffen.

¹³ Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG

¹⁴ Zaugg/ Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 6b

¹⁵ VGE 22649 vom 28. Dezember 2006, E. 2.2

Es fragt sich daher, ob es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine definitive Baueinstellung handelt, zumal der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Verfügung erst Grabungen vorgenommen hatte (vgl. nachfolgend c). Diese Frage kann letztlich offen bleiben. Wie zu zeigen sein wird, sind auch die Voraussetzungen einer vorsorglichen Baueinstellung, d.h. die Glaubhaftigkeit einer rechtswidrigen Bautätigkeit gemäss summarischer Beurteilung, nicht erfüllt.

c) Die Gemeinde wurde aufgrund einer mündlich erstatteten Anzeige aktiv. Diese ist in den eingereichten Vorakten nicht dokumentiert. Die Gemeinde hat vor Erlass der Baueinstellungsverfügung keine aktenkundigen Beweiserhebungen gemacht. Gemäss Stellungnahme der Gemeinde vom 23. Januar 2019 hat sich der Leiter Bau + Infrastruktur zu Abklärungszwecken vor Ort begeben. Der Augenschein war offenbar den Beteiligten nicht angekündigt worden. In einem E-Mail vom 22. Dezember 2018 an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers¹⁶ führte der Leiter Bau + Infrastruktur aus, er sei am Datum der Verfügung (10. Dezember 2018) vor Ort gewesen, habe "ausser einer Baugrube und einem Bagger jedoch niemanden auffinden" können. In den von der Gemeinde eingereichten Vorakten findet sich kein Augenscheinprotokoll. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die Baupolizeibehörde dem Beschwerdeführer vor Erlass der Baueinstellungsverfügung eine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt hätte.

Der Gegenstand des Bauvorhabens blieb damit ungeklärt. Die Gemeinde geht (ohne Begründung) davon aus, das Bauvorhaben umfasse den Bau einer Brunnstube und damit verbundene Leitungen. Bei einer Brunnenstube handelt es sich um einen meist zugänglichen Schacht, in den die Stränge zur Fassung von Quellwasser münden. Dabei ist oberirdisch in der Regel nur der Schachtdeckel bzw. Einstieg sichtbar.¹⁷

Der Beschwerdeführer führt dagegen aus, er habe einen Graben ausheben und darin einen Schacht setzen lassen, um darin einen Verteilstock zu montieren. So solle von der bestehenden, privaten Quellwasserleitung ein zusätzlicher unterirdischer Anschluss für die Gebäude auf Parzelle Nr. E. _____ erstellt werden. Mit einem Verteilstock kann gefasstes Wasser auf mehrere Leitungen verteilt werden, indem es zum Überlauf gebracht und dabei auf mehrere Kammern verteilt wird. Die von Amtes wegen am Verfahren

¹⁶ Vorakten / Beilage 2 zur Stellungnahme der Gemeinde vom 23. Januar 2019

¹⁷ Vgl. Wegleitung Grundwasserschutz des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft BUWAL (heute Bundesamt für Umwelt BAFU), Bern 2004, S. 24 und S. 123

Beteiligte erläutert in ihrer Stellungnahme vom 12. März 2019, dass mit dem neu zugeleiteten Wasser zunächst ein Brunnen betrieben und der Garten bewässert werden solle. Später seien weitere Nutzungen (Pool, WC-Spülung, Waschmaschine etc.) denkbar.

d) Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG). Geringfügige Bauvorhaben bedürfen keiner Baubewilligung (Art. 1b Abs. 1 BauG). Welche Bauvorhaben als geringfügig gelten, wird u.a. in Art. 6 BewD¹⁸ konkretisiert. Dazu gehören insbesondere kleine Nebenanlagen¹⁹ und unterirdische Leitungen für Hausanschlüsse²⁰. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass das Bauvorhaben des Beschwerdeführers und der von Amtes wegen Beteiligten die Dimensionen eines baubewilligungsfreien Vorhabens überschreitet. Der bekannte Sachverhalt lässt dies aber nicht als glaubhaft erscheinen. Festgestellt wurde allein, dass eine Baugrube ausgehoben wurde. Es wurden keine aktenkundigen Erhebungen über die Grösse der Baugrube gemacht. Da die Gemeinde von der Erstellung einer Brunnenstube ausgeht, ist anzunehmen, dass die Grabung von bescheidenem Ausmass ist. Eine solche Baugrube kann bewilligungsfreien oder bewilligungspflichtigen Bauvorhaben dienen. Das Setzen eines Schachts, die Anlage einer Brunnenstube oder eines Verteilstocks und das Legen einer Hauszuleitung kann unter den Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 Bst. b und Bst. q bzw. Art. 6 Abs. 2 BewD baubewilligungsfrei sein. Konkrete Anzeichen dafür, dass im vorliegenden Fall die Dimensionen eines bewilligungsfreien Vorhabens überschritten werden, bestehen nicht.

Daran ändert nichts, dass das Gebäude auf Parzelle Nr. E._____ bereits über einen Wasseranschluss verfügt. Die Erstellung eines zweiten Anschlusses erscheint nicht zum vornherein als abwegig. Jedenfalls ist daraus auch bei summarischer Beurteilung nicht zu folgern, dass das Vorhaben die Dimensionen einer baubewilligungsfreien Baute oder Anlage übersteigt.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass die spärliche Beweislage bei summarischer Beurteilung nicht glaubhaft erscheinen lässt, dass ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben

¹⁸ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁹ Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD

²⁰ Art. 6 Abs. 1 Bst. q BewD

vorliegt. Unter diesen Umständen darf aus der fehlenden Baubewilligung nicht auf die (formelle) Rechtswidrigkeit der Bauausführung geschlossen werden. Die Voraussetzungen einer Baueinstellungsverfügung sind damit nicht erfüllt. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben.

f) Die Gemeinde ist im Rahmen ihrer baupolizeilichen Zuständigkeit zur weiteren Beaufsichtigung der Bautätigkeit befugt und verpflichtet. Sollten sich dabei neue Erkenntnisse ergeben, wäre gegebenenfalls ein baupolizeiliches Einschreiten zu prüfen. Dabei müssten die massgebenden Verfahrensgrundsätze beachtet werden, namentlich der Untersuchungsgrundsatz,²¹ die Aktenführungspflicht²² und die Parteirechte der Adressaten und des Anzeigers, namentlich der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs.²³ Im Falle des Erlasses einer baupolizeilichen Verfügung wäre ferner zu beachten, dass sich zum Zweck der Rechtssicherheit und Durchsetzbarkeit die Nennung des betroffenen Grundstücks aufdrängt,²⁴ was bei der vorliegend angefochtenen Verfügung übersehen wurde.

5. Ergebnis und Kosten

a) Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Gemeinde. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁵), werden daher vom Kanton getragen (Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG).

b) Die Gemeinde hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht Parteikosten im Umfang von Fr. 1'292.– geltend. Dies gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Gemeinde hat somit dem Beschwerdeführer die Parteikosten von Fr. 1'292.– zu ersetzen.

²¹ Art. 18 VRPG

²² Art. 23 Abs. 1 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 23 N. 10

²³ Art. 21 ff. VRPG; Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG

²⁴ Vgl. Art. 52 VRPG

²⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten sind keine Parteikosten entstanden.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Wichtrach vom 10. Dezember 2018 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Gemeinde Wichtrach hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten im Betrag von Fr. 1'292.– zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B._____, eingeschrieben
- Frau C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Wichtrach, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident