

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil der Einzelrichterin vom 28. Juli 2017

Verwaltungsrichterin Steinmann
Gerichtsschreiberin Werren

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde Köniz
Baubewilligungsbehörde, Bauinspektorat, Landorfstrasse 1, 3098 Köniz
Beschwerdegegnerin

und

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

1. **B.** _____
 2. **C.** _____
 3. **D.** _____
- alle vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend Ablehnung von Mitarbeitenden der Einwohnergemeinde Köniz in
einem Baupolizeiverfahren (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energie-
direktion des Kantons Bern vom 15. Februar 2017; RA Nr. 195/2016/4)



Sachverhalt:

A.

A._____ ist Eigentümerin der Parzelle Köniz Gbbl. Nr. 1___ in ..., zu der man über einen Fussweg auf den Parzellen Nrn. 2___, 3___, 4___ sowie über die Parzelle Nr. 5___ gelangt. Im Juli 2016 meldete sie bei der Gemeinde, dass B._____, C._____ und D._____ ohne Bewilligung Bauarbeiten an dieser Treppe ausführten. Nachdem die Einwohnergemeinde (EG) Köniz den Baustopp verfügt und Sofortmassnahmen zur Unfallverhütung verlangt hatte, reichten B._____, C._____ und D._____ ein nachträgliches Baugesuch mit folgender Umschreibung ein: «Abbruch Fussweg auf einer Strecke von ca. 10 m, Neugestaltung, Rückbau 1 Autoabstellplatz, Erweiterung Sitzplatz 1. OG». Dagegen erhob A._____ Einsprache. Zudem reichte sie am 14. November 2016 beim Regierungsstatthalteramt (RSA) Bern-Mittelland eine «aufsichtsrechtliche Anzeige» ein und beantragte, das Baugesuch sei nicht von der EG Köniz, sondern von einer unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Behörde zu behandeln. Das RSA Bern-Mittelland leitete die Eingabe an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) weiter, welche sie als Ablehnungsbegehren gegen die Mitarbeitenden der Baubewilligungsbehörde der EG Köniz entgegennahm. Mit Entscheid vom 15. Februar 2017 wies die BVE das Begehren ab.

B.

Am 20. März 2017 hat A._____ beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Sie beantragt, der Entscheid der BVE vom 15. Februar 2017 sei aufzuheben und das Baugesuch sei vom RSA Bern-Mittelland zu beurteilen.

Die EG Köniz beantragt mit Beschwerdeantwort vom 4. Mai 2017, die Beschwerde sei abzuweisen; eventuell sei die Angelegenheit zur Behandlung des Baugesuchs an den Regierungsstatthalter zurückzuweisen. Mit Vernehmlassung vom 28. April 2017 beantragt die BVE ebenfalls die Ab-

weisung der Beschwerde. B._____, C._____ und D._____ haben mit Eingabe vom 5. Mai 2017 unter Hinweis auf ihre Stellungnahme im vorinstanzlichen Verfahren auf weitere Ausführungen verzichtet. A._____ hat am 1. Juni 2017 eine Replik eingereicht. Die anderen Verfahrensbeteiligten haben sich dazu nicht mehr vernehmen lassen.

Erwägungen:

1.

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]).

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 hiavor; Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]), ist diese auch gegen den angefochtenen Zwischenentscheid zulässig.

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.

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

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]).

2.

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).

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 Grundeigentümerschaft 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 Verfahren gemäss Art. 32 ff. BauG eingeleitet und durchgeführt (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013,

Art. 46 N. 14a). Baubewilligungsbehörde ist die zuständige Behörde von Gemeinden wie die EG Köniz, die nach dem Ergebnis der letzten Volkszählung mindestens 10'000 Einwohnerinnen und Einwohner aufweisen (grosse Gemeinde; vgl. <<http://www.jgk.be.ch>>, Rubriken «Baubewilligungen/Baubewilligungsverfahren»); andernfalls grundsätzlich der Regierungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin (Art. 33 Abs. 1 BauG; Art. 8 Abs. 1 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [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.

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 vorbringt – 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 Bauvorhaben zur Erfüllung von Gemeindeaufgaben wie Schulhäuser, Verwaltungsgebäude und dergleichen geht, sondern stets dann, wenn die Gemeinde am Vorhaben ein so starkes Interesse hat, dass ihre Unbefangenheit 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 [Pachtzinseinnahmen]). 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).

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

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.

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.

3.

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.).

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

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).

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-

tigtes Misstrauen in die Unbefangenheit der Mitarbeitenden der Baubewilligungsbehörde der EG Köniz erwecken und deren Ausstand erfordern würden. Der Beweisantrag, wonach die polizeilichen Einvernahmeprotokolle der Bauherrschaft eingeholt werden sollen (Replik Ziff. 4), wird abgewiesen, da davon keinerlei entscheidrelevante neue Erkenntnisse zu erwarten sind.

4.

Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine entstanden (Art. 108 Abs. 3 und Art. 104 Abs. 1 VRPG).

Demnach entscheidet die Einzelrichterin:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - der Einwohnergemeinde Köniz
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
 - den weiteren Beteiligten

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

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.