

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2017/79 vom 28.7.2017).

RA Nr. 195/2016/4

Bern, 15. Februar 2017

im Gesuchsverfahren zwischen

Frau **A.** _____
Gesuchstellerin

und



Herrn **B.** _____
Gesuchsgegner 1

Herrn **C.** _____
Gesuchsgegner 2

Frau **D.** _____
Gesuchsgegnerin 3

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, Landorfstrasse 1, 3098
Köniz

betreffend das Ablehnungsbegehren vom 14. November 2016 (Baugesuch Nr. 18420;
Ablehnungsbegehren)

I. Sachverhalt

1. Die Gesuchstellerin ist Eigentümerin der Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. F._____. Diese Parzelle wird insbesondere durch einen Fussweg erschlossen, der über die Grundstücke Köniz Grundbuchblatt Nr. G._____, H._____ sowie I._____ führt. Im Juli 2016 entfernten die Grundeigentümer der Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. I._____ die bestehende Treppe aus Randsteinen und Kies sowie das Holzgeländer des Weges und ersetzten sie mit einer kürzeren, aber steileren Steintreppe. Die Gesuchstellerin setzte die Gemeinde über diesen Sachverhalt mit Schreiben vom 21. Juli 2016 in Kenntnis. Diese führte am 27. Juli 2016 einen Augenschein durch und verfügte den Baustopp. Am darauf folgenden Tag bestätigte sie den Baustopp schriftlich und setzte den Bauwilligen eine Frist bis zum 2. September 2016, um ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Zudem verfügte sie die Vornahme sofortiger Massnahmen zur Sicherung von Absturz-/Unfallgefährdungen. Am 2. September 2016 ging bei der Gemeinde ein Baugesuch ein, welches unter anderem die Umgestaltung des Weges vorsah. Die Gemeinde schickte dieses Gesuch an die Baugesuchsteller zur Verbesserung zurück und räumte ihnen Gelegenheit zur Verbesserung ein, bevor sie es am 7. November 2016 bekannt machte. Gegen das nachträgliche Baugesuch erhob die Gesuchstellerin bei der Gemeinde Einsprache. Gleichzeitig reichte sie beim Regierungsstatthalteramt eine "Aufsichtsrechtliche Anzeige" ein. Dieses leitete die "Anzeige" zuständigkeitshalber an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) weiter, welche das Schreiben als Ablehnungsbegehren gegen die Gemeinde entgegen nahm.

2. Das Rechtsamt, welches das Instruktionsverfahren für die BVE leitet¹, holte die Stellungnahme der Gemeinde sowie die Vorakten ein. Zudem räumte es den Baugesuchsteller die Möglichkeit ein, sich am Verfahren zu beteiligen. Mit Eingabe vom 9. Januar 2017 beantragen sie – wie auch die Gemeinde in ihrer Stellungnahme – das Ablehnungsbegehren sei abzuweisen.

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

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191).

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Die Gesuchstellerin beantragt in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 der Bauentscheid in der Sache "Neugestaltung Fussweg" sei von einer unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Behörde zu fällen. Die Gemeinde Köniz sei befangen. Auf Grund dieses Antrags nahm die BVE die Eingabe als Ablehnungsbegehren gegen die Gemeinde entgegen.

b) Nach Art. 9 Abs. 2 VRPG² entscheidet über Ablehnungsbegehren gegen sämtliche Mitglieder einer Behörde die in der Sache zuständige Rechtsmittelbehörde. Die Gesuchstellerin stellt das Ablehnungsbegehren im Zusammenhang mit einem Baupolizeiverfahren gemäss Art. 46 ff. BauG³ und einem Baubewilligungsverfahren. Baupolizeiliche Verfügungen und Bauentscheide können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 BauG und Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVE ist daher für die Beurteilung des Ablehnungsbegehrens zuständig und tritt auf das Gesuch ein.

2. Ablehnungsgründe

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Gemeinde Köniz sei bei der Beurteilung des Baugesuches in der Sache parteiisch, voreingenommen und befangen, da die Gemeinde den Weg im Jahr 1996 selber gebaut habe und es sich daher faktisch um einen Gemeindeweg handle. Zudem habe die Bauherrschaft das Bauvorhaben zusammen mit der Gemeinde ausgearbeitet, die Gemeinde würde daher ihr eigenes Projekt beurteilen.

b) Art. 9 Abs. 1 VRPG regelt, wann eine Person grundsätzlich in den Ausstand tritt. Allerdings bleiben die Vorschriften über den Ausstand nach dem Gemeindegesetz vorbehalten (Art. 9 Abs. 3 VRPG). Daher gelten in den gemeindeinternen

² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721).

Verwaltungsverfahren die gemeinderechtlichen Ausstandsregeln.⁴ Ausstandspflichtig ist demnach insbesondere wer an einem Geschäft unmittelbar ein persönliches Interesse hat, wer mit einer Person, deren persönliche Interessen von einem Geschäft unmittelbar berührt werden, verwandt oder verschwägert ist oder diese Person gesetzlich, statutarisch oder vertraglich vertritt (vgl. Art. 47 Abs. 1 und 2 GG⁵). Im Vergleich zu den allgemeinen Ausstandsregeln gemäss Art. 9 VRPG sind diejenigen auf kommunaler Ebene deutlich eingeschränkt. Damit wird insbesondere den engräumigen Verhältnissen Rechnung getragen.⁶ Unabhängig davon ist aber die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich den Anforderungen an eine unabhängige Entscheidbehörde zu berücksichtigen. Demnach kann ein Ausstandsgrund auch dann vorliegen, wenn sich eine Amtsperson schon vorher über die konkrete Sache geäussert hat oder mit der Sache vorbefasst war.⁷

c) Ausstands- und Ablehnungsbegehren können nur gegen einzelne Mitglieder einer Behörde und gegen Personen, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen haben, gerichtet werden. Behörden als solche können nicht abgelehnt werden.⁸ Die von der Gesuchstellerin geäusserten Bedenken richten sich in erster Linie gegen die Gemeinde Köniz als Gesamtbehörde. Ein Ablehnungsbegehren gegen die Gemeinde ist aber nicht zulässig. Daher wird das Gesuch als Ablehnung gegen alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der mit dem baupolizeilichen Verfahren und dem nachträglichen Baugesuch befassten Abteilung umgedeutet. Es bleibt daher zu prüfen, ob die einzelnen Mitglieder in den Ausstand hätten treten müssen.

d) Wie bereits erläutert, haben Mitglieder einer kommunalen Behörde insbesondere dann in den Ausstand zu treten, wenn sie an der Sache ein persönliches Interesse haben könnten. Die vorhandenen Unterlagen enthalten keine Hinweise darauf, dass einer der Mitarbeitenden beim Bauprojekt persönlich involviert wäre oder eine ihnen nahestehende Person daraus einen Nutzen ziehen könnte. Ebenso wenig scheinen sie in einem speziellen persönlichen Verhältnis zu den Gesuchsgegnern resp. Baugesuchstellern zu stehen. Dies wird von der Gesuchstellerin auch nicht geltend gemacht. Auch die

⁴ Daniel Arn, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999, Vorbem. zu Art. 47 und Art. 48 N. 7; BVR 2011 S. 15 E. 3.2.

⁵ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG, BSG 170.1).

⁶ Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2011, S. 28.

⁷ BGer 2C_1007/2013 vom 23. Mai 2014, E. 2.2 mit weiteren Hinweisen.

⁸ BVR 2002 S. 426 E. 1b/bb; VGE 2012/283 vom 15.5.2013, E. 1.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 7.

Benennung des Weges als "Trampelpfad" deutet nicht darauf hin, dass Personen bei der Baupolizeibehörde ein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens haben könnten. Das Bauvorhaben berührt keine unmittelbaren persönlichen Interessen der Behördenmitglieder.

Die Mitarbeitenden des Bauinspektorates geltend in der Sache zudem auch nicht als vorbefasst, obwohl sie die Baugesuchsteller mit Schreiben vom 21. September 2016 auf verschiedene Mängel ihres Gesuches aufmerksam gemacht und ihnen bis am 21. Oktober 2016 Gelegenheit zur Verbesserung eingeräumt haben: Nach Eingang eines Baugesuches bei der Baubewilligungsbehörde prüft diese das Gesuch bezüglich formellen Mängeln und weist es allenfalls an die Baugesuchsteller zurück. Wenn materielle Mängel ohne weiteres erkennbar sind, macht sie die Baugesuchsteller auch darauf aufmerksam und gibt ihnen die Möglichkeit, diese zu verbessern (Art. 18 Abs. 1 und 2 BewD⁹). Die Behördenmitglieder haben daher mit der Rückweisung des ursprünglichen Baugesuches an die Baugesuchsteller lediglich den vom Gesetz vorgesehenen Ablauf befolgt. Auf Grund dieses Verhaltens gelten sie aber nicht als vorbefasst.

Schliesslich ist es mit Blick auf die Ausstandspflicht der Behördenmitglieder unerheblich, ob der Weg 1996 von der Gemeinde erstellt worden ist. Eben sowenig ist entscheidend, ob es sich dabei um einen öffentlichen oder privaten Weg handelt. Diese Umstände wären allenfalls bei der Frage der Zuständigkeit von der erstinstanzlichen Behörde zu beurteilen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es sich vorliegend um ein privates Bauvorhaben handelt, welches nicht den Zwecken der Gemeinde zu dienen scheint.

Insgesamt ist das Verhalten der Mitarbeitenden der Gemeinde Köniz nicht zu beanstanden und den Behördenmitgliedern ist keine Verletzung der Ausstandspflichten vorzuwerfen. Das Ablehnungsbegehren ist abzuweisen.

3. Rechtsverzögerung

⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

a) Die Gesuchstellerin weist weiter darauf hin, dass die Gemeinde Köniz es unterlassen habe, die zwingende Bestimmung von Art. 46 Abs. 2 BauG anzuwenden und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verfügen.

b) Gemäss Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG setzt die zuständige Baupolizeibehörde den Grundeigentümern eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, wenn ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt wird. In dieser Verfügung weist die Baupolizeibehörde die Grundeigentümer auch darauf hin, dass die Wiederherstellungsverfügung aufgehoben werde, wenn innert der Frist von 30 Tagen ein nachträgliches Baugesuch eingereicht werde.

c) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Gesuchsgegner ohne Baubewilligung ein Bauvorhaben ausführten. Zusammen mit der Einstellung der Arbeiten verfügte die Gemeinde aber nicht die Wiederherstellung, sondern sie gewährte ihnen das rechtliche Gehör, indem sie ihnen die Möglichkeit einräumte, bis am 2. September 2016 ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Der Gesuchstellerin ist insofern Recht zu geben, als die Gemeinde im baupolizeilichen Verfahren zusammen mit dem Baustopp die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes hätte verfügen sollen. Das Gesetz sieht in diesem Fall die Gewährung des rechtlichen Gehörs erst nachträglich vor, indem die Wiederherstellungsverfügung bei Einreichung eines nachträglichen Baugesuches aufgeschoben wird. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gemeinde auf Grund dieses Verhaltens Rechtsverweigerung resp. Rechtsverzögerung vorzuwerfen ist.

d) Das Verbot der Rechtsverweigerung beziehungsweise Rechtsverzögerung ist in Art. 29 Abs. 1 BV¹⁰ verankert. Es wird verletzt, wenn die zuständige Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das Verfahren hinauszögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Von Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann nicht schon dann die Rede sein, wenn die Behörde eine Eingabe nicht sofort behandelt. Rechtsverzögerung ist nur gegeben, wenn sich die Behörde zwar bereit zeigt, den Entscheid zu fällen, ihn aber nicht binnen der Frist trifft, die nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände noch als angemessen erscheint.¹¹

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹¹ Vgl. VGE 2015/583, vom 22. Juni 2015, E. 1.1.2.

Auf die baupolizeiliche Eingabe der Gesuchstellerin reagierte die Gemeinde sehr rasch und führte einen Augenschein durch. Als sie feststellte, dass die Gesuchsgegner Bauarbeiten ohne Baubewilligung vorgenommen hatten, verfügte sie auch sofort den Baustopp. In ihrem Schreiben vom 28. Juli 2016 signalisierte sie zudem, sie sei für die allfällige Anordnung der Wiederherstellung zuständig. Sie verfügte aber nicht die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, sondern räumte den Gesuchsgegner vorgängig das rechtliche Gehör ein. Falls die Gesuchsgegner kein nachträgliches Baugesuch eingereicht hätten, so hätte sich das Verfahren auf Grund dieses Vorgehens tatsächlich leicht verzögert, da die Gemeinde erst nach Ablauf der Frist die Wiederherstellung angeordnet hätte. Im vorliegenden Fall haben die Gesuchsgegner aber ein nachträgliches Baugesuch eingereicht. Dieses hätte die Wiederherstellung ohnehin aufgeschoben. Falls die Gemeinde die Wiederherstellung des Baugesuch bewilligt, erübrigt sich die Anordnung der Wiederherstellung. Falls sie es hingegen abweist, muss sie ohnehin zusammen mit dem Bauabschlag (erneut) über die Wiederherstellung entscheiden.¹² Das Verfahren hat sich daher auf Grund des Verhaltens der Gemeinde nicht verzögert und der Gesuchstellerin ist kein Rechtsnachteil entstanden. Dementsprechend erweist sich auch diese Rüge als unbegründet.

4. Kosten

a) Bei diesem Verfahrensausgang unterliegt die Gesuchstellerin, der in Anwendung des Verursacher- und Unterliegerprinzips daher die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 107 Abs. 1 VRPG).¹³

b) Die Verfahrenskosten im Verwaltungsverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 600.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁴).

¹² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 16.

¹³ Vgl. VGE 2014/324 vom 30. Januar 2015, E. 3.

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

c) Im Verwaltungsverfahren werden keine Parteikosten gesprochen. Es besteht kein Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 107 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Das Ablehnungsbegehren vom 14. November 2016 gegen die Mitarbeitenden der Gemeinde Köniz wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.– werden der Gesuchstellerin auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau A._____, eingeschrieben
- Herr Rechtsanwalt E._____, einschreiben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin