



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2021/90

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 29. März 2022

Das Verwaltungsgericht ist auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde nicht eingetreten (VGE 2022/124 vom 03.05.2022).

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

und

Herrn **E.** _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 1

Frau **F.** _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt G. _____

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Burgistein, RegioBV Westamt, Vorgasse 1, 3665 Wattenwil

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Burgistein vom 4. November 2021 (Baupolizei-Nr. 8004/2020; Liegenschaftsentwässerung)

I. Sachverhalt

1. Am 28. Februar 2014 ging bei der Gemeinde Burgistein ein Baugesuch ein für den Neubau eines Einfamilienhauses mit seitlich angebauter Garage auf der Parzelle Burgistein Grundbuchblatt Nr. I. _____.¹ Die Parzelle liegt in der Wohnzone W1b. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten traten in diesem Baugesuch als Bauherrschaft auf, als Projektverfasser

¹ Vorakten pag. 24.

und Verantwortlicher für die Selbstdeklaration unterzeichnete Herr A._____ als Sachbearbeiter der Beschwerdeführerin (Geschäftssitz Thun/Oberland) das Baugesuch. Grundeigentümer war damals noch der spätere Verkäufer B._____, weshalb er im Baugesuch in dieser Funktion aufgeführt war. Mit Entscheid vom 29. April 2014 erteilte die Gemeinde Burgistein diesem Bauvorhaben die Baubewilligung², wobei die Gewässerschutzbewilligung der Tiefbaukommission Burgistein vom 12. April 2014³ als integrierender Bestandteil dieser Bewilligung galt (Ziff. 7.1 der Bewilligung). Die Baubewilligung vom 29. April 2014 sowie eine danach erteilte Projektänderungsbewilligung vom 22. Juli 2014 (Anheben des Gebäudes um einen Meter) erwuchsen unangefochten in Rechtskraft.

Am 15. Mai 2014 wurde zwischen dem damaligen Grundeigentümer als Verkäufer, der Beschwerdeführerin als Totalunternehmerin und den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten als Käufer/Besteller ein Kauf- und Werkvertrag über das schlüsselfertige Einfamilienhaus Burgistein Grundbuchblatt Nr. I._____ abgeschlossen.⁴ In der Folge wurde das Einfamilienhaus von der Beschwerdeführerin in ihrer Funktion als Totalunternehmerin im Auftrag der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten gestützt auf den Werkvertrag realisiert. Das vor Baubeginn einzureichende Formular «Selbstdeklaration Baukontrolle 1» vom 20. August 2014⁵ ging am 22. August 2014 bei der Baubewilligungsbehörde ein, das nach Abschluss der Bauarbeiten einzureichende Formular «Selbstdeklaration Baukontrolle 2»⁶ wurde vom Vertreter der Beschwerdeführerin am 12. Juni 2015 unterzeichnet und ging gleichentags bei der Baubewilligungsbehörde ein.

2. Im Verlauf des Jahres 2017 stellten die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten verschiedene Mängel an den Abwasseranlagen fest. In der Folge fanden verschiedene Begehungen unter Teilnahme sämtlicher Verfahrensbeteiligter und Abklärungen statt. Nachdem die Gemeinde feststellte, dass die Ausführung der Liegenschaftsentwässerung nicht den baubewilligten Planunterlagen und nicht den Auflagen der Baubewilligung entsprechen, gewährte sie den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten mit Schreiben vom 21. Januar 2020⁷ das rechtliche Gehör unter Androhung einer Wiederherstellungsverfügung und gab ihr gleichzeitig Gelegenheit zur Einreichung eines Ausführungsprojekts zur Liegenschaftsentwässerung, welches der Norm SN 592 000 entspricht.

Am 26. Februar 2020 reichte die Gemeinde bei der Staatsanwaltschaft Berner Oberland eine Strafanzeige gegen A._____ als verantwortlichen Sachbearbeiter der Beschwerdeführerin wegen Missachtung von Bauvorschriften und falschem Ausfüllen der Selbstdeklaration Baukontrolle 2 ein.⁸ Ein Strafbefehl der Staatsanwaltschaft in dieser Angelegenheit erging am 20. August 2020.⁹

Mit Schreiben vom 15. Mai 2020¹⁰ nahmen die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten Stellung und reichten dabei u.a. ein Sanierungsvorschlag für die Liegenschaftsentwässerung der Firma H._____ AG vom 21. Februar 2020 (im Folgenden: Sanierungsvorschlag H._____) ein. Dabei führten die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten u.a. aus, dass die Beschwerdeführerin zu diesem Sanierungsvorschlag Stellung genommen habe und diesem einen

² Vorakten pag. 73.

³ Vorakten pag. 75.

⁴ Beilage 2 Beschwerdeantwort der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten vom 17. Januar 2022.

⁵ Vorakten pag. 57.

⁶ Vorakten pag. 201.

⁷ Vorakten pag. 155.

⁸ Vorakten pag. 140.

⁹ Vorakten pag. 130.

¹⁰ Vorakten pag. 133.

eigenen Sanierungsvorschlag gegenübergestellt habe. In prozessualer Hinsicht beantragten die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten in diesem Schreiben, die Beschwerdeführerin sei als Beigeladene im Verfahren aufzunehmen. Die Beschwerdeführerin erhielt mit Verfügung vom 3. November 2020 Gelegenheit, sich zu diesem prozessualen Antrag zu äussern. Mit Schreiben vom 27. November 2020¹¹ teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie mit der Beiladung einverstanden sei. Mit Zwischenverfügung vom 9. Dezember 2020¹² wurde die Beschwerdeführerin formell als Beigeladene des Verfahrens konstituiert. Gleichzeitig erhielt sie Gelegenheit, sich zu den in Aussicht gestellten Wiederherstellungsmassnahmen der Gemeinde zu äussern. Die entsprechende Eingabe der Beschwerdeführerin vom 26. Februar 2021¹³ ging am 1. März 2021 bei der Gemeinde ein. Sie hielt u.a. fest, dass die Liegenschaftsentwässerung beim Streitobjekt unbestrittenermassen nicht der Baubewilligung resp. den Bedingungen der Gewässerschutzbewilligung von 2014 entspreche und deshalb Massnahmen ergriffen werden müssten. Über Art und Umfang der Massnahmen herrsche jedoch Uneinigkeit. Sie schlug im Rahmen ihres Antrags ein konkretes Vorgehen mit Vorlegen eines verhältnismässigen und fachmännischen Sanierungskonzeptes nach nochmaligen Abklärungen, mit einer Prüfung dieses Konzepts durch die Bewilligungsbehörde und mit Einreichen und Bewilligen eines nachträglichen Baugesuchs gestützt auf dieses Sanierungskonzept mit anschliessender Abschreibung des Baupolizeiverfahrens vor. Nach Zustellung der jeweiligen Eingaben nahmen die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten mit Schreiben vom 25. Juni 2021 und die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 9. Juli 2021 abschliessend Stellung.

3. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 4. November 2021, adressiert sowohl an die Beschwerdeführerin als auch an die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten, verfügte die Gemeinde Folgendes:

«3.1 Aufgrund des oben aufgeführten Sachverhalts, der durchgeführten koordinierten Prüfung und den gemachten Feststellungen verfügt die Gemeindebaupolizeibehörde Burgistein:

- a) Die Grundeigentümer werden verpflichtet, die Liegenschaftsentwässerung nach den gültigen Gesetzen und Normen, insbesondere SIA 190 und SN 592 000, innert 180 Tagen nach Rechtskraft dieser Verfügung umzusetzen, bzw. zu korrigieren.
- b) 20 Tage vor Baubeginn ist der Gemeindebaupolizeibehörde Burgistein das Ausführungsprojekt im Doppel zur Genehmigung einzureichen.
- c) Der C._____, 3550 Langnau i.E. werden als Verursacherin des vorliegenden Verfahrens sämtliche Verfahrenskosten der Einwohnergemeinde Burgistein zur Bezahlung innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieser Wiederherstellungsverfügung auferlegt.

3.2 Kommen die Grundeigentümer Ziffer 3.1. Bst. a dieser Verfügung innert der gesetzten Frist nicht vollständig nach, wird die Gemeindebaupolizeibehörde zur Ersatzvornahme schreiten, d.h. auf die Kosten der Grundeigentümer die Wiederherstellungsarbeiten selber ausführen oder durch Dritte ausführen lassen (Art. 47 BauG¹⁴).

3.3 Den Verfügungsadressaten wird hiermit, nach Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG, die Möglichkeit gewährt ein nachträgliches Baugesuch für die erstellte Hangsicherung mittels Spritzbetonmauer sowie Änderung der Liegenschaftsentwässerung innert 30 Tagen einzureichen.

3.4 Die Kosten dieser Verfügung betragen CHF 7500.00 (Art. 51 BewD¹⁵ und Art. 33 Gebührenreglement der Einwohnergemeinde Burgistein) und werden gemäss Ziffer 3.1 Bst. c dieser Verfügung der

¹¹ Vorakten pag. 120.

¹² Vorakten pag. 118.

¹³ Vorakten pag. 112.

¹⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

¹⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

C._____, 3550 Langnau i.E. auferlegt. Die Rechnungsstellung erfolgt nach Inkraftsetzung der vorliegenden Verfügung durch die Finanzverwaltung Burgistein.

4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Bussen- und Strafandrohung]
6. [Eröffnung]»

4. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 30. November 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragt die Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung vom 4. November 2021. Eventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹⁶, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Stellungnahme vom 27. Dezember 2021 beantragt die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten wird, und die Bestätigung der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung. Eventualiter sei diese zu bestätigen und mit zusätzlichen Auflagen zu ergänzen. Mit Beschwerdeantwort vom 17. Januar 2022 stellen die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten nach teilweise gewährter Fristerstreckung den Antrag, die Beschwerde vom 30. November 2021 sei abzuweisen, soweit auf diese einzutreten sei.

6. Mit Verfügung vom 15. Februar 2022 erhielten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Einreichung einer allfälligen weiteren Stellungnahme. Diese Gelegenheit nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. März 2022 und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten mit Eingabe vom 9. März 2022 wahr.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung. Als Beigeladene im vorinstanzlichen Verfahren ist sie zudem befugt, selbständig Rechtsmittel einzulegen, auch wenn die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten als Hauptpartei ihrerseits nicht den Rechtsmittelweg beschritten hat. Voraussetzung ist einzig, dass sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, was vorliegend der Fall ist. Das hinreichende schutzwürdige Interesse ist zu bejahen, auch wenn sie von der angefochtenen Verfügung (teilweise) nur indirekt betroffen ist, müsste sie sich doch die angefochtene Verfügung im Fall der Nichtanfechtung entgegenhalten lassen.¹⁷ Damit ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

¹⁶ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

¹⁷ Vgl. Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 14 N. 12 und 4.

2. Rechtliches Gehör, Begründungspflicht und Anhörung

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die angefochtene Verfügung halte den Begründungserfordernissen nicht stand. Die Vorinstanz begnüge sich damit, die anwendbaren Normen und den Inhalt der Bewilligungen anzuführen, um dann festzuhalten, die Entwässerung im konkreten Fall entspreche nicht den Gesetzen, Vorschriften und Normen und müsse entsprechend korrigiert werden. Es fehle jegliche Begründung, welchen Vorgaben die Entwässerung nicht entspreche. Auch fehle eine Begründung dazu, wie die Liegenschaftsentwässerung korrigiert werden solle und ob diese Anordnung verhältnismässig sei. Schliesslich werde nicht begründet, welche Aufwände die auferlegte Gebühr rechtfertigen sollten. Die Vorinstanz habe sodann das Recht auf Anhörung in Zusammenhang mit der Anordnung gemäss Ziffer 3.3 der Verfügung verletzt, wo die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs für die Hangsicherung mittels Spritzbetonmauer gewährt wurde. Die allfällige formelle Rechtswidrigkeit dieser Mauer sei nie Gegenstand des Verfahrens gewesen und die Parteien hätten sich nie dazu äussern können.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG¹⁸ gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.¹⁹

c) Vorliegend war bereits im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten, dass die Liegenschaftsentwässerung nicht mit der Baubewilligung vom 29. April 2014 bzw. der darin als integrierender Bestandteil enthaltenen Gewässerschutzbewilligung der Tiefbaukommission Burgistein vom 12. April 2014 in Einklang steht, den rechtlichen und technischen Vorgaben widerspricht²⁰ und damit formell und materiell rechtswidrig ist. Aus diesem Grund reichte es im Rahmen der Begründung aus, dass die Vorinstanz auf die massgebenden Grundlagen verwies (Ziff. 2.1 und 2.2 der angefochtenen Verfügung) und im Anschluss feststellte, dass die ausgeführte Liegenschaftsentwässerung nicht diesen Vorgaben entspricht (Ziff. 2.3 der angefochtenen Verfügung). Auf eine nähere Begründung der Rechtswidrigkeit konnte sie verzichten, da diese unbestritten war. Ob die angeordnete Wiederherstellungsmassnahme konkret genug war, ist sodann eine materielle Frage (vgl. E. 3). Die von der Gemeinde gewählte Anordnung ist – unabhängig von der Frage, ob sie den gesetzlichen Vorgaben entspricht oder nicht – inhaltlich klar und bedurfte keiner weitergehenden Begründung. Auch diesbezüglich liegt kein Verstoß der Begründungspflicht vor.

Allerdings vermag die Verfügung – den Einwänden der Beschwerdeführerin folgend – der Begründungspflicht insofern nicht zu genügen, als die Gemeinde darin kein Wort über die Verhältnismässigkeit der angeordneten Wiederherstellungsmassnahme verliert und für die Höhe

¹⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹⁹ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7.

²⁰ Vgl. etwa Schreiben der Beschwerdeführerin vom 28. Februar 2021, Vorakten pag. 112.

der eingeforderten Verfahrenskosten nur die rechtlichen Grundlagen erwähnt, die Höhe dieser Gebühr jedoch nicht näher begründet. Es scheint nicht ausgeschlossen, dass diese Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt werden könnte. Letztlich kann dies jedoch offen bleiben bzw. einen allfälligen Heilung unterbleiben, da die angefochtene Verfügung ohnehin aufzuheben ist und die Sache zurück an die Vorinstanz geschickt werden muss (vgl. E. 3). Bei nochmaliger Wiederherstellungsanordnung und im Falle der neuerlichen Kostenverlegung wird die Gemeinde diese mangelhafte Begründung zu beheben haben.

d) Was die in Ziffer 3.3 der angefochtenen Verfügung gewährte Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs für die erstellte Hangsicherung mittels Spritzbetonmauer betrifft, so liegt dagegen keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Für blosser Einräumung der Möglichkeit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, mussten die Verfahrensbeteiligten vorher nicht angehört werden, zumal die formelle Rechtswidrigkeit dieser Hangsicherung den Verfahrensbeteiligten nicht neu war, sondern auch bereits im vorinstanzlichen Verfahren angesprochen wurde, so etwa von der Beschwerdeführerin in der Eingabe vom 26. Februar 2021²¹.

3. Wiederherstellungsverfügung

a) Die Beschwerdeführerin rügt, der Formulierung gemäss Ziffer 3.1.a der angefochtenen Verfügung fehle es an der Bestimmtheit, da daraus nicht klar werde, welcher Teil der Liegenschaftsentwässerung wo und wie genau umgesetzt bzw. korrigiert werden müsse, und sich dies auch nicht aus dem Zusammenhang ableiten lasse. Pauschal eine gesetzes- und normenkonforme Entwässerung zu verlangen, genüge den Anforderungen an die genaue Bezeichnung der Wiederherstellungsmassnahmen nicht. Dies insbesondere hier, wo der Umfang der Sanierung umstritten sei und verschiedene Vorschläge im Raum stünden. Es hätte daher zunächst der relevante Sachverhalt ermittelt werden müssen, bevor die Wiederherstellung angeordnet wird. Die Verfügung könnte bedeuten, dass die Liegenschaftsentwässerung gemäss dem ursprünglich bewilligten Baugesuch mitsamt der Gewässerschutzbewilligung umgesetzt werden müsse. Das sei aber gar nicht mehr umsetzbar und würde zudem in krasser Weise gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen, da dies bedeuten würde, dass die neu zu verlegenden Leitungen für das Abführen des Regenwassers auf dem Niveau des Fundaments des bestehenden Hauses verlegt werden müssten, was nach Fertigstellung des Hauses eine gewaltige Herausforderung darstelle. Auch in finanzieller Hinsicht wäre dies nicht verhältnismässig. Die Verlegung der neuen Leitungen auf lediglich der nötigen Tiefe zur Verhinderung von Frost demgegenüber wäre sowohl sicherheitstechnisch, finanziell als auch für die Interessen der Grundeigentümer massiv schonender und somit verhältnismässig. Solche anderen Möglichkeiten habe die Vorinstanz aber gar nicht untersucht oder untersuchen lassen. Bei der Anordnung gemäss Ziffer 3.1.b handle es sich sodann genau genommen um die Anweisung, ein nachträgliches Baugesuch gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG einzureichen. Dies werde aber auch in Ziffer 3.3 der Wiederherstellungsverfügung verfügt. Ziffer 3.1.b müsse demnach insofern angepasst werden, als das Ausführungsprojekt mittels nachträglichem Baugesuch bewilligt werden müsse. Dabei obliege es der Bauherrschaft, dieses Baugesuch genügend früh einzureichen und es müsse keine Frist gesetzt werden.

Die Gemeinde führt in ihrer Stellungnahme vom 27. Dezember 2021 aus, die Wiederherstellungsmassnahme sei offen formuliert worden, da es nicht Aufgabe der Baupolizeibehörde sei, ein bewilligungsfähiges Projekt auszuarbeiten. Es müsse ein Projekt vorgelegt werden, welches den Gesetzen und Normen entspreche. Die Prüfung erfolge dann jeweils im ordentlichen Verfahren. Bei Ziffer 3.1.b handle es sich nicht um die Möglichkeit zur

²¹ Vorakten pag. 112, Stellungnahme vom 26. Februar 2021, Seite 2 oben.

Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs. Es handle sich um die Ausführungsgenehmigung der Kanalisationsarbeiten resp. Entwässerungsanlagen.

Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten argumentieren, aus den Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ergebe sich klar, dass das Ziel der gesetzes- und normenkonformen Liegenschaftsentwässerung mit dem Sanierungsvorschlag H._____ mit ergänzenden Ausführungen vom 21. April 2020 erreicht werden könne. Im Gegensatz schliesse dies eine Umsetzung nach dem Sanierungskonzept der Beschwerdeführerin vom 30. März 2020, ergänzt mit der Stellungnahme des Ingenieurs vom 6. April 2020 klar aus, da sich der von der Baupolizeibehörde als normenkonform bezeichnete Sanierungsvorschlag H._____ vom Sanierungsvorschlag der Beschwerdeführerin deutlich unterscheide und gestützt auf die Ausführungen der H._____ AG klar sei, dass sich mit dem Konzept der Beschwerdeführerin keine konforme Liegenschaftsentwässerung realisieren lasse. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin verlange die Vorinstanz klarerweise nicht eine Umsetzung des seinerzeit bewilligten Liegenschaftsentwässerungskonzepts. Die diesbezüglichen Ausführungen im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit seien daher unbeachtlich. Im Übrigen lasse sich mit Blick auf den Sanierungsvorschlag H._____ zweifelsfrei feststellen, dass auch bei dieser Variante weitestgehend auf eine komplette Abgrabung auf das Niveau des Gebädefundaments verzichtet werde. Selbstverständlich würden sie sich der Umsetzung eines alternativen Sanierungskonzepts nicht widersetzen, solange dies normenkonform sei, den gesetzlichen Anforderungen entspreche und einen reibungslosen Unterhalt der Abwasserleitungen sicherstelle. Bei der Anordnung von Ziffer 3.1.b verkenne die Beschwerdeführerin, dass es sich gerade nicht um ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren handle, sondern um die Umsetzung der dieses Baubewilligungsverfahren ersetzenden Wiederherstellungsmassnahme. Mit dieser Anordnung solle im Sinne der Prozessökonomie und der Verhältnismässigkeit sichergestellt werden, dass die Verfügungsadressaten die Wiederherstellungsmassnahme effektiv analog den Anforderungen der Baupolizeibehörde gemäss Wiederherstellungsverfügung geplant und entsprechende Ausführungspläne erstellt haben. Gerade mit Blick darauf, dass die Baupolizeibehörde vorliegend eine normenkonforme Liegenschaftsentwässerung einfordere, den Verfügungsadressaten jedoch grundsätzlich die Möglichkeit einräume, ein entsprechendes Sanierungskonzept durch ein geeignetes Fachunternehmen selber ausarbeiten zu lassen, sei die abschliessende Prüfung dieses Konzepts durch die Baupolizeibehörde rechtzeitig vor Baubeginn unumgänglich.

b) Die zu treffenden Massnahmen einer Wiederherstellungsanordnung sind genau zu bezeichnen. Es genügt in der Regel nicht, einfach die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands zu verlangen, da darüber, was das genau ist, die Meinungen auseinandergehen können. Allenfalls muss dann bei der Durchsetzung ermittelt werden, was Sinn der Verfügung und der gesetzlichen Regelung ist und wie erstere vom Adressaten verstanden werden durfte oder musste.²²

Die in Ziffer 3.1.a der angefochtenen Verfügung angeordnete Wiederherstellungsmassnahme verpflichtet die Grundeigentümerschaft zur Realisierung einer den gültigen Gesetzen und Normen entsprechenden Liegenschaftsentwässerung, ohne dabei auszuführen, wie dieser rechtmässige Zustand zu erreichen ist. Diese blosser Anordnung, eine rechtmässige Liegenschaftsentwässerung zu realisieren, reicht nach dem Gesagten im Rahmen einer Wiederherstellungsanordnung nicht aus. Dies zeigt sich vorliegend exemplarisch, gehen doch die Meinungen der Verfahrensbeteiligten über die vorzunehmenden Massnahmen für das Erreichen dieses rechtmässigen Zustands auseinander. Es fehlt der Wiederherstellungsanordnung daher an der nötigen Bestimmtheit. Entgegen der Ansicht der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten lässt sich diese Bestimmtheit auch nicht aus der Kombination der Anordnung und der Begründung der

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 10.

angefochtenen Verfügung ableiten. So wird in der Begründung zwar festgehalten (Ziff. 2.5), dass der Sanierungsvorschlag H._____ grundsätzlich den geltenden Gesetzen, Vorschriften und Normen entspreche. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach dieser Sanierungsvariante zu erfolgen hat, ansonsten die Gemeinde in der Verfügungsanordnung konkret eine Wiederherstellung entsprechend dieser Sanierungsvariante verlangt hätte. Vielmehr scheint dies aus Sicht der Gemeinde höchstens eine von mehreren Möglichkeiten zur Erreichung einer rechtmässigen Liegenschaftsentwässerung zu sein, welche aber alle (und damit auch der Sanierungsvorschlag H._____) noch detaillierungsbedürftig sind (ansonsten Ziffer 3.1.b keinen Sinn machen würde). Dass die Gemeinde bewusst eine offene Formulierung wählte und sich damit bei ihrer Wiederherstellungsanordnung nicht auf den Sanierungsvorschlag H._____ bezog, verdeutlicht die Gemeinde mit ihren Ausführungen zu Ziffer 3.1.a. in der Stellungnahme vom 27. Dezember 2021. Darin führt sie aus, dass die Wiederherstellungsmassnahme offen formuliert worden sei, da es nicht Sache der Baupolizeibehörde sei, ein bewilligungsfähiges Projekt auszuarbeiten.

Es lässt sich damit festhalten, dass die in Ziff. 3.1.a der angefochtenen Verfügung enthaltene Wiederherstellungsanordnung nicht konkret genug und damit mangelhaft ist. Sie hält daher einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

c) Die Verfahrensbeteiligten scheinen sich einig zu sein, dass sich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sinnvollerweise nicht mehr durch Umsetzung der Liegenschaftsentwässerung gemäss der ursprünglichen Baubewilligung mitsamt der Gewässerschutzbewilligung und damit gemäss dem seinerzeit bewilligten Liegenschaftsentwässerungskonzept realisieren lässt. Die Realisierung der gesetzes- und normenkonformen Liegenschaftsentwässerung bedarf daher einer Sanierungslösung, welche noch nicht bewilligt ist und aufgrund der weitreichenden baulichen Massnahmen unzweifelhaft der Baubewilligungspflicht unterliegt. Mit der Anordnung in Ziffer 3.1.b der angefochtenen Verfügung, wonach der Gemeinde das Ausführungsprojekt zur Genehmigung einzureichen sei, bringt die Gemeinde zum Ausdruck, dass ihrer Ansicht nach in dieser Konstellation im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens keine Baubewilligung mehr eingeholt werden muss. Dieselbe Meinung scheinen die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten zu vertreten, indem sie ausführen, dass es sich bei der Anordnung von Ziffer 3.1.b um die Umsetzung der ein Baubewilligungsverfahren ersetzenden Wiederherstellungsmassnahme handle. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ändert das Wiederherstellungsverfahren nichts an der Notwendigkeit einer Baubewilligung für baubewilligungspflichtige Vorhaben. Soweit für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht auf einen ursprünglichen, rechtmässigen Zustand zurückgebaut werden kann, sondern – wie hier – eine neue Sanierungslösung realisiert werden muss, welche baubewilligungspflichtig ist, so kann daher im Rahmen eines Wiederherstellungsverfahrens nicht einfach auf ein Baugesuch und damit ein Baubewilligungsverfahren verzichtet werden und an dessen Stelle nur ein Ausführungsprojekt genehmigt werden. Damit erweist sich auch Ziffer 3.1.b der angefochtenen Verfügung als rechtsfehlerhaft.

d) Überflüssig ist schliesslich Ziffer 3.3 der angefochtenen Verfügung, soweit darin den Verfügungsadressaten Gelegenheit gegeben wird, ein nachträgliches Baugesuch hinsichtlich der Änderung der Liegenschaftsentwässerung einzureichen. Ein nachträgliches Baugesuch kann nur einen bereits realisierten Zustand umfassen, und nicht eine neue und noch nicht umgesetzte Sanierungsvariante, wie sie vorliegend nötig wird. Letztere bedarf vielmehr eines ursprünglichen Baugesuches. Die in dieser Ziffer eingeräumte Gelegenheit zur Einreichung eines nachträgliches Baugesuchs kann daher nur die nun realisierte Liegenschaftsentwässerung beinhalten. Da diese unbestrittenermassen rechtswidrig ist (vgl. E. 2c) und damit bereits feststeht, dass ein

nachträgliches Baugesuch für die realisierte Liegenschaftsentwässerung nicht bewilligt werden kann, macht die Gewährung der Möglichkeit zur Einreichung eines solchen keinen Sinn.

e) Damit steht fest, dass die angefochtene Wiederherstellungsverfügung in mehrfacher Hinsicht mangelhaft ist und den rechtlichen Vorgaben nicht genügt. Sie muss deshalb komplett aufgehoben werden. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, die Rügen der Beschwerdeführerin zu den weiteren Ziffern der angefochtenen Verfügung zu behandeln. Da die Sache zur Weiterbehandlung zurück an die Gemeinde gewiesen wird (vgl. nachfolgend, E. 4), wird die Gemeinde die Verfahrenskosten zu einem späteren Zeitpunkt nochmals neu verfügen können, wobei sie deren Höhe und Kostentragung näher zu begründen haben wird. Auch die Gelegenheit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs für die erstellte Hangsicherung mittels Spritzbetonmauer wird die Gemeinde im wiederaufzunehmenden Verfahren nochmals gewähren können.

4. Rückweisung, Vorgaben zum wiederaufzunehmenden Verfahren

a) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird. Mangelnde Entscheidungreife der Angelegenheit kann einen solchen Grund abgeben.²³

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, erweist sich die Angelegenheit als nicht entscheidreif. Es ist nicht Aufgabe der BVD als Rechtsmittelinstanz, die nachfolgend skizzierten Schritte im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens erstmals im Beschwerdeverfahren vorzunehmen. Die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde vom 4. November 2021 wird daher aufgehoben und die Sache ist gestützt auf Art. 71 Abs. 1 VRPG zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der nachfolgenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

b) Wie bereits ausgeführt (E. 2c) ist es vorliegend unstrittig, dass die realisierte Liegenschaftsentwässerung nicht der erteilten Baubewilligung und der darin enthaltenen Gewässerschutzbewilligung entspricht und gegen die rechtlichen und technischen Vorgaben verstösst. Sie ist damit sowohl formell als auch materiell rechtswidrig. Es steht daher fest, dass die Gemeinde als Baupolizeibehörde grundsätzlich gehalten ist, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen. Da diese Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands einerseits gemäss übereinstimmenden Äusserungen der Verfahrensbeteiligten nicht mehr sinnvollerweise durch Umsetzung der Liegenschaftsentwässerung gemäss der ursprünglichen Baubewilligung erfolgen kann, andererseits die blossе Aufforderung zur Realisierung einer gesetzes- und normenkonformen Liegenschaftsentwässerung als Wiederherstellungsanordnung nicht ausreicht, wird der Gemeinde nach Wiederaufnahme des Verfahrens wie folgt vorzugehen haben:

Da eine Wiederherstellung des rechtmässig bewilligten Zustands gemäss ursprünglicher Baubewilligung nach dem Gesagten ausser Diskussion steht, kann eine entsprechende Aufforderung der Gemeinde unterbleiben. In einem ersten Schritt wird die Gemeinde daher die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten als Grundeigentümer- und Bauherrschaft auffordern müssen, im Rahmen des eingeleiteten Wiederherstellungsverfahrens innert angemessener Frist ein (ursprüngliches, nicht nachträgliches) Baugesuch für eine gesetzes- und normenkonforme Sanierung der Liegenschaftsentwässerung einzureichen. Dabei hat die Gemeinde gleichzeitig die Ersatzvornahme anzudrohen, indem sie darauf hinweist, dass die Gemeinde bei Verstreichen der Frist die nötigen Massnahmen auf Kosten der Grundeigentümerschaft selber oder durch Dritte

²³ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 8.

durchführen lässt. Unterbleibt die Einreichung eines Baugesuchs trotz entsprechender Androhung, so wird die Gemeinde im Rahmen der Ersatzvornahme bereits zu diesem Zeitpunkt selber tätig werden müssen, was neben der Ausarbeitung eines bewilligungsfähigen Sanierungsprojekts auch das Einnehmen der Rolle der Bauherrschaft im Rahmen der Einreichung eines Baugesuchs umfassen würde, alles auf Kosten der Grundeigentümerschaft.

Reichen die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten ein Baugesuch für die Sanierung der Liegenschaftsentwässerung ein, so wird die Gemeinde ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen haben. Wie weit die mittels Baugesuch ersuchte Sanierungsvariante geht, interessiert dabei im öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren nicht. Es steht den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten als Grundeigentümer- und Bauherrschaft mit anderen Worten frei, mit ihrem Baugesuch über das Mindestmass der notwendigen Sanierung hinauszugehen. Ob eine weniger weitgehende Sanierungsvariante für die Behebung der Mängel ausgereicht hätte bzw. ob und in welcher Höhe Regress auf die Beschwerdeführerin genommen werden kann, ist eine privatrechtliche Frage, die im Baubewilligungsverfahren nicht interessiert und entsprechend nicht zu prüfen ist. Im Baubewilligungsverfahren wird durch die Gemeinde einzig zu prüfen sein, ob das Baugesuch den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften und den nach anderen Gesetzen im Baubewilligungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entspricht (vgl. Art. 2 BauG).

Im Falle der Erteilung einer Baubewilligung für die ersuchte Sanierungsvariante wird die Gemeinde im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens dafür zu sorgen haben, dass diese Sanierung auch tatsächlich umgesetzt wird. Es empfiehlt sich daher, bereits in der Baubewilligung selber oder aber in einer unmittelbar nach Rechtskraft dieser Bewilligung erlassenen Verfügung die Umsetzung der Sanierungsvariante entsprechend der Baubewilligung innert angemessener Frist zwecks Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen sowie die Ersatzvornahme durch die Gemeinde oder Dritte bei Verpassen der Frist mittels Umsetzung des bewilligten Projekts auf Kosten der Grundeigentümerschaft anzudrohen. Sollte die ersuchte Sanierungsvariante nicht bewilligt werden können, so ist den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten allenfalls nochmals Gelegenheit zur Einreichung eines bewilligungsfähigen Projekts zu gewähren, unter erneuter Androhung der Ersatzvornahme.

Wurde das bewilligte Sanierungsprojekt plangemäss umgesetzt, so kann das Wiederherstellungsverfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben werden, allenfalls – sofern noch nicht passiert – unter Verlegung der dafür angefallenen Verfahrenskosten.

5. Ergebnis und Kosten

a) Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung ist aufzuheben und die Sache ist zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde zurückzuweisen. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist damit gutzuheissen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten, welche die Abweisung der Beschwerde beantragten, soweit auf diese einzutreten sei. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁴).

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

c) Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten haben zudem der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote der Beschwerdeführerin beläuft sich auf CHF 6038.00 (Honorar CHF 5443.05, Auslagen CHF 163.30, Mehrwertsteuer CHF 431.65). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²⁵ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.00 bis CHF 11 800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG²⁶). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses sind insgesamt als knapp durchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von CHF 4000.00 als angemessen.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist²⁷ und kann somit die von ihren Rechtsvertretern 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. Die in der Kostennote aufgeführte Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.²⁸

Die massgebenden Parteikosten belaufen sich damit auf CHF 4163.30 (Honorar CHF 4000, Auslagen CHF 163.30).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Burgistein vom 4. November 2021 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde Burgistein zurückgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1200.00 werden den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten zur Bezahlung auferlegt. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten haften solidarisch für den gesamten Betrag. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten haben der Beschwerdeführerin Parteikosten im Betrag von CHF 4163.30 zu ersetzen. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- D._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt G._____, eingeschrieben

²⁵ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

²⁶ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

²⁷ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>.

²⁸ BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6.

- Baupolizeibehörde der Gemeinde Burgistein, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.