

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 140/2017/24

Bern, 9. August 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Herrn **B.** _____
Beschwerdeführer 2

und



Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV (TBA OIK IV), Dunantstrasse 13,
3400 Burgdorf

betreffend die Verfügung des Tiefbauamts des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV vom
26. April 2017 (Eindolung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführer sind Grundeigentümer der Parzelle Röthenbach im Emmental Grundbuchblatt Nr. C. _____. Sie bewirtschaften auf den Parzellen Nrn. D. _____ und C. _____ einen Landwirtschaftsbetrieb. Über die Parzelle Nr. C. _____ fliesst ein namenloser Zufluss zum Röthenbach. Das Fischereiinspektorat des Amts für Landwirtschaft und Natur (LANAT) machte die Gemeinde mit Schreiben vom 7. September 2015 darauf aufmerksam, dass ein Abschnitt dieses Baches ohne Bewilligung eingedolt worden sei. Die Gemeinde führte daraufhin am 21. Juni 2016 einen Augenschein durch. Die Beschwerdeführer blieben diesem fern. Mit Schreiben vom 29. Juni 2016 stellte die Gemeinde den Beschwerdeführern die Aktennotiz des Augenscheins zu und gab ihnen

Gelegenheit, sich freiwillig zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verpflichten. Die Beschwerdeführer verzichteten sowohl auf eine schriftliche Stellungnahme als auch auf die freiwillige Wiederherstellung. Daraufhin holte das Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV (TBA OIK IV) beim Fischereiinspektorat sowie bei der Abteilung Naturförderung des LANAT Amtsberichte ein. Beide lehnten die Eindolung ab und verneinten deren Bewilligungsfähigkeit. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 26. April 2017 forderte das TBA OIK IV die Beschwerdeführer auf, bis 30. September 2017 die Rohrleitungen in Absprache mit der Schwellenkorporation aus dem Boden zu entfernen und das Bachbett in seinem ursprünglichen Verlauf wieder mit einer Natursohle zu versehen. Sämtliche Auflagen in den beiden Amtsberichten Fischerei und Naturschutz seien dabei zu befolgen. Gleichzeitig wies es auf die Möglichkeit eines nachträglichen Gesuchs hin und drohte die Ersatzvornahme bei Nichtbefolgung an.

2. Die Beschwerdeführer reichten am 2. Mai 2017 bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) Beschwerde gegen diese Wiederherstellungsverfügung vom 26. April 2017 ein. Sie beantragen sinngemäss die Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung. Es sei auf die angeordnete Wiederherstellungsmassnahme beim namenlosen Gewässer zu verzichten und stattdessen das G._____ auf der identischen Länge offenzulegen. Zur Begründung führen sie im Wesentlichen aus, der namenlose Zufluss zum Röthenbach habe die angrenzende Parzelle grossräumig versumpft. Der Unterhalt sei durch die Schwellenkorporation nicht gemacht worden, weshalb man sich zur Eindolung entschieden habe.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das TBA OIK IV vertritt in seiner Stellungnahme vom 30. Mai 2017 die Ansicht, die Wiederherstellungsverfügung sei zu Recht erfolgt und beantragt sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführer haben von der Möglichkeit, Schlussbemerkungen einzureichen, mit Eingabe vom 29. Juni 2017 Gebrauch gemacht. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den 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

Angefochten ist eine Wiederherstellungsverfügung des TBA OIK IV, die sich auf Art. 46 WBG² stützt. Solche Verfügungen können gemäss Art. 51 Abs. 3 WBG i. V. m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG³ bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführer sind als Verfügungsadressaten und Grundeigentümer zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 65 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Es ist darauf einzutreten.

2. Rechtswidrigkeit der Eindolung

a) Der namenlose Zufluss zum Röthenbach entspringt im Wald auf der Parzelle C._____. Zuerst quert er als Oberflächengewässer die Parzelle Nr. C._____. Rund 6 m vor der Kantonsstrasse E._____ wird das Bächlein eingedolt. Nach der Unterquerung der Strasse fliesst es auf der Parzelle Nr. D._____ in den Röthenbach. Bei diesem Bächlein handelt es sich um ein Gewässer, das gemäss dem kantonalen Fischereiaufseher eine permanente Wasserführung aufweist. Es ist im kantonalen Gewässernetz (GN5) als namenloses Fliessgewässer eingezeichnet. Es handelt sich nicht um ein Fischgewässer; das Gewässer dient aber als Lebensraum für Fischnährtiere.⁴ Im Sommer 2015 haben die Beschwerdeführer die bestehende Eindolung um rund 36 m verlängert. Dazu haben sie sechs Rohre à 6 m verlegt. Sie begründen dies mit dem schlechten Zustand des Bächleins. Das Wasser sei den ganzen Winter 2014/2015 nicht im Bachbett geblieben. Dadurch sei die Parzelle C._____ grossräumig versumpft. Die Schwellenkorporation habe den Unterhalt nicht gemacht. Nach dem Heuen hätten sich die Beschwerdeführer entschlossen, die bestehende Eindolung unter der Kantonsstrasse zu verlängern. Auch bei ihnen müsse die Bewirtschaftung zeitgemäss, d.h. rationell erfolgen. In der Weide habe das Bächlein seinen alten Lauf und die schöne Form behalten. In ihren

² Gesetz vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11)

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ Amtsbericht Fischerei in den Vorakten der Vorinstanz, Beilage 5

Schlussbemerkungen ergänzen die Beschwerdeführer, es gehe bloss um die Verlängerung einer bestehenden Eindolung. Ein Teil des namenlosen Bächleins habe bereits beim Bau der Kantonsstrasse eingedolt werden müssen.

b) Nach Art. 38 Abs. 1 GSchG⁵ dürfen Fliessgewässer nicht überdeckt und eingedolt werden. Die Behörde kann für bestimmte Fälle Ausnahmen bewilligen (Art. 38 Abs. 2 GSchG). Das Eindolen eines Gewässers bedarf zudem einer Wasserbaupolizeibewilligung (Art. 48 Abs. 1 WBG). Ausserdem sind eine fischereirechtliche Bewilligung (Art. 8 BGF⁶) und eine naturschutzrechtliche Ausnahmbewilligung (Art. 21 Abs. 1 und Art 22 Abs. 2 NHG⁷) erforderlich. Die Beschwerdeführer haben die fragliche Eindolung unbestritten ohne die erforderlichen Bewilligungen vorgenommen. Sie haben auch kein nachträgliches Gesuch dafür gestellt. Die Eindolung ist deshalb formell rechtswidrig.

c) Trotz fehlenden Gesuchs ist wenigstens summarisch zu prüfen, ob die Eindolung auch materiell rechtswidrig ist. Nach der Rechtsprechung wäre es unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der förmlichen Bewilligungen beseitigen zu lassen.⁸ Ausnahmen für die Eindolung eines Fliessgewässers können laut Art. 38 Abs. 2 GSchG bewilligt werden für Hochwasserentlastungs- und Bewässerungskanäle (Bst. a), Verkehrsübergänge (Bst. b), Übergänge land- und forstwirtschaftlicher Güterwege (Bst. c), kleine Entwässerungsgräben mit zeitweiser Wasserführung (Bst. d) und den Ersatz bestehender Eindolungen und Überdeckungen, sofern eine offene Wasserführung nicht möglich ist oder für die landwirtschaftliche Nutzung erhebliche Nachteile mit sich bringt (Bst. e). Vorliegend fallen die Ausnahmetatbestände nach Art. 38 Abs. 2 Bst. a–d GSchG von vornherein nicht in Betracht. Insbesondere handelt es sich beim Bächlein um ein Gewässer mit permanenter Wasserführung.⁹ Es liegt auch kein Ersatz einer bestehenden Eindolung im Sinn von Art. 38 Abs. 1 Bst. e GSchG vor, floss doch das Bächlein auf dem fraglichen Streckenabschnitt vorher offen. Der Umstand, dass eine bestehende Eindolung verlängert worden ist, vermag nichts daran zu ändern, dass es sich nicht um den Ersatz einer bestehenden, sondern die Erstellung einer

⁵ Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20)

⁶ Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF; SR 923.0)

⁷ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451)

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 15a, mit weiteren Hinweisen

⁹ Amtsbericht Fischerei in den Vorakten der Vorinstanz, Beilage 5

neuen Eindolung handelt. Die Eindolung des Bächleins verstösst somit gegen Art. 38 GSchG und ist schon aus diesem Grund materiell rechtswidrig. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, stellt die Eindolung zudem eine Beeinträchtigung im Sinn von Art. 48 Abs. 3 WBG dar (vgl. dazu Art. 39a Abs. 1 Bst. b–f und h WBV¹⁰), weshalb auch keine Wasserbaupolizeibewilligung erteilt werden könnte. Da eine offene Wasserführung möglich ist, könnten auch die Fischerei- und Naturschutzbewilligungen nicht erteilt werden. In dieser Hinsicht kann ebenfalls auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, die sich auf die überzeugenden Amtsberichte der Abteilung Naturförderung und des Fischereiinspektorats stützen.

d) Zusammenfassend ergibt sich deshalb, dass die Eindolung des namenlosen Fliessgewässers über eine Länge von rund 36 m sowohl formell als auch materiell rechtswidrig ist.

3. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Nehmen Dritte unzulässige Eingriffe an Gewässern vor, ordnet die zuständige Stelle der BVE die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes innert angemessener Frist an (Art. 46 Abs. 1 WBG). Steht die Widerrechtlichkeit fest, so ist zu prüfen, ob die Anordnung der Wiederherstellung durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig ist und ob das Vertrauensprinzip nicht verletzt wird. Verhältnismässig ist eine Anordnung dann, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich und für die Betroffenen zumutbar ist.¹¹ Unverhältnismässig ist sie, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten öffentlichen Rechtsgüter den Schaden, der dem Eigentümer durch die Wiederherstellung entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. "Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch ein Bauherr berufen, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen (...) dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen."¹²

¹⁰ Wasserbauverordnung vom 15. November 1989 (WBV; BSG 751.111.1)

¹¹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 521 ff.

¹² BGE 132 II 21 E. 6.4

b) Die Beschwerdeführer machen geltend, das Bächlein sei in schlechtem Zustand gewesen und habe ihre Parzelle grossräumig versumpft. Die Schwellenkorporation habe den Unterhalt nicht gemacht und sie müssten die Parzelle zeitgemäss bewirtschaften. Deshalb hätten sie sich entschlossen, die bestehende Eindolung unter der Staatsstrasse zu verlängern. Diese Gründe vermögen zwar das Verhalten der Beschwerdeführer in einem gewissen Sinne zu erklären, aber nicht zu rechtfertigen. Selbst wenn die Schwellenkorporation ihre Wasserbaupflicht vernachlässigt hätte, hätten die Beschwerdeführer nicht zur Selbsthilfe greifen dürfen, sondern sich an das TBA OIK IV wenden müssen. Dieses hätte gegebenenfalls das Nötige veranlasst (vgl. Art. 45 WBG).

c) Die Beschwerdeführer schlagen vor, dass sie anstelle des Rückbaus der Eindolung als gleichwertige Massnahme das G._____ in identischer Länge offenlegen. Der Grund für das Eindolungsverbot besteht darin, dass durch die Eindolung dem Wasserhaushalt eines Gebietes Gewässer entzogen werden, Wechselwirkungen zwischen Oberflächengewässer und Grundwasser verschwinden und mikroklimatische Einflüsse dahin fallen. Zudem ist die Selbstreinigungskraft eingedolter Wasserläufe äusserst gering. Eingedolte Abschnitte zerschneiden einen Gewässerlauf und haben schwerwiegende Nachteile für den Natur- und Landschaftsschutz. Angesichts dieser Sachverhalte und der Tatsache, dass nur in wenigen Fällen eine zwingende Notwendigkeit zur Eindolung besteht, sind nicht nur neue Eindolungen sondern auch der Ersatz bestehender Eindolungen nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt.¹³ Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, erlauben weder das WBG noch das GSchG eine Eindolung, wenn gleichzeitig eine gleich lange Strecke ausgedolt wird. Verlangt wird viel mehr die Revitalisierung von Gewässern (Art. 38a GSchG, Art. 8 WBG). Die von der Vorinstanz geforderte Wiederoffenlegung des Gewässers ist deshalb geeignet und erforderlich, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Die von den Beschwerdeführern vorgeschlagene Ersatzmassnahme genügt demgegenüber nicht. Eine neue Eindolung von rund 36 m stellt keine geringe Abweichung vom Erlaubten dar. Es besteht deshalb ein erhebliches öffentliches Interesse an der Rückgängigmachung der Eindolung. Dieses überwiegt das private Interesse der Beschwerdeführer an einer rationellen Bewirtschaftung ihrer Parzelle. Die angeordnete Wiederherstellungsmassnahme ist deshalb verhältnismässig.

¹³ Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative «zur Rettung unserer Gewässer» und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 29. April 1987, in Bundesblatt 1987 II 1061, 1143 f.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht die Wiederoffenlegung des namenlosen Zuflusses zum Röthenbach angeordnet hat. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

e) Die von der Vorinstanz angesetzte Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist zwar noch nicht abgelaufen. Es erscheint aber angebracht, diese Frist aufgrund des Beschwerdeverfahrens neu auf Ende April 2018 festzusetzen.

4. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen vorliegend einzig aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Diese wird festgesetzt auf Fr. 600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG, Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁴). Die Beschwerdeführer unterliegen. Sie haben deshalb die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

b) Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Wiederherstellungsverfügung vom 26. April 2017 wird bestätigt und die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird neu auf den 30. April 2018 angesetzt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.00 werden den Beschwerdeführern zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag.

Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

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

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A. _____, eingeschrieben
- Herrn B. _____, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV (TBA OIK IV), A-Post
- Einwohnergemeinde Röthenbach, zur Kenntnis
- Schwellenkorporation Röthenbach, zur Kenntnis
- Regierungsstatthalteramt Emmental, zur Kenntnis
- Amt für Landwirtschaft und Natur (LANAT), Fischereiinspektorat, zur Kenntnis
- H. _____, Fischereiaufseher, zur Kenntnis
- Amt für Landwirtschaft und Natur (LANAT), Abteilung Naturförderung, zur Kenntnis
- Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Reiterstrasse 11, 3011 Bern, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin