



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2023/37

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 20. Oktober 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Frau Rechtsanwältin D. _____

und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Brienz, Gemeindeverwaltung, Hauptstrasse 204,
Postfach 256, 3855 Brienz BE

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Brienz vom 26. Mai 2023
(Baueinstellung)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer reichte am 29. März 2022 bei der Gemeinde Brienz ein Baugesuch ein für den Umbau und die Erweiterung eines Schafstalls inkl. Dachsanierung auf der Parzelle Brienz (BE) Grundbuchblatt Nr. F. _____. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone. Der Beschwerdeführer reichte ein Ausnahmegesuch für das Bauen ausserhalb der Bauzone ein, in dem er die Zonenkonformität des Vorhabens geltend machte. Das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) verfügte am 26. August 2022, dass der mit dem Bauvorhaben verbundene Abbruch eines Hochsilos nach Art. 16a RPG¹ zonenkonform und dafür keine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 ff. RPG erforderlich sei. Bezüglich Umbau und Erweiterung des Stalls inkl. Dachsanierung verneinte das AGR die Zonenkonformität im Sinne von Art. 16a RPG und verweigerte eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG. Daraufhin erteilte die Gemeinde Brienz mit Bauentscheid vom 30. November 2022 (Verfahrens-Nr. 573/15/22) eine Teilbaugewilligung für den Abbruch des Hochsilos und den Bauabschlag für den Umbau und die Erweiterung des Stalls inkl. Dachsanierung.

2. Nachdem die Gemeinde Brienz festgestellt hatte, dass der Beschwerdeführer am fraglichen Stall Umbau- und Erweiterungsarbeiten begonnen hatte, verfügte sie am 26. Mai 2023 die sofort wirksame Einstellung der Bauarbeiten. Ein mündlicher Baustopp sei dem Beschwerdeführer

¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

bereits am 25. Mai 2023 vor Ort mitgeteilt worden. Die Gemeinde Brienz reichte zudem gegen den Beschwerdeführer Strafanzeige u.a. wegen Verstössen gemäss Art. 50 Abs. 1 und 2 BauG² ein.

3. Gegen die Baueinstellungsverfügung reichte der Beschwerdeführer am 24. Juni 2023 bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) Beschwerde ein. Er beantragt den Rückzug der Strafanzeige und die Aufhebung der Baueinstellungsverfügung. Gestützt auf eine Ortsbesichtigung und unter Berücksichtigung des angepassten Betriebskonzepts solle eine Neuurteilung vorgenommen werden. Dabei sei ihm gegebenenfalls ein Lösungsweg aufzuzeigen, wie ein zonenkonformer Betrieb an diesem Standort weitergeführt werden könne. Soweit ein nachträgliches Baugesuch nötig sei, sei ihm dafür eine Frist von mindestens drei Monaten anzusetzen.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet³, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde reichte die Vorakten einschliesslich der Akten des Baubewilligungsverfahrens Nr. 573/15722 ein. Sie hält mit Stellungnahme vom 20. Juni 2023 (beim Rechtsamt der BVD eingegangen am 24. Juli 2024) an der angefochtenen Verfügung fest und verzichtet unter Hinweis auf die dortigen Erwägungen auf weitere Ausführungen.

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) 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 Baueinstellungsverfügung vom 26. Mai 2023 stellt eine solche Verfügung dar. Die BVD ist demnach zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten, soweit sie sich gegen die Baueinstellungsverfügung vom 26. Mai 2023 richtet.

b) Der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens muss sich mit dem Anfechtungsobjekt nicht decken. Er kann aber über dieses nicht hinausgehen. Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die Verfügung der Gemeinde vom 26. Mai 2023. Darin wird die Strafanzeige nicht geregelt. Die Strafanzeige kann nicht bei der BVD angefochten werden. Soweit der Beschwerdeführer den Rückzug der Strafanzeige beantragt, ist deshalb auf seine Beschwerde nicht einzutreten.

2. Baueinstellung

a) Der Beschwerdeführer führt zur Begründung seiner Beschwerde an, er habe nicht das Projekt ausgeführt, für das der Bauabschlag erteilt worden war. Die Firsthöhe sei entgegen dem abgewiesenen Projekt nicht angehoben worden. Die Identität des Gebäudes werde gewahrt und es erfolge auch keine Zweckänderung. Zudem habe er sein Betriebskonzept angepasst. Der Betrieb solle künftig gewinn- und ertragsorientiert geführt werden.

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

³ 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)

b) Art. 22 RPG bestimmt, dass Bauten und Anlagen nur mit einer behördlichen Bewilligung errichtet oder geändert werden dürfen. Baubewilligungspflichtig sind gemäss Art. 1a Abs. 1 BauG 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. Auch Zweckänderungen und der Abbruch von Bauten und Anlagen sind baubewilligungspflichtig (Art. 1a Abs. 2 BauG). Kleinvorhaben mit geringem Ausmass fallen nicht unter die Baubewilligungspflicht nach Art. 22 Abs. 1 RPG, wenn sie weder öffentliche noch nachbarliche Interessen berühren. Ob eine Kleinbaute der Bewilligungspflicht untersteht oder nicht, bestimmt sich nach der Art und die Empfindlichkeit der Umgebung, in welcher das Vorhaben realisiert werden soll.⁴ Gebiete ausserhalb der Bauzone sind für Bauvorhaben jeder Art und Grösse besonders empfindlich. Die bundesgerichtliche Praxis ist hier wegen des Gebots der Trennung von Bau- und Nichtbaugelände besonders streng. Deshalb bestimmt Art. 7 Abs. 1 BewD, dass in der Landwirtschaftszone auch geringfügige Bauvorhaben baubewilligungspflichtig sind, wenn sie geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen.

Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um der Baubewilligungspflicht zu unterstehen, ist die Frage, ob mit deren Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.⁵ Das Bundesgericht folgt damit einer wirkungsbezogenen Betrachtungsweise, wonach es in erster Linie auf qualitative und weniger auf quantitative Aspekte ankommt. Die Baubewilligungspflicht hat eine präventive Funktion und soll zur Anwendung kommen, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich das Vorhaben auf die Nutzungsordnung auswirkt.⁶ Dies ist bei Sachverhalten der Fall, bei denen typischerweise oder regelmässig Vorschriften tangiert werden. Bei solchen Vorhaben muss ein Baugesuch eingereicht werden. Ob das Bauvorhaben diese Vorschriften einhält oder nicht, spielt dabei noch keine Rolle. Die materielle Zulässigkeit ist erst im Baubewilligungsverfahren zu prüfen.⁷

c) Der Beschwerdeführer hat zwar das Projekt nicht so ausgeführt, wie er es ursprünglich plante. Die Firsthöhe wurde entgegen dem abgewiesenen Projekt nicht angehoben und das Gebäudevolumen damit nicht in dem Ausmass erweitert, wie es im Ursprungsprojekt vorgesehen war. Der Beschwerdeführer wollte damit wohl den Beanstandungen des AGR gegenüber dem Ursprungsprojekt Rechnung tragen. Dass das Projekt im Hinblick auf die Einhaltung der Vorschriften verbessert worden ist, befreit allerdings nach dem Gesagten nicht von der Pflicht, vorgängig zur Bauausführung eine behördliche Bewilligung einzuholen. Nebst der – offenbar geringfügigeren, aber immer noch vorhandenen – Erweiterung des Gebäudevolumens fällt auch ins Gewicht, dass das Vorhaben weiterhin eine Änderung des Dachmaterials (Profilblech statt Dachziegel) umfasst. Die Veränderung des Dachmaterials beeinflusst das äussere Erscheinungsbild, was in der Landwirtschaftszone nur innerhalb enger Grenzen zulässig ist (vgl. Art. 24c Abs. 4 RPG). Auch mit dem angepassten Vorhaben werden demnach Vorschriften tangiert, d.h. es wirkt sich auf die Nutzungsordnung aus. Nachdem sich das Vorgängerprojekt als problematisch erwiesen hat, drängt sich eine präventive behördliche Kontrolle auf, um sicherzustellen, dass die Vorschriften der Nutzungsordnung mit den vorgenommenen Anpassungen nun eingehalten sind.

Demnach ist davon auszugehen, dass die ausgeführten Arbeiten baubewilligungspflichtig sind.

⁴ BGE 139 II 134 E. 5.2

⁵ BGE 139 II 134 E. 5.2

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 1a N. 14

⁷ BVR 2015 S. 541 E. 3.3 mit Hinweisen; VGE 2019/204 vom 17. April 2020 E. 6.2

d) Mit der Ausführung von Bauvorhaben, die eine Baubewilligung benötigen, darf erst begonnen werden, wenn sie rechtskräftig bewilligt sind oder der Baubeginn vorzeitig gestattet worden ist (Art. 1a Abs. 3 BauG, Art. 2 Abs. 1 BewD⁸). Solange dies nicht der Fall ist, gilt die Bauausführung als formell rechtswidrig.

Die zuständige Baupolizeibehörde muss gegen eine formell widerrechtliche Bauausführung einschreiten. Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, so verfügt sie die Einstellung der Bauarbeiten (Art. 46 Abs. 1 BauG) und setzt eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Art. 46 Abs. 2 BauG). Ob das Bauvorhaben auch materiell rechtswidrig ist oder ob es den Bauvorschriften entspricht, ist in diesem Stadium nicht von Belang, sondern erst in einem allfälligen späteren Baubewilligungs- oder Wiederherstellungsverfahren zu prüfen. Die materielle Rechtswidrigkeit bildet also keine Voraussetzung für den Erlass einer Baueinstellungsverfügung.⁹

Die Baueinstellungsverfügung stellt in der Regel noch keine definitive, sondern erst eine vorläufige, vorsorgliche Massnahme dar. Daher genügt es, wenn aufgrund einer summarischen Prüfung die formelle Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit als glaubhaft erscheint. Ein schlüssiger Beweis ist erst im nachfolgenden Wiederherstellungsverfahren erforderlich.¹⁰

e) Gemäss den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung stellte die Baupolizeibehörde anlässlich eines Augenscheins vom 25. Mai 2023 fest, dass der Beschwerdeführer Arbeiten zwecks Umbau und Erweiterung des Stalls gegen Westen hin, Sanierung des Dachs (neu Profilblech anstelle von Ziegeln) und Begradigung der östlichen Dachfläche vorgenommen hatte. Der Beschwerdeführer bestreitet dies nicht. Er hat als Beschwerdebeilage einen Plan eingereicht, auf dem die fraglichen Arbeiten dargestellt sind. Damit ist die Bautätigkeit, welche die Baueinstellungsverfügung veranlasst hat, genügend erstellt. Diesbezüglich konnte im Beschwerdeverfahren auf eine Ortsbesichtigung verzichtet werden.

f) Die formelle Rechtswidrigkeit der fraglichen Arbeiten ist genügend glaubhaft. Für das ursprüngliche Projekt wurde, abgesehen vom Abbruch des Hochsilos, rechtskräftig der Bauabschlag erteilt. Für die nunmehr vorgenommenen, gegenüber dem Ursprungsprojekt reduzierten Arbeiten hat der Beschwerdeführer kein förmliches Baugesuch eingereicht. Diese bildeten (noch) nicht Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens und es erging darüber kein Bauentscheid.¹¹ Mündlich mit Behördenvertretern Besprochenes kann eine Baubewilligung nicht ersetzen.¹² Die Arbeiten wurden also ohne rechtskräftige Baubewilligung ausgeführt und gelten damit als formell rechtswidrig.

Die Baupolizeibehörde ist in solchen Fällen verpflichtet, die Bautätigkeit zu stoppen. Sie geniesst dabei keinen Beurteilungsspielraum und hat keine Interessenabwägung vorzunehmen.¹³ Es besteht somit kein Anlass für Beanstandungen; die angefochtene Baueinstellungsverfügung wurde zu Recht erlassen.

⁸ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁹ BVR 2004 S. 424 E. 2

¹⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 6b

¹¹ BVR 2007 S. 58 E. 6.3

¹² Zaugg/Ludwig, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 32-44 N. 1a, Art. 34/34a N. 2

¹³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 6

3. Nachträgliches Baugesuch

a) Der Beschwerdeführer macht vor allem geltend, dass das Vorhaben im angepassten Umfang und mit dem neuen Betriebskonzept vorschriftskonform sei. Ob dies zutrifft, wäre jedoch erst in einem allfälligen nachträglichen Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Im Zusammenhang mit der hier zu beurteilenden Baueinstellungsverfügung ist nicht zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligungsfähig ist. Daher kann auch in dieser Hinsicht auf den beantragten Augenschein verzichtet werden.

b) Die Ausarbeitung des Projekts ist Sache des Bauwilligen. Erachtet die Behörde ein im Baugesuchs- oder Vorabklärungsverfahren unterbreitetes Projekt als nicht bewilligungsfähig, kann sie der Bauherrschaft Hinweise zur Verbesserung der Mängel geben. Die Verantwortung für die Ausgestaltung des Projekts bleibt jedoch in jedem Fall bei der Bauherrschaft.

Der Beschwerdeführer kann daher aus der erteilten Teilbaubewilligung für den Abbruch des Hochsilos keinen Anspruch darauf ableiten, dass ihm die Behörde Möglichkeiten zur anderweitigen Lagerung seines Futtermittels oder sonstige Lösungswege aufzeigt. Als Bauherr ist er selbst dafür verantwortlich, sein Vorhaben im Rahmen der Nutzungsordnung sinnvoll zu planen und der Baubewilligungsbehörde ein vollständig ausgearbeitetes Projekt zu unterbreiten.

c) Bei ohne Bewilligung ausgeführten Arbeiten besteht die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Im Falle der Gutheissung des nachträglichen Baugesuchs werden die ausgeführten Arbeiten legalisiert. Ein nachträgliches Baugesuch ist zwar ausgeschlossen, wenn bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden ist. Der Beschwerdeführer hat jedoch sein Vorhaben gegenüber dem bereits beurteilten Projekt angepasst. Die Projektanpassung betrifft nebst der Reduktion der baulichen Veränderungen auch das Betriebskonzept. Diese Aspekte sind für die Zonenkonformität von Relevanz. Die Ausgangslage ist damit gegenüber dem bereits beurteilten Ursprungsprojekt wesentlich verändert worden. Auf ein allfälliges nachträgliches Baugesuch könnte daher wohl eingetreten werden.

Davon scheint auch die Gemeinde auszugehen (vgl. Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung). Sie hat dem Beschwerdeführer in der angefochtenen Verfügung noch keine Frist für die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs angesetzt. Im Rahmen einer Baueinstellungsverfügung war dies auch noch nicht nötig. Die Baueinstellung wurde als vorläufige Anordnung im Baupolizeiverfahren verfügt. Das Baupolizeiverfahren wurde damit noch nicht abgeschlossen. Es muss noch geprüft werden, ob Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen sind. Über allfällige Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (oder den Verzicht auf solche Massnahmen) ist mit einer Endverfügung zu entscheiden, womit das Baupolizeiverfahren seinen Abschluss findet. Nach Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG ist ein nachträgliches Baugesuch auch noch nach dieser Wiederherstellungsverfügung möglich. Es muss grundsätzlich innert 30 Tagen seit Eröffnung der Wiederherstellungsverfügung eingereicht werden. Die Baupolizeibehörde kann diese Frist aus wichtigen Gründen verlängern. Ein Gesuch um Verlängerung dieser Frist müsste demnach an die Baupolizeibehörde der Gemeinde gerichtet werden.

Die Wiederherstellungsverfügung mit Fristansetzung für ein nachträgliches Baugesuch ist hier wohl noch nicht ergangen und bildet jedenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. In der hier angefochtenen Baueinstellungsverfügung vom 26. Mai 2023 wurde dem Beschwerdeführer keine Frist für ein nachträgliches Baugesuch angesetzt. Dementsprechend hat die BVD als Beschwerdeinstanz nicht über die Dauer dieser Frist zu befinden.

4. Ergebnis und Kosten

a) Nach dem Gesagten ist die angefochtene Baueinstellungsverfügung nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Baueinstellung gemäss der Verfügung vom 26. Mai 2023 bleibt somit wirksam.

Möchte der Beschwerdeführer ein nachträgliches Baugesuch einreichen, so muss er nicht zwingend abwarten, bis die Baupolizeibehörde die Wiederherstellungsverfügung erlässt. Er kann das nachträgliche Baugesuch auch schon vorher einreichen. Ein allfälliges nachträgliches Baugesuch müsste in der dafür vorgesehenen Form und mit den erforderlichen Unterlagen eingereicht werden (Art. 10 ff. BewD). Falls und soweit die nachträgliche Baubewilligung erteilt wird, würde die Baueinstellung hinfällig und die Arbeiten könnten zu Ende geführt werden. Im Falle des Bauabschlags oder des Nichteintretens auf das nachträgliche Baugesuch, oder wenn der Beschwerdeführer kein nachträgliches Baugesuch einreicht, entscheidet die zuständige Behörde über Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

b) 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 CHF 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 2 GebV¹⁴).

c) Es sind keine Parteikosten zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Brienz vom 26. Mai 2023 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 800.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin D. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Brienz, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), zur Kenntnis

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei 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