

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 79 vom 28. Juli 2017

BE Verwaltungsgericht, 2017-07-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2017_79

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 79 du 28 juillet 2017

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 79 del 28 luglio 2017

Erwägungen

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht beurteilt als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen (Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]).

E. 1.2

Anfechtungsobjekt ist ein Entscheid der BVE über ein Ablehnungsgesuch (vgl. Art. 9 Abs. 2 VRPG). Dabei handelt es sich um einen selbstständig anfechtbaren Zwischenentscheid (Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 21). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist jedoch nur zulässig, sofern sie es auch in der Hauptsache ist (Art. 75 Bst. a VRPG im Umkehrschluss). In der Hauptsache geht es um die Beurteilung eines nachträglichen Baugesuchs im Rahmen eines Baupolizeiverfahrens. Da gegen solche Entscheide Beschwerde beim Verwaltungsgericht geführt werden kann (vgl. E. 1.1 hiervor; Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]), ist diese auch gegen den angefochtenen Zwischenentscheid zulässig.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28.07.2017, Nr. 100.2017.79U, Seite 4

E. 1.4

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

E. 1.5

Der Entscheid fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

E. 2.1

B._____, C._____ und D._____ haben den untersten Bereich des aus mit Kies bedeckten Rundholzstufen bestehenden Fusswegs auf einer Länge von ca. 10 m abgebrochen und durch eine geländerlose kürzere Felsblocktreppe mit höheren Stufen

ersetzt (Baueinstellungsverfügung vom 28.7.2016 inkl. Fotos [Vorakten Gemeinde pag. 44 ff.]). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Treppe diene als Teil des öffentlichen Wegnetzes und einzige Erschliessung ihres Grundstücks Zwecken der Gemeinde. Diese habe daher am Erteilen der Baubewilligung ein Eigeninteresse. Folglich sei nicht die Gemeinde, sondern das RSA für die Beurteilung des nachträglichen Baugesuchs zuständig (Beschwerde S. 3 ff.; Replik Ziff. 1). Die Vorinstanz hat diese Frage offen gelassen (angefochtener Entscheid E. 2d).

E. 2.2

Die Baupolizei ist gemäss Art. 45 Abs. 1 BauG unter Aufsicht der Regierungsstatthalterin oder des Regierungsstatthalters Sache der zuständigen Gemeindebehörde. Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten (Art. 46 Abs. 1 BauG). Sie setzt sodann der jeweiligen Grund- eigentümerschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung wird aufgeschoben, wenn der oder die Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Das nachträgliche Baubewilligungsverfahren wird wie ein gewöhnliches Ver- fahren gemäss Art. 32 ff. BauG eingeleitet und durchgeführt (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28.07.2017, Nr. 100.2017.79U, Seite 5 Art. 46 N. 14a). Baubewilligungsbehörde ist die zuständige Behörde von Gemeinden wie die EG Köniz, die nach dem Ergebnis der letzten Volks- zählung mindestens 10'000 Einwohnerinnen und Einwohner aufweisen (grosse Gemeinde; vgl. <<http://www.jgk.be.ch>>, Rubriken «Baubewilligun- gen/Baubewilligungsverfahren»); andernfalls grundsätzlich der Regie- rungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin (Art. 33 Abs. 1 BauG; Art. 8 Abs. 1 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungs- verfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]). Somit war die EG Köniz für die Einleitung des Baupolizeiverfahrens zuständig und ist es grundsätzlich auch für die Beurteilung des nachträglichen Baugesuchs.

E. 2.3

Ist ein Bauvorhaben jedoch für Zwecke der Gemeinde bestimmt, ist in jedem Fall der Regierungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin zuständig (Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD). Der Begriff «für Zwecke der Gemeinde bestimmt» ist dabei – wie die Beschwerdeführerin richtig vor- bringt – weit auszulegen. Es geht darum, den Anschein zu vermeiden, die Bewilligungsbehörde entscheide in eigener Sache. Es soll die institutionelle Unbefangenheit der Gemeinde als Baubewilligungsbehörde gewährleistet werden. Die Bestimmung ist daher nicht nur anwendbar, wenn es um Bau- vorhaben zur Erfüllung von Gemeindeaufgaben wie Schulhäuser, Verwal- tungsgebäude und dergleichen geht, sondern stets dann, wenn die Gemeinde am Vorhaben ein so starkes Interesse hat, dass ihre Unbefan- genheit als gefährdet erscheint (BVR 1989 S. 151). Das ist z.B. der Fall bei Bauvorhaben Dritter auf gemeindeeigenem Boden, wenn die Gemeinde aus der Erteilung der Baubewilligung einen direkten Vorteil – in der Regel finanzieller Art – erzielt (BVR 2005 S. 321 E. 2.3 [Konzessionsgebühr]; VGE 22755 vom 30.5.2007, in URP 2007 S. 865 nicht publ. E. 2.3 [Pacht- zinseinnahmen]). Bloss indirekte Vorteile (wie der Erhalt von Arbeitsplätzen in der Gemeinde) schliessen dagegen die Zuständigkeit der Gemeinde nicht

aus (VGE 23332 vom 15.9.2008 E. 2.1 f.; zum Ganzen Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 33 N. 3).

E. 2.4

Obwohl Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD nach dem Gesagten der Unbefangenheit der kommunalen Bewilligungsbehörde dient, handelt es sich um eine Vorschrift über die Zuständigkeit. Anders als bei Ablehnungsbegehren, über welche die in der Sache zuständige Rechtsmittelbehörde zu befinden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28.07.2017, Nr. 100.2017.79U, Seite 6 hat (Art. 9 Abs. 2 VRPG), hat eine Verwaltungsbehörde über ihre bestrittene Zuständigkeit zunächst selber zu entscheiden (Art. 5 VRPG; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 33 N. 5). Das ist bis anhin nicht geschehen, weil vorab über die geltend gemachte Befangenheit einzelner Mitarbeitenden der Gemeinde zu entscheiden war. Obwohl die BVE befunden hat, es handle sich hier um ein privates Bauvorhaben, das nicht Zwecken der Gemeinde zu dienen scheine (angefochtener Entscheid E. 2d), hat sie die Frage der Zuständigkeit folglich zu Recht nicht (abschliessend) beurteilt. Auch das Verwaltungsgericht hat sich dazu an sich nicht weiter zu äussern.

E. 2.5

Dennoch rechtfertigen sich mit Blick auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin aus prozessökonomischen Gründen folgende Hinweise: Der Beschwerdeführerin ist insoweit beizupflichten, als es sich beim umstrittenen Weg auf Grundstücken in Privateigentum um eine dem Gemeingebrauch gewidmete und damit öffentliche Strasse im Sinn der Strassengesetzgebung handelt, da auf den betreffenden Parzellen ein Fusswegrecht zugunsten der Gemeinde im Grundbuch eingetragen ist (Art. 9 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. b des Strassengesetzes vom 4. Juni 2008 [SG; BSG 732.11]; BVR 2013 S. 282 E. 2.1, 2011 S. 341 E. 4.1 f.). Der Weg wird dadurch aber nicht zur Gemeindestrasse, wie die Beschwerdeführerin meint, sondern bleibt eine Privatstrasse (im Gemeingebrauch). Das Bauvorhaben beschlägt insofern keine «Zwecke der Gemeinde». Weiter trifft es zwar zu, dass grundsätzlich den Gemeinden die Aufgabe obliegt, die Bauzone zu erschliessen (Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700]; Art. 64 Abs. 2 Bst. a und Art. 108 BauG). Abgesehen davon, dass die Erschliessungspflicht nicht für Hauszufahrten gilt und die Beschwerdeführerin über ein im Grundbuch eingetragenes und damit rechtlich sichergestelltes Fahrwegrecht über die Parzellen Nrn. 6___, 7___, 8___ und 5___ (...) verfügt, ist aber nicht ersichtlich, inwiefern das umstrittene Bauvorhaben am Fussweg deshalb Eigeninteressen der Gemeinde betreffen sollte. Dies umso weniger, als der Weg nicht aufgehoben, sondern (bloss) teilweise umgestaltet wurde.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28.07.2017, Nr. 100.2017.79U, Seite 7

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die mit der Sache befassten Mitarbeitenden der EG Köniz, namentlich die Direktionsvorsteherin Planung und Verkehr, ein Sachbearbeiter des Baupolizeikreises IV sowie der Leiter des Bauinspektorats, seien befangen. Letzterer habe die Treppe mehrmals abfällig als «Trampelpfad» bezeichnet und die Erschliessungssituation ihrer Parzelle tendenziös dargestellt. Auch habe er bzw. die Baubewilligungsbehörde die Bauherrschaft beraten. Der Verfahrensausgang sei demnach

nicht mehr offen (Beschwerde S. 5 ff.).

E. 3.2

Das VRPG regelt das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und den Verwaltungsjustizbehörden im Kanton und in den Gemeinden, weshalb es grundsätzlich auch für das Verfahren vor kommunalen Behörden massgebend ist (Art. 1 Abs. 1 VRPG). Art. 9 Abs. 1 VRPG schreibt vor, wann eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, in den Ausstand treten muss. In Bezug auf Unvereinbarkeiten und Ausstand sieht Art. 9 Abs. 3 Satz 2 VRPG jedoch ausdrücklich einen Vorbehalt vor, wonach im kommunalen Verwaltungsverfahren die Ausstandspflichten des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11) zur Anwendung gelangen (BVR 2011 S. 15 E. 3.2; Daniel Arn, in Kommentar zum bernischen GG, 1999, Vorbem. zu Art. 47 und 48 N. 7 und Fn. 20; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 9 N. 8 und 31). Gemäss Art. 47 Abs. 1 und 2 GG (vgl. auch Art. 29 Abs. 1 und 2 der Gemeindeordnung der EG Köniz vom 16. Mai 2004) ist bei der Behandlung eines Geschäfts ausstandspflichtig, wer daran ein unmittelbares persönliches Interesse hat oder wer mit einer Person, deren persönliche Interessen von einem Geschäft unmittelbar berührt werden, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist oder diese Person gesetzlich, statutarisch oder vertraglich vertritt. Die Ausstandsbestimmungen des GG sind damit milder als jene des VRPG (BVR 2011 S. 15 E. 3.1; Daniel Arn, a.a.O., Vorbem. zu Art. 47 und 48 N. 7). In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass die Umschreibung der Ausstandspflicht für die Mitglieder und Angestellten kommunaler Behörden in Art. 47

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28.07.2017, Nr. 100.2017.79U, Seite 8 GG abschliessend sei und demzufolge mittelbare persönliche Interessen sowie weitere Gründe der Befangenheit – anders als nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a bzw. f VRPG – keine Ausstandspflicht begründen würden (vgl. Daniel Arn, a.a.O., Vorbem. zu Art. 47 und 48 N. 3 und 7). Ob dies zutrifft, hat das Verwaltungsgericht bislang offengelassen (VGE 2016/142 vom 20.9.2016 [noch nicht rechtskräftig] E. 2.2, 2010/242 vom 21.12.2010 E. 4.1) und braucht auch hier nicht entschieden zu werden, da selbst im Licht der strengeren Vorschriften des VRPG keine Verletzung der Ausstandspflichten zu erkennen ist (vgl. E. 3.3 hiernach).

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, die mit der Sache befassten Mitarbeitenden der EG Köniz seien mit der Bauherrschaft verwandt, verschwägert oder würden diese gesetzlich vertreten. Den Akten lassen sich zudem keine Hinweise entnehmen, wonach die betreffenden Personen ein persönliches Interesse am Erteilen der umstrittenen Baubewilligung haben könnten. Auch die vom Leiter des Bauinspektorats gewählte Bezeichnung für den Weg als «Trampelpfad» (Stellungnahme vom 21.12.2016 [Vorakten BVE pag. 16 ff.]) oder die Schilderung der Erschliessungssituation des Grundstücks der Beschwerdeführerin, lassen nicht auf dessen Befangenheit schliessen. Er hat damit lediglich die Ausgestaltung des Fusswegs umschrieben bzw. die nicht Gegenstand des Verfahrens bildende übrige rechtliche Erschliessungssituation aus Sicht der Gemeinde dargestellt. Selbst wenn die Bezeichnung «Trampelpfad» für den Weg objektiv nicht zutreffen sollte, hat der Gemeindevertreter damit jedenfalls nicht seine Geringschätzung oder Abneigung

gegenüber der Beschwerdeführerin ausgedrückt (vgl. BGer 2C_1007/2013 vom 23.5.2014 E. 2.2). Wenn der Leiter des Bauinspektorats bzw. die Gemeindeverwaltung die Bauherrschaft auf gewisse Mängel im Baugesuch aufmerksam gemacht hat, lässt dies entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht an deren Unbefangenheit zweifeln. Es gehört vielmehr zu den Aufgaben der Gemeinde, eine vorläufige formelle Prüfung der Baugesuche vorzunehmen (vgl. Art. 17 Abs. 1 BewD; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 34 N. 22). Dass die Beratung darüber hinausgegangen wäre, ist nicht ersichtlich und seitens der Gemeinde ausdrücklich bestritten (Beschwerdeantwort [act. 5] Ziff. 4). Nach dem Gesagten liegen weder nach dem GG noch im Licht der strengeren Vorschriften des VRPG objektive Verdachtsmomente vor, die berech-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28.07.2017, Nr. 100.2017.79U, Seite 9 tigt es Misstrauen in die Unbefangenheit der Mitarbeitenden der Baubewilligungsbehörde der EG Köniz erwecken und deren Ausstand erfordern würden. Der Beweis Antrag, wonach die polizeilichen Einvernahmeprotokolle der Bauherrschaft eingeholt werden sollen (Replik Ziff. 4), wird abgewiesen, da davon keinerlei entscheidungsrelevante neue Erkenntnisse zu erwarten sind.

E. 4

Zu eröffnen: - der Beschwerdeführerin - der Einwohnergemeinde Köniz - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern - den weiteren Beteiligten Die Einzelrichterin: Die Gerichtsschreiberin:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28.07.2017, Nr. 100.2017.79U, Seite 10 Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.