

100.2018.432U
KEP/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 24. Oktober 2019

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Herzog, Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiberin Nuspliger

Netzwerk Bielersee

Verein für Landschaft und Kultur, handelnd durch die
statutarischen Organe, Postfach, 2501 Biel/Bienne

Beschwerdeführer

gegen

Burgergemeinde Bern

Domänenverwaltung, Bahnhofplatz 2, Postfach, 3001 Bern
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerin

und

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern

Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

Einwohnergemeinde Twann-Tüscherz

Baupolizeibehörde, Moos 11, 2513 Twann

und als weiterer Verfahrensbeteiligter



Berner Heimatschutz

Regionalgruppe Biel-Seeland, p.A. ...

betreffend Baupolizei; Benützungsverbot für Schwimmsteg; Verfahrens- und Parteikosten (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 26. Oktober 2018; RA Nr. 110/2018/87)

Sachverhalt:

A.

Die Burgergemeinde Bern liess im Frühjahr 2016 an der Ländte Süd auf der St. Petersinsel ohne Baubewilligung einen Schwimmsteg erstellen. Am 13. September 2016 reichte sie ein nachträgliches Baugesuch für den Schwimmsteg als Teil der bestehenden Badetreppe des Klosterhotels und als der Schifffahrt dienende Anlegestelle auf Parzelle Twann-Tüscherz 1 (Twann) Gbbl. Nr. 1_____ ein. Gleichzeitig beantragte sie Ausnahmen für das Bauen ausserhalb des Baugebiets, für Eingriffe in Naturschutzgebiete und für ein Bauvorhaben in und am Wasser. Gegen das Bauvorhaben erhob der Verein Netzwerk Bielersee Einsprache; der Bauberater des Berner Heimatschutzes unterstützte diese. Das Regierungsstatthalteramt (RSA) Biel/Bienne führte am 22. Februar 2018 einen Augenschein mit Bereinigungsgespräch durch. Am 14. Mai 2018 beantragte die Burgergemeinde Bern beim RSA Biel/Bienne, das Bewilligungsverfahren für ein Jahr einzustellen, um weitere Abklärungen tätigen und ein Konzept mit einem möglichen Lösungsvorschlag ausarbeiten zu können. Mit Verfügung vom 22. Mai 2018 (Ziff. 3.1) sistierte das RSA Biel/Bienne das Verfahren bis zum 14. Mai 2019. In Ziffer 3.3 des Dispositivs hielt das RSA Biel/Bienne darüber hinaus fest: «Nach ungenutztem Ablauf dieser einjährigen Sistierungsfrist wird ab 15. Mai 2019 ein Benützungsverbot für den Schwimmsteg erlassen.»

B.

Gegen Ziffer 3.3 der genannten Verfügung erhob die Burgergemeinde Bern am 22. Juni 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Mit Entscheid vom 26. Oktober 2018 hiess diese die Beschwerde gut und hob Ziffer 3.3 der Verfügung vom 22. Mai 2018 auf (Ziff. 1). Die Verfahrenskosten von Fr. 400.-- wurden dem Verein Netzwerk Bielersee und dem Berner Heimatschutz unter solidarischer Haftung zur Bezahlung auferlegt (Ziff. 2). Diese wurden zudem dazu verpflichtet, der Burgergemeinde Bern deren Parteikosten von Fr. 2'315.-- unter solidarischer Haftung zu ersetzen (Ziff. 3).

C.

Dagegen hat der Verein Netzwerk Bielersee am 15. November 2018 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

- «1. Der Entscheid vom 26.10.2018 sei aufzuheben.
2. Eventualiter: Ziff. 2 und 3 des Entscheides vom 26.10.2018 seien aufzuheben. Auf die Erhebung von Verfahrenskosten sei zu verzichten und die Parteikosten der Beschwerdegegnerin [Burgergemeinde Bern] seien dem Kanton Bern aufzuerlegen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen»

Die Burgergemeinde Bern und die BVE beantragen mit Beschwerdeantwort vom 12. Februar 2019 bzw. Vernehmlassung vom 20. Dezember 2018 die Abweisung der Beschwerde. Mit Eingabe vom 11. Januar 2019 verzichtet die Einwohnergemeinde Twann-Tüscherz auf eine Stellungnahme. Der Bauberater des Berner Heimatschutzes unterstützt mit Stellungnahme vom 16. Januar 2019 den Beschwerdeführer im Kostenpunkt.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege wird allerdings nur ausgelöst, wenn es sich bei der strittigen Anordnung um eine Verfügung handelt (BVR 2013 S. 301 E. 1.1, 2009 S. 557 E. 1.1, 2006 S. 538 E. 1.1). Das Verwaltungsgericht prüft von Amtes wegen (Art. 20a VRPG), ob dem angefochtenen Entscheid ein taugliches Anfechtungsobjekt zugrunde liegt (VGE 2015/364 vom 1.12.2016 E. 1.1), wovon die Vorinstanz im vorliegenden Fall ausgegangen ist.

1.2 Nach ständiger Praxis gilt als Verfügung ein individueller, an Einzelne gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Werden durch eine Anordnung oder einen Beschluss einer Behörde keine individuellen Rechte oder Pflichten gestaltend oder feststellend geregelt bzw. werden keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt, mangelt es an einem wesentlichen Verfügungselement (BGE 141 II 233 E. 3.1, 135 II 328 E. 2.1 [Pra 99/2010 Nr. 27]; BVR 2018 S. 99 E. 2.1, 2015 S. 263 E. 1.4, je mit weiteren Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 8). – Im vorinstanzlichen Verfahren bildete die Sistierungsverfügung vom 22. Mai 2018 das Anfechtungsobjekt. Sie enthält die Ziffer 3.3 mit folgender Formulierung (act. 5A pag. 8): «Nach ungenutztem Ablauf dieser einjährigen Sistierungsfrist wird ab 15. Mai 2019 ein Benützungsverbot für den Schwimmsteg erlassen.» Im Lauf des Verfahrens zeigte sich, dass das RSA Biel/Bienne mit dieser Formulierung lediglich die Absicht offenlegen wollte, nach allfällig unbenutztem Ablauf der Sistierung der Gemeinde das Verfügen eines Benützungsverbots naheulegen (Stellungnahme RSA vom 4.7.2018, act. 5A pag. 16). Daraus geht hervor, dass das RSA Biel/Bienne mit der umstrittenen Formulierung keine individuellen Rechte oder Pflichten verbindlich festgelegt hat und es der Sistierungsverfügung in Bezug auf die allein an-

gefochtene Ziffer 3.3 an einem wesentlichen Verfügungselement fehlt. Die Äusserung stellte somit keine Verfügung dar und die Vorinstanz hätte mangels Anfechtungsobjekts nicht auf die Beschwerde eintreten dürfen.

1.3 Ist die Vorinstanz zu Unrecht auf die Beschwerde eingetreten, ist insoweit auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zulässig. Das Verwaltungsgericht tritt auf eine entsprechende Beschwerde nicht ein bzw. kassiert den vorinstanzlichen Entscheid (Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 136). Ein Nichteintreten ergeht, wenn das unrechtmässige Eintreten durch die Vorinstanz im Ergebnis folgenlos bleibt (BVR 2008 S. 1 E. 2.5 f.; VGE 2015/161 vom 7.4.2016 E. 4). Hätte ein Nichteintreten demgegenüber zur Folge, dass das Erkenntnis der Vorinstanz in Rechtskraft erwachsen würde, kassiert das Verwaltungsgericht den angefochtenen Entscheid in Anwendung von Art. 40 Abs. 1 VRPG (BVR 2009 S. 557 E. 1.6). Die BVE hat im angefochtenen Entscheid die Beschwerde gutgeheissen und die Ziffer 3.3 der Sistierungsverfügung vom 22. Mai 2018 aufgehoben (angefochtener Entscheid Ziff. III.1). Insofern hat sie in der Sache ein Urteil getroffen, welches bei einem Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichts in Rechtskraft erwächst. Dennoch ist die Kassation des Sachentscheids der BVE vorliegend nicht angezeigt: Selbst wenn es im vorinstanzlichen Verfahren an einem tauglichen Anfechtungsobjekt gefehlt hat, hätte es zu kurz gegriffen, wenn es die Vorinstanz bei einem schlichten Nichteintretensentscheid hätte bewenden lassen. Da der Wortlaut von Ziffer 3.3 der Sistierungsverfügung ohne weiteres als Anordnung eines Benützungsverbots verstanden werden durfte und deshalb unklar war, ob eine Verfügung vorlag, bestand aus Gründen der Rechtssicherheit Anlass, den Schein der zu befolgenden Anordnung ausdrücklich zu beseitigen und die betreffende Ziffer des Verfügungsdispositivs aufzuheben (vgl. betreffend eine nichtige Verfügung: VGE 2012/305/306 vom 9.4.2013 E. 3.2). Dazu war die Vorinstanz auch gestützt auf Art. 40 Abs. 3 Satz 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0) befugt, wonach sie den angefochtenen Entscheid von Amtes wegen abändern kann, wenn er erhebliche Mängel aufweist. Diese Befugnis steht der BVE auch im nachträglichen Baubewilligungsverfahren und selbst dann zu, wenn auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (BVR 2018 S. 469 E. 3.3; VGE 22794 vom 15.8.2007 E. 4.6.1). Die Vorinstanz war demzufolge trotz

Fehlens eines gültigen Anfechtungsobjekts berechtigt und verpflichtet, die umstrittene Ziffer 3.3 der Sistierungsverfügung aufzuheben, weshalb das unrechtmässige Eintreten im Ergebnis folgenlos bleibt. Auf die Beschwerde ist in Bezug auf den Sachentscheid demzufolge nicht einzutreten.

1.4 Demgegenüber ist auf die Beschwerde einzutreten, soweit sie die Kostenverlegung vor der Vorinstanz betrifft (BVR 2008 S. 1 E. 2.6; VGE 2019/20 vom 26.7.2019 E. 1.1). Der Beschwerdeführer ist als Verein im Sinn von Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) organisiert. Als juristische Person ist er damit partei- und prozessfähig. Er hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den Kostenschluss im angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; BVR 2008 S. 1 E. 2.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 5, Art. 107 N. 9). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG).

1.5 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

Im angefochtenen Entscheid wurden dem Beschwerdeführer und dem Berner Heimatschutz unter solidarischer Haftung die Verfahrenskosten sowie die Parteikosten der Beschwerdegegnerin (vor der Vorinstanz: Beschwerdeführerin) auferlegt.

2.1 Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

2.2 Unter dem Gesichtswinkel der besonderen Umstände stehen behördliche Fehlleistungen im Vordergrund, die für die Parteien mit erheblichem Mehraufwand verbunden gewesen sind (BVR 2004 S. 37 E. 3). Das RSA Biel/Bienne hat die Anordnung in Ziffer 3.3 der Verfügung vom 22. Mai 2018 in missverständlicher Art formuliert und trotz Aufforderung durch die Vorinstanz auf den Erlass einer neuen, klärenden Verfügung verzichtet (act. 5A pag. 33). Somit hat das RSA Biel/Bienne das Beschwerdeverfahren durch das eigene Fehlverhalten zu verantworten und es liegen besondere Umstände vor, die es rechtfertigen, für das vorinstanzliche Verfahren keine Verfahrenskosten zu erheben und die Parteikosten dem RSA Biel/Bienne aufzuerlegen. Dabei ist die Kostenregelung nicht nur gegenüber dem Beschwerdeführer, sondern gesamthaft und damit auch gegenüber dem Berner Heimatschutz zu korrigieren. Die BVE auferlegte nämlich dem Beschwerdeführer und dem Berner Heimatschutz die Verfahrenskosten unter Solidarhaft und verpflichtete sie ebenso dazu, die Parteikosten der Beschwerdegegnerin unter solidarischer Haftung zu tragen, weshalb auch bei Beschwerdeführung durch bloss eine der verpflichteten Organisationen die gesamte Kostenregelung der Vorinstanz im Streit steht. Eine Kostentragung unter Solidarhaft ist gemäss Art. 106 VRPG nur für eine Streitgenossenschaft vorgesehen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 106 N. 1); eine solche bildeten der Beschwerdeführer und der Berner Heimatschutz im vorinstanzlichen Verfahren nicht, weshalb ihnen die Kosten nicht gemeinsam unter Solidarhaft hätten auferlegt werden dürfen. Genauso wenig hätte die BVE den Berner Heimatschutz als Partei behandeln dürfen: Vor dem RSA Biel/Bienne und vor der BVE unterstützte zwar ein Bauberater des Berner Heimatschutzes die Haltung des Beschwerdeführers (Eingaben vom 13.10.2017 und 10.7.2018, act. 5B pag. 196 bzw. act. 5A pag. 18); eine Einspache hätte jedoch, um rechtsgültig zu sein, vom obersten Exekutivorgan dieser privaten Organisation eingereicht werden müssen (Art. 35a Abs. 3 und Art. 40a Abs. 1 BauG; VGE 2017/278 vom 19.3.2019 E. 1.4 mit Hinweisen; vgl. Stellungnahme des Bauberaters des Berner Heimatschutzes vom 16.1.2019, act. 8 S. 2 f.).

3.

3.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde begründet, soweit auf sie einzutreten ist.

3.2 Die Notwendigkeit des vorliegenden Verfahrens ist massgeblich auf die unrichtige Kostenverlegung im vorinstanzlichen Verfahren und somit auf ein behördliches Fehlverhalten zurückzuführen. Zuzugle besonderer Umstände sind demnach auch für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

3.3 Die Beschwerdegegnerin hat zwar die Abweisung der Beschwerde beantragt. In ihrer Beschwerdeantwort hat sie aber im Wesentlichen vorgebracht, es sei angezeigt gewesen, die missverständliche Ziffer 3.3 im vorinstanzlichen Verfahren aufzuheben. Damit kann sie nicht gänzlich als unterliegend bezeichnet werden. Es rechtfertigt sich aus diesem Grund, ihr die geltend gemachten Parteikosten zur Hälfte zu ersetzen (VGE 20946 vom 30.8.2000 E. 4). Angesichts der Umstände sind die Parteikosten der BVE aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

3.4 Gemäss Art. 41 Abs. 1 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht ein Honorar von Fr. 3'000.-- zuzüglich Auslagen und MWSt (insgesamt Fr. 3'263.30) geltend. Dies erscheint nach den obgenannten Kriterien überhöht. Die Schwierigkeit des Prozesses und die Bedeutung der Streitsache sind vorliegend als unterdurchschnittlich zu bezeichnen. Wie schon im vorinstanzlichen Verfahren rechtfertigt es sich unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, das Honorar auf Fr. 2'300.-- zuzüglich die geltend gemachten Auslagen festzusetzen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Burgergemeinde Bern mehrwertsteuerpflichtig ist (vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter:

<www.uid.admin.ch>) und deshalb die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen kann. In solchen Fällen ist der Betroffenen kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichts bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes der Beschwerdegegnerin die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6).

3.5 Der nicht berufsmässig vertretene Beschwerdeführer beantragt, ihm sei eine angemessene Parteientschädigung auszurichten. Nach Art. 104 Abs. 2 VRPG kann die Verwaltungsjustizbehörde Privaten, die ihren Prozess selber geführt haben, eine angemessene Parteientschädigung zuerkennen. Eine solche Billigkeitsentschädigung ist allerdings auf aufwändige Verfahren beschränkt, in denen die beteiligte Privatperson durch erheblichen persönlichen Arbeitsaufwand wesentlich zur Entscheidungsfindung beigetragen hat (BVR 2013 S. 423 E. 4.2, 2012 S. 1 E. 6, 2010 S. 147 [VGE 2009/108 vom 23.12.2009] nicht publ. E. 8.2; VGE 2019/42/43 vom 24.4.2019 E. 6.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 12 mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Der diesbezügliche Antrag des Beschwerdeführers ist abzuweisen.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Ziffern 2 und 3 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 26. Oktober 2018 werden wie folgt geändert:

«2. Es werden keine Kosten erhoben.

3. Der Kanton Bern (Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne) hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 2'315.-- (inkl. Auslagen, exkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.»

Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

2. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kanton Bern (Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion) hat der Beschwerdegegnerin die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf Fr. 2'330.-- (inkl. Auslagen, exkl. Mehrwertsteuer), zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'165.--, zu ersetzen. Dem Beschwerdeführer wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - der Beschwerdegegnerin
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
 - der Einwohnergemeinde Twann-Tüscherz
 - dem Berner Heimatschutz
 - dem Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne
 - dem Bundesamt für Umwelt
 - dem Bundesamt für Raumentwicklungund mitzuteilen:
 - dem Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung 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.