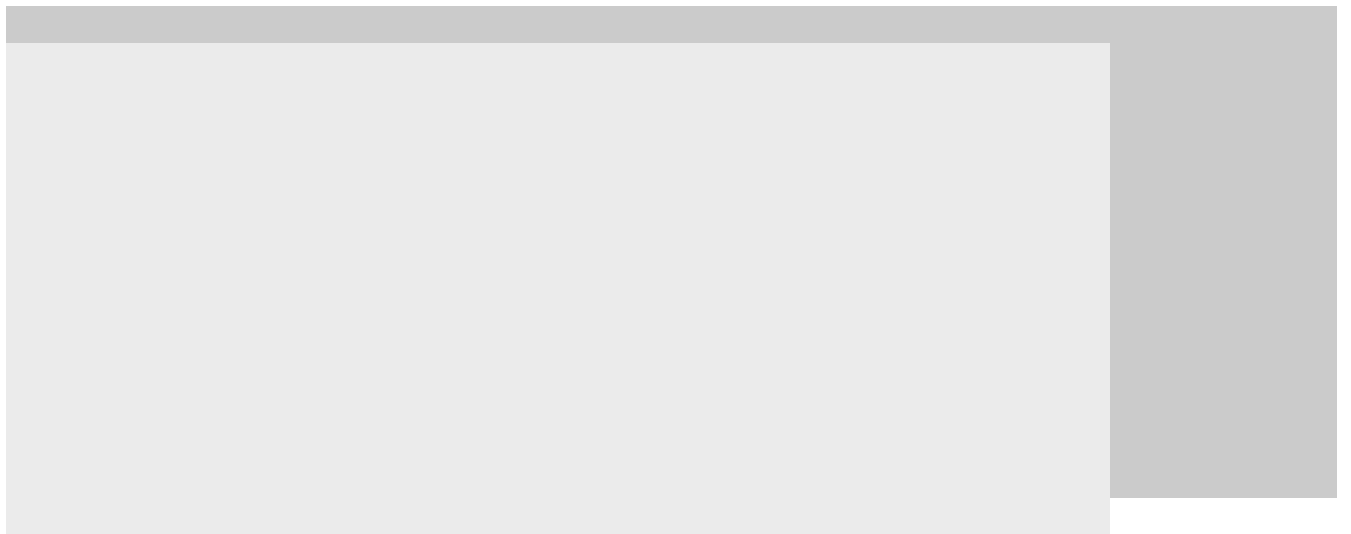


Koordinationsstelle Steine und Erden Kanton Bern KSE Bern
Kontrolle von Baustellen



Kurzgutachten

November 2005

Impressum

Auftraggeber:

Koordinationsstelle Steine und Erden
Kanton Bern KSE Bern
Herr Roger Lötscher, Sekretär
Aarbord 32, 3628 Uttigen

Auftragnehmer:

ecoptima, Spitalgasse 34,
Postfach, 3001 Bern
Telefon 031 310 50 80, Fax 031 310 50 81
www.ecoptima.ch, info@ecoptima.ch

Bearbeitung:

Richard Trachsel, Fürsprecher
Sarah Kohler, Fürsprecherin

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----------|
| 1. Fragestellung | 2 |
| 2. Sachverhalt | 2 |
| 3. Gesetzliche Grundlagen | 2 |
| 4. Baubewilligungspflicht | 3 |
| 4.1 Vorbemerkungen | 3 |
| 4.2 Nach dem RPG baubewilligungspflichtige Bauten und Anlagen | 3 |
| 4.3 Nach kantonalem Recht baubewilligungspflichtige Bauvorhaben | 3 |
| 4.4 Nach Bundesrecht baubewilligungspflichtige Bauvorhaben | 5 |
| 5. Überwachung der unter die kantonale Bauhoheit fallenden Bauvorhaben | 6 |
| 5.1 Baupolizeiliche Aufsicht | 6 |
| 5.2 Strafen | 7 |
| 6. Überwachung von bundesrechtlichen Bauvorhaben | 8 |
| 7. Ergebnis | 8 |

1. Fragestellung

Das Kurzgutachten beinhaltet gemäss Schreiben vom 2. September 2005 und Auftragserteilung vom 9. September 2005 die Stellungnahme zu den folgenden Fragen:

1. In wie weit lassen die Auflagen und Bedingungen der Baubewilligung inkl. Nebenbewilligungen und allenfalls die Umweltverträglichkeitsprüfung den Unternehmen einen Spielraum offen, von einer bewilligten Baustelle aus auch andere Baustellen mit Material zu beliefern?
2. Welche bau- und planungsrechtlichen Vorschriften kommen in diesem Fall zur Anwendung und könnten durch diese Tätigkeiten verletzt sein?
3. Wer müsste die Einhaltung dieser Vorschriften überwachen und im Falle von Unregelmässigkeiten eingreifen?

Das Kurzgutachten äussert sich insbesondere zu den bau-, planungs- und umweltrechtlich relevanten Fragestellungen. Nicht Gegenstand des Gutachtens sind privatrechtliche Aspekte wie sachenrechtliche, vertragsrechtliche oder wettbewerbsrechtliche Aspekte.

2. Sachverhalt

Das Kurzgutachten untersucht nicht einen konkreten Fall. Vielmehr versucht es aus einer allgemeinen Betrachtungsweise einen modellhaften Sachverhalt zu erfassen, wie er sich in ähnlicher Form jederzeit stellen könnte:

Im Rahmen einer Grossbaustelle wird eine Betonaufbereitungs-Anlage installiert. Die beauftragte Unternehmung versorgt damit nicht nur die eine, sondern auch noch andere Baustellen mit Beton.

3. Gesetzliche Grundlagen

Die Untersuchung stützt sich auf Stufe Bund insbesondere auf das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG; SR 700), die Verordnung über die Raumplanung (RPV; SR 700.1), das Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG; SR 814.01) und die Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV; SR 814.011).

Auf kantonaler Ebene stützt sich die Untersuchung insbesondere auf das Koordinationsgesetz (KoG; BSG 724.1), das Baugesetz (BauG; SR 721.0), die Bauverordnung (BauV; BSG 721.1), das Baubewilligungsdekret (BewD; BSG 725.1) und die Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (KUVPV; BSG 820.111).

4. Baubewilligungspflicht

4.1 Vorbemerkungen

Die Baubewilligung ist die Verfügung, mit der die zuständige Behörde ein Bauvorhaben erlaubt. Im Rahmen dieser Beurteilung überprüft die Bewilligungsbehörde, ob das Bauvorhaben den Vorschriften des Bau- und Planungsrechts und den weiteren im Baubewilligungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entspricht, ob es die öffentliche Ordnung nicht gefährdet und ob ihm keine Hindernisse der Planung entgegenstehen.

4.2 Nach dem RPG baubewilligungspflichtige Bauten und Anlagen

Nach der Regelung des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden (Art. 22 RPG). Der Begriff der «Bauten und Anlagen» ist daher ein bundesrechtlicher. Dies bedeutet, dass die Kantone den Kreis der nach dem RPG bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen nicht einschränken können, sie können ihn höchstens ausdehnen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als bewilligungspflichtige «Bauten und Anlagen» im Sinne des RPG «jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dazu gehören auch Fahrnisbauten wie z.B. eine Betonbereitungsanlage, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden» (BGE 119 Ib S. 226, 118 Ib 9f. und 51f., 113 Ib 315).

Bundesrecht und kantonales Recht können weitere Voraussetzungen festlegen, die eine Baute oder Anlage zur Bewilligung zu erfüllen haben. Das heisst z.B., dass auch die Vereinbarkeit eines Projektes mit den Geboten des Umweltschutzes im Baubewilligungsverfahren sicherzustellen ist.

4.3 Nach kantonalem Recht baubewilligungspflichtige Bauvorhaben

Mit Art. 1 Abs. 1 stellt das Bernische Baugesetz eine Generalklausel auf, wonach das Bewilligungserfordernis für alle Bauvorhaben gilt, die unter die Bestimmungen der (kantonalen) Baugesetzgebung fallen. Keiner Baubewilligung im Sinne des Baugesetzes bedürfen nach Art. 1 Abs. 3 BauG:

- a) Bauvorhaben, die nach der eidgenössischen Gesetzgebung nicht der kantonalen Bauhoheit unterliegen;
- b) nach den näheren Bestimmungen des Baubewilligungsdekretes
 - Bauvorhaben, die durch andere Gesetze umfassend geregelt sind;
 - Unterhaltsarbeiten, geringfügige Bauvorhaben und für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen.

Im Bewilligungsdekret werden diese Bestimmungen konkretisiert. Die in den Art. 4-7 BewD enthaltene Aufzählung der bewilligungspflichtigen und bewilligungsfreien Bauvorhaben ist nicht abschliessend.

4.3.1 Baubewilligungspflicht für eine Beton-Aufbereitungsanlage auf einer Grossbaustelle

Für Gebäude oder Gebäudeteile ist eine Baubewilligung gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. a BewD erforderlich. Die Bewilligung eines solchen Bauvorhabens beinhaltet überdies die dazu erforderlichen Baustelleninstallationen. Darunter fällt auch eine Beton-Aufbereitungsanlage, die (notwendigerweise) für das Bauvorhaben installiert wird. Soweit für die Erstellung des bewilligten Baus nicht notwendig, ist hingegen fraglich, ob eine solche Aufbereitungsanlage durch die Baubewilligung noch gedeckt sein kann. Dem Grundsatz von Art. 1 BauG und Art. 4 Abs. 1 Bst. a BewD nach ist verboten, was nicht bewilligt ist. Das heisst, dass nicht notwendige Baustelleninstallationen kritisch zur beurteilen sind. Dabei gibt es keine Liste objektiv notwendiger Installationen, sondern es ist dem Bauherrn als Bewilligungsnehmer anheim gestellt, was er wo und wie lange installiert. Die Grenze des nach der Baubewilligung Zulässigen wird jedenfalls dann überschritten, wenn der Zusammenhang mit der Baustelle, auf der die Installationen stehen, nicht oder nicht mehr hergestellt werden kann.

Das gilt insbesondere für Projekte, für welche eine UVP vorgelegt werden musste. Wird eine Beton-Aufbereitungsanlage dort weitergehend genutzt als für den Bau notwendig und in der UVP nachgewiesen, so verursacht sie Auswirkungen auf die Umwelt, welche im Rahmen der UVP des Bauvorhabens nicht berücksichtigt wurden. Wäre die erweiterte Nutzung der Beton-Aufbereitungsanlage zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen, so wäre deren Umweltverträglichkeit in die Prüfung des Gesamtprojektes eingeflossen, was allenfalls die Bewilligungsfähigkeit (Überschreiten von Grenzwerten) des Gesamtprojektes hätte in Frage stellen können.

4.3.2 Baubewilligungspflicht für eine Beton-Aufbereitungsanlage als solche

Die Verwaltungs- und Gerichtspraxis hat den Katalog für baubewilligungspflichtige Bauten und Anlagen gemäss Art. 4 BewD in verschiedener Hinsicht verdeutlicht oder ergänzt. Demnach bedarf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch eine mobile Beton-Aufbereitungsanlage einer Baubewilligung.

Diesem Entscheid, BGE 113 Ib 314, liegt folgender Sachverhalt zugrunde: X betreibt den Werkhof seines Bauunternehmens. Darauf errichtete er eine Beton-Aufbereitungsanlage. Der Gemeinderat erachtete diese Anlage als bewilligungspflichtig und veranlasste eine Abklärung für die nachträgliche Baubewilligung dieser Baute. Das Bundesgericht erachtet die Beton-Aufbereitungsanlage gestützt auf Art. 22 RPG als bewilligungspflichtig. Sie

sei zwar nicht fest im Boden verankert, sondern auf Betonsockeln mit Schrauben festgemacht und innert weniger Stunden demontierbar. Auf die Rüge der Ungleichbehandlung hin führt das Bundesgericht aus, dass der Beschwerdeführer übersehe, dass zwischen der Benützung einer Anlage auf einer Grossbaustelle und deren Installation auf einem im übrigen Gemeindegebiet liegenden Werkplatz zur Betonherstellung für verschiedene kleinere Baustellen erhebliche tatsächliche Unterschiede bestünden. Daher sei die fehlende Bewilligungspflicht für das Aufstellen solcher Anlagen auf Grossbaustellen nicht als Rechtsungleichheit zu betrachten.

Wird eine Baustelleninstallation über das für den Bau selber notwendige Mass genutzt, so stellt dies eine baubewilligungspflichtige Zweckänderung dar.

Zwischenergebnis

Auf den eingangs geschilderten und im Rahmen dieses Kurzgutachtens zu beurteilenden modellhaften Sachverhalt bezogen, folgt aus diesen Ausführungen, dass das Aufstellen und die Benützung einer Beton-Aufbereitungsanlage – soweit für das Bauprojekt notwendig – in der Baubewilligung inbegriffen ist. Demgegenüber bedarf die über das bewilligte Bauvorhaben hinausgehende Benützung der Beton-Aufbereitungsanlage einer eigenen Baubewilligung.

Eine andere Frage ist, wie sich in der Praxis eine solche Benützung feststellen und kontrollieren lässt.

4.4 Nach Bundesrecht baubewilligungspflichtige Bauvorhaben

Neben den nach kantonalem Recht baubewilligungspflichtigen Bauvorhaben gibt es auch solche, die in die Bewilligungszuständigkeit des Bundes fallen. Die Bundesverfassung oder ein Bundesgesetz können die ausschliessliche oder teilweise Zuständigkeit des Bundes für die Bewilligung bundeseigener Bauten und Anlagen oder solcher von Dritten vorsehen. Fehlt eine solche explizit geregelte Bundeskompetenz, ist grundsätzlich kantonales Recht auch für Bauvorhaben des Bundes anwendbar.

Bauvorhaben, die in die Bundeskompetenz fallen, sind z.B. die unter das Militärgesetz (MG; SR 510.10) fallenden militärischen Bauten und Anlagen, unter das Eisenbahngesetz (EBG; SR 742.101) fallende Eisenbahnanlagen oder unter das Nationalstrassengesetz (NSG; SR 725.11) fallende Nationalstrassenbauten. Für diese Bauvorhaben sind keine kantonalen Bewilligungen erforderlich. Die Beurteilung erfolgt in der Regel nach einem bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahren. Das kantonale Recht ist vom Bund insoweit zu berücksichtigen, als es die Erfüllung der entsprechenden Bundesaufgabe nicht unverhältnismässig einschränkt.

Ähnlich wie im kantonalen Recht kann man davon ausgehen, dass die bundesrechtliche Plangenehmigung für ein Bauvorhaben auch die dazu erforderlichen Baustelleninstallationen, wie z.B. eine Beton-Aufbereitungsanlage, beinhaltet. Das heisst, dass für den Betrieb von Beton-Aufbereitungsanlagen auf Bundesbaustellen die gleichen Kriterien und Einschränkungen gelten, wie auf Baustellen die der kantonalen Bauhoheit unterstehen. Wird eine Baustelleninstallation über das für die bundesrechtlich bewilligte Baute selber notwendige Mass genutzt, so stellt dies eine der kantonalen Bauhoheit unterstehende baubewilligungspflichtige Zweckänderung dar.

5. Überwachung der unter die kantonale Bauhoheit fallenden Bauvorhaben

5.1 Baupolizeiliche Aufsicht

Die Baupolizeibehörde sorgt gemäss Art. 45 BauG dafür, dass im Bauwesen die gesetzliche Ordnung eingehalten wird. Sie ist befugt, alle dafür erforderlichen und geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Als Massnahmen stehen ihr die Baueinstellung, das Benützungsverbot, die Wiederherstellungsverfügung und die Ersatzvornahme zur Verfügung (Art. 45ff. BauG).

Die Baupolizei ist eine Gemeindeaufgabe. Sofern im Gemeindereglement nicht anders vereinbart, ist der Gemeinderat Baupolizeibehörde. Die Feststellung der Bewilligungspflicht ist hingegen Aufgabe der Regierungsstatthalter (Art. 48 Abs. 2 BewD). Dazu übt der Regierungsstatthalter die Aufsicht über die Gemeindebaupolizei aus und ist ihr gegenüber weisungsbefugt, er kann sogar an Stelle der Gemeinde selber verfügen.

Baupolizeiliche Massnahmen sind von der zuständigen Baupolizeibehörde von Amtes wegen einzuleiten, sobald sie Kenntnis von wesentlichen baurechtswidrigen Tatbeständen erhält. Sie hat dementsprechend auch einer Anzeige nachzugehen, mit der sie auf solche Verhältnisse hingewiesen wird.

Mittels einer Anzeige kann der für die Baupolizei zuständigen Gemeindebehörde mitgeteilt werden, dass ein bestimmter Sachverhalt den Bauvorschriften widerspricht. Im Rahmen der Aufsichtsfunktion muss daraufhin die Gemeinde als Baupolizeibehörde von Amtes wegen tätig werden und den Sachverhalt untersuchen und feststellen, ob eine Baupolizeiwidrigkeit vorliegt. Vernachlässigt die Gemeindebehörde ihre baupolizeilichen Pflichten und sind dadurch öffentliche Interessen gefährdet, so hat gemäss Art. 48 Baugesetz an ihrer Stelle der Regierungsstatthalter, wenn nötig die sachlich zuständige Direktion des Regierungsrates die erforderliche Massnahmen zu verfügen. In einem solchen Fall des Untätigseins der Gemeindebehörde könnte das Verfahren mit einer baupolizeilichen Aufsichtsanzeige beim Regierungsstatthalter als Aufsichtsbehörde über die Baupolizei ausgelöst werden.

Ihrer Natur nach ist zur Anzeige legitimiert, wer einen Sachverhalt beobachtet und damit feststellt. Es braucht weder konkrete Anforderungen an die Person selbst noch eine bestimmte Beziehung zur Sache. Anzeigen können sowohl natürliche als auch juristische Personen erstatten. Lediglich offensichtlich unrichtige Anzeigen oder Anzeigen mit denen offenbar andere Ziele als die Durchsetzung des öffentlichen Rechts verfolgt werden, können von den zuständigen Behörden zurückhaltender behandelt werden. Eine gewisse Zurückhaltung scheint allenfalls geboten bei sogenannten Konkurrentenanzeigen, die lediglich auf das Erreichen von Wettbewerbsvorteilen gerichtet sind. Diesfalls tut der Anzeiger gut daran, seine Sachverhaltsfeststellungen zu belegen.

Das baupolizeiliche Verfahren, das durch Anzeige oder von den Baupolizeibehörden von Amtes wegen eingeleitet wird, richtet sich nach den Vorschriften in Art. 46 ff BauG. Den Anzeigern kommt im Verfahren Parteistellung zu, wenn sie

- als Nachbarn durch die baurechtswidrigen Verhältnisse betroffen sind;
- zu den nach Art. 35 Abs. 2 Bst. b BauG einspracheberechtigten Organisationen gehören;

Verfügungen der Baupolizeibehörden können von den Betroffenen und von den am Verfahren beteiligten Anzeigern mit Beschwerde bei der kantonalen Direktion für Bau-, Verkehr- und Energie angefochten werden. Der Entscheidung der BVE wiederum unterliegt der Beschwerde an das Verwaltungsgericht.

5.2 Strafen

Widerhandlungen gegen die Vorschriften des Bau- und Planungsrechts und die gestützt darauf erlassenen Verfügungen stellen Übertretungstatbestände des kantonalen Rechts im Sinne von Art. 35 Ziff. 1 Abs. 2 StGB dar. Strafbar sind auch fahrlässige Widerhandlungen.

Widerhandlungen sind Offizialdelikte, also von Amtes wegen zu verfolgen. Anzeigepflichtig sind nach den Bestimmungen des Gesetzes über das Strafverfahren die Organe der gerichtlichen Polizei. Das Baugesetz selbst statuiert nicht ausdrücklich die Anzeigepflicht der Baupolizeibehörden. Demnach ist anzunehmen, dass diese wenigstens soweit besteht, als es die Durchsetzung des öffentlichen Rechts verlangt. Von einer Anzeige darf die Behörde dann absehen, wenn die Widerhandlung auf Unkenntnis zurückzuführen ist und sich der Schuldige einsichtig zeigt, so dass angenommen werden darf, dass er auch ohne Bestrafung inskünftig die Vorschriften einhalten werde (vgl. dazu Kommentar zum BauG des Kantons Bern vom 9. Juni 1985). Für einen Anzeiger bedeutet das, dass er auch hier nur den Sachverhalt darstellen muss und dann ein Handeln der Behörden von Amtes wegen erwarten kann. Er muss keinen Strafantrag stellen und nicht selbst die Bestrafung des Fehlbaren beantragen.

6. Überwachung von bundesrechtlichen Bauvorhaben

Für die Überwachung von bundesrechtlichen Bauvorhaben richtet sich die baupolizeiliche Zuständigkeit nach der jeweiligen Bundesgesetzgebung. Gemäss Art. 41 NSG vergeben und überwachen die Kantone die Bauarbeiten nach den vom Bundesrat bestimmten Grundsätzen. Der Bundesrat übt durch das Departement die Oberaufsicht aus. Er trifft insbesondere die Anordnungen, die für eine genügende Baukontrolle nötig sind. Die Kantone regeln im Rahmen des NSG die Zuständigkeiten zur Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben und das dabei anwendbare Verfahren.

Der Regierungsrat des Kantons Bern hat die Aufgaben auf dem Gebiet des Nationalstrassenbaus mit der Verordnung über den Vollzug des Bundesgesetzes über die Nationalstrassen im Kanton Bern vom 8. März 1960 der kantonalen Baudirektion übertragen. Die zuständige Stelle der Baudirektion überwacht die Bauarbeiten und sorgt gemäss Art. 14 für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Wahrgenommen wird diese Aufgabe gemäss Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion vom 18. Oktober 1995 vom Tiefbauamt.

Man kann davon ausgehen, dass für andere bundesrechtliche Bauvorhaben ähnliche Bestimmungen gelten. Wer im konkreten Fall zuständige Baupolizeibehörde und damit richtiger Adressat für eine baupolizeiliche Anzeige ist, muss von Fall zu Fall abgeklärt werden.

7. Ergebnis

Zu Frage 1: Die Nutzung einer Beton-Aufbereitungsanlage, soweit über die Zweckbestimmung für den bewilligten Bau hinausgehend, bedarf einer Baubewilligung.

Zu Frage 2: Verletzt sind insbesondere die Vorschriften zur Baubewilligungspflicht (Art. 1 und 2 BauG i.V.m. Art. 4 BewD). Materiell dürfte es in der Regel um Verletzungen des Umweltschutzgesetzes und seiner Zusatzerlasse gehen.

Zu Frage 3: Die Verletzung dieser Vorschriften zieht gestützt auf Art. 45ff. BauG baupolizeiliche Massnahmen nach sich. Die Baupolizei ist die zuständige Gemeindebehörde und untersteht der Aufsicht des Regierungstatthalters. Sofern im Gemeindereglement nicht anders geregelt, ist der Gemeinderat Baupolizeibehörde. Die Regierungstatthalterämter können den Gemeinde Weisungen erteilen oder nötigenfalls selber mit Verfügung eingreifen. Für Bauvorhaben, die nicht der kantonalen Bauhoheit unterstehen, muss die zuständige Baupolizeibehörde nach der jeweils geltenden Bundesgesetzgebung festgestellt werden. In der Regel ist für die Baukontrolle eine kantonale oder sogar die kommunale Baupolizeibehörde zuständig. Das Verfahren wird von Amtes wegen oder durch Anzeige ausgelöst. Die Anzeige kann formlos (z.B. telefonisch oder per e-mail) erfolgen, wobei eine schriftliche Einreichung unter Beilage der greifbaren Beweismittel empfohlen wird. Anzeige erheben kann jedermann, der einen baurechtswidrigen Sachverhalt feststellt.