

Schriftliche Anwaltsprüfung Staats- und Verwaltungsrecht II/2023

Prüfungsbesprechung
Dienstag, 14. Mai 2024

Michel Daum, Verwaltungsrichter

Aufgabenstellung

- Verfassen Sie das **Urteil des Verwaltungsgerichts** per Prüfungsdatum. **Argumentieren** und begründen Sie sowohl im formellen als auch im materiellen Teil einlässlich unter **Einbezug des angefochtenen Entscheids** und **aller Parteistandpunkte**. Für die Darstellung der Prozessgeschichte und des Sachverhalts können Sie auf das Aufgabenblatt verweisen. Im Urteilszeitpunkt noch unklar ist, wie die Fundation des Gebäudes ausgestaltet ist und ob die Baute ohne Hangsicherungsmaßnahmen entfernt werden kann. In rechtlicher Hinsicht ist das aktuelle Recht massgebend (vgl. Hilfsmittel); es müssen **keine alten Rechtsnormen** angewendet werden.
- Erstellen Sie sodann im gleichen Dokument eine **Aktennotiz** (einzig) zur Frage, unter welchen **Voraussetzungen** Entscheide des Verwaltungsgerichts, mit denen eine Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, beim Bundesgericht anfechtbar sind und welche **Auswirkungen** mit dieser Frage verbunden sind.
- **Verfügbare Zeit:** 6 Stunden

Übersicht (1)

A. Formelles

1. Deckblatt /Rubrum
2. Prozessgeschichte
3. Zuständigkeit
4. Beschwerdebefugnis
5. Form und Frist
6. Eintreten
7. Kognition

Übersicht (2)

B. Materielles

1. Sachverhalt

2. Rechtsgrundlagen Wiederherstellung

3. Unzulässigkeit Rückbau ursprüngliche Bausubstanz

4. Vertrauensschutz für Bauherrschaft

5. Öffentliches Interesse am vollständigen Abbruch

6. Verhältnismässigkeit

7. Wiederherstellung Bodenaufbau und Geländeverlauf

8. Ergebnis

Übersicht (3)

C. Kosten

D. Dispositiv

E. Rechtsmittelbelehrung

Aktennotiz

Formelles - Deckblatt/Rubrum

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 4. Oktober 2023

Verwaltungsrichter A., Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter B. und C.
Gerichtsschreiber D.

Bundesamt für Raumentwicklung (ARE)

Beschwerdeführer

gegen

Hermann Berger
vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Spielmann

Beschwerdegegner 1

Gemeinde Lütschental

Beschwerdegegnerin 2

und

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern

betreffend Baupolizei; Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bezüglich Weidhaus (Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 5. Mai 2020)

Formelles - Zuständigkeit

Das **Verwaltungsgericht** ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz **zuständig** (Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 VRPG; vgl. auch Art. 49 Abs. 2 BauG).

Formelles - Beschwerdebefugnis

- Das ARE hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Es ist zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt (**Behördenbeschwerde**; Art. 48 Abs. 4 RPV i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG).
- Die Legitimation ist deshalb auch im kantonalen Verfahren gegeben (**Grundsatz der Einheit des Verfahrens**; Art. 79 Abs. 2 VRPG und Art. 111 Abs. 2 BGG).

Formelles - Form und Frist

Die Bestimmungen über **Form und Frist** sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG).

Formelles - Eintreten

Auf die Beschwerde ist **einzutreten**.

Formelles - Kognition

- Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf **Rechtsverletzungen** hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).
- Hier steht keine Angemessenheitsprüfung zur Diskussion, sondern es geht um die Klärung von **Rechtsfragen** (insb. öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit an der Wiederherstellung, Vertrauensschutz).

Materielles - Rechtsgrundlagen

Wiederherstellung

- *Grundlage BauG: **Wiederherstellung** des rechtmässigen Zustands nach Art. 46 BauG.*
- *Materielle Rechtswidrigkeit / Verhältnismässigkeit: Es wäre im Allgemeinen unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute bloss wegen Fehlens der förmlichen Baubewilligung (**formelle Rechtswidrigkeit**) beseitigen zu lassen. Die **materielle Rechtswidrigkeit** wird hier jedenfalls mit Bezug auf die ursprüngliche Bausubstanz bestritten und ist deshalb zu prüfen, auch wenn Hermann Berger für die ausgeführten Arbeiten kein nachträgliches Baugesuch eingereicht hat.*

Materielles - Unzulässigkeit Rückbau ursprüngliche Bausubstanz (1)

- *Zonenkonformität*: Die Nutzung des Weidhauses in der Landwirtschaftszone als Wohnhaus ist **nicht zonenkonform** (Art. 22 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 16a RPG, Umkehrschluss).
- *Besitzstandsgarantie*: Ist eine nicht mehr zonenkonforme Baute ausserhalb der Bauzonen noch bestimmungsgemäss nutzbar, ist sie grundsätzlich in ihrem **Bestand geschützt** und gilt insofern als rechtmässig (Art. 24c Abs. 1 RPG). Das Weidhaus wurde schon vor Jahrzehnten nicht mehr landwirtschaftlich genutzt, sondern offenbar zu Wohnzwecken (vor Stichtag 1. Juli 1972); es ist damit zonenwidrig geworden und könnte in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG fallen (sog. altrechtliche Baute; vgl. Art. 41 RPV).

Materielles - Unzulässigkeit Rückbau ursprüngliche Bausubstanz (2)

- *Würdigung Sachverhalt:* Weidhaus war vor den Umbauarbeiten ab dem Jahr 2001 baufällig und deshalb nicht mehr bestimmungsgemäss nutzbar (insb. auch tragende Konstruktionen betroffen). Die Besitzstandsgarantie, die getätigte Investitionen schützt, ist daher nicht anwendbar. Der **Besitzstandsschutz ist untergegangen**, deshalb ist auch die Originalsubstanz materiell rechtswidrig; die Lebensdauer des verfallenen Weidhauses war abgelaufen.
- *Ergebnis:* Voraussetzungen von Art. 24c RPG sind nicht erfüllt. Es ist kein anderer (Ausnahme-)Tatbestand von Art. 24 ff. RPG einschlägig. Die ausgeführten Arbeiten einschliesslich der ursprünglichen Bausubstanz sind **materiell rechtswidrig**.

Materielles - Vertrauensschutz für Bauherrschaft (1)

- *Theorie: Allgemeine Voraussetzungen* Vertrauensschutz (Art. 5 Abs. 3 und 9 BV, Art. 11 Abs. 2 KV): Vertrauensgrundlage (vorbehaltlose, konkrete Auskunft bzw. Zusicherung durch zuständige Behörde, deren Unrichtigkeit nicht ohne weiteres erkennbar ist), Vertrauensbetätigung (Dispositionen), Interessenabwägung.
- *Vertrauensgrundlage durch Unterlassen*: Vertrauensschutz ist in einer solchen Situation nicht leichthin anzunehmen. Er greift nur, wenn die Bürgerin oder der Bürger nicht mit einer anderslautenden Auskunft rechnen musste. Wer in diesem Sinn **nicht gutgläubig** ist, kann selbst aus einer langjährigen behördlichen Duldung des rechtswidrigen Zustands nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Materielles - Vertrauensschutz für Bauherrschaft (2)

- *Baubewilligungspflicht*: Die grundsätzliche Baubewilligungspflicht für Bauvorhaben darf als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, erst recht bei Bauvorhaben in der Landwirtschaftszone; Hermann Berger hat sogar für die Kochnische und den Kamin ein Baugesuch eingereicht, weshalb ihm klar sein musste, dass für die viel weitergehenden baulichen Massnahmen ein **Baugesuch nötig** ist; zumindest hätte er entsprechende Abklärungen machen müssen.
- *Weidhausplan*: Richtplan ist für Private im Gegensatz zur Nutzungsplanung nicht verbindlich (Art. 9 Abs. 1 RPG, Art. 57 BauG). Eine einfache Wohnnutzung mag «wünschenswert» sein, bedeutet aber nicht Dispens vom **Baubewilligungserfordernis**. Im Gegenteil verweist der Weidhausrichtplan selber auf das Raumplanungsrecht des Bundes und damit auf Art. 22 RPG.
- *Ergebnis*: Hermann Berger ist nicht gutgläubig bzw. es **fehlt die Vertrauensgrundlage**.

Materielles - Öffentliches Interesse am vollständigen Abbruch

- *Rechtslage*: **Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet** stellt einen fundamentalen Grundsatz des Raumplanungsrechts dar; dem konsequenten Vollzug des Baurechts ausserhalb des Baugebiets kommt besondere Bedeutung zu.
- *Würdigung Sachverhalt*: Der durch den Verfall des Gebäudes geschaffene rechtswidrige Zustand ist **nicht unbedeutend**.
- *Ergebnis*: Am Rückbau des zonenwidrigen Gebäudes besteht ein **gewichtiges** öffentliches Interesse.

Materielles – Verhältnismässigkeit (1)

- *Theorie*: **Elemente** der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV; Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit).
- *Eignung*: Mit dem vollständigen Abbruch kann das hier zur Diskussion stehende öffentliche Interesse durchgesetzt werden (**Trennungsgrundsatz**).
- *Erforderlichkeit*: Die vollständige Wiederherstellung ist erforderlich; **kein milderes Mittel** als den vollständigen Rückbau ersichtlich, um die Zonenkonformität der widerrechtlich gewordenen Bausubstanz zu beseitigen, insb. genügt eine Nutzungsbeschränkung auf das Sommerhalbjahr nicht. Die illegale Bausubstanz, sofern sie nach dem Abriss der übrigen Bauteile überhaupt noch bestehen könnte, würde auch noch bestehen, wenn die Optik des Gebäudes äusserlich mit Steinplatten usw. verbessert würde. Diese Massnahmen stellen daher im Vergleich zur Wiederherstellung kein gleich wirksames milderes Mittel dar. Der rechtskräftig bewilligte Kamin kann nicht von der Rückbaupflicht ausgenommen werden, da er für sich allein nicht bestehen kann.

Materielles – Verhältnismässigkeit (2)

- *Zumutbarkeit*: Ausgangspunkt öffentliches Interesse Trennung von Bau- und Nichtbaugelände; entgegenstehende Interessen: **privates Interesse** an der Beibehaltung des Hauses, finanzielle Nachteile; Hermann Berger ist aber nicht gutgläubig, deshalb private Interessen nicht ausschlaggebend; ferner: **öffentliche Interessen am Landschaftsschutz und am Erhalt der traditionellen Kulturlandschaft**, die im Weidhausrichtplan ausgewiesen sind; die Baute ist jedoch materiell rechtswidrig, und es käme einer Aushöhlung der Vorschriften über die Zonenkonformität in der Landwirtschaftszone gleich, wenn widerrechtliche zonenfremde Bauten zwar nicht (nachträglich) bewilligt werden könnten, im Baupolizeiverfahren mit der gleichen Begründung aber auf die Wiederherstellung verzichtet würde. Der vollständige Abriss ist zumutbar.
- *Ergebnis*: Der vollständige Abbruch ist **verhältnismässig**.

Materielles - Wiederherstellung Bodenaufbau und Geländeeverlauf

- *Streitgegenstand im Baupolizeiverfahren:* Der Antrag des ARE ist eine zulässige Wiederherstellungsmassnahme im Baupolizeiverfahren (Art. 46 BauG). Der vollständige Abbruch des Weidhauses beinhaltet auch die Entfernung des Fundaments und damit Massnahmen zum Wiederaufbau des Bodens unter dem zu entfernenden Gebäude. Das Begehren des ARE liegt innerhalb des **Streitgegenstands**.
- *Würdigung Sachverhalt:* Fundation und Notwendigkeit von Hangsicherungsmassnahmen sind **unklar**. Das könnte Auswirkungen haben auf die Umschreibung des Wiederherstellungsbefehls und auf die vom ARE verlangte Wiederherstellung des natürlichen Geländeeverlaufs.
- *Kassatorischer / reformatorischer Entscheid:* Es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts, diese Fragen erstmals zu entscheiden, sondern aufgrund der **Sachnähe und Ortskenntnis** Aufgabe der Gemeinde. Deshalb **kassatorisches** Urteil (Art. 84 Abs. 1 VRPG).

Materielles - Ergebnis

Die Beschwerde ist dahin **gutzuheissen**, dass der angefochtene Entscheid **aufzuheben** und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die Gemeinde **zurückzuweisen** ist. Im Übrigen ist die Beschwerde **abzuweisen**.

Kosten

- *Verwaltungsgericht*: Bei diesem Prozessausgang hat Hermann Berger die **Kosten** des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Rückweisung der Sache an die Gemeinde bedeutet kein teilweises Unterliegen des ARE. **Parteikosten** sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).
- *BVD*: Kostenverlegung im vorinstanzlichen Verfahren nach den **gleichen Grundsätzen**.

Dispositiv

1. Die Beschwerde wird **dahin gutgeheissen, dass** der Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 5. Mai 2020 **aufgehoben** und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die Gemeinde Lütschental **zurückgewiesen** wird. Im Übrigen wird die Beschwerde **abgewiesen**.
2. a) Die **Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht**, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr.--, werden dem Beschwerdegegner 1 auferlegt.
b) Die **Kosten des Verfahrens vor der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern**, festgesetzt auf eine Pauschalgebühr von Fr.--, werden dem Beschwerdegegner 1 auferlegt.
3. Für die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und vor der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern werden keine **Parteikosten** gesprochen.
4. Zu **eröffnen**:
 - Beschwerdeführer
 - Beschwerdegegner 1
 - Beschwerdegegnerin 2
 - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern

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. BGG geführt werden.

Aktennotiz

- *Grundsatz*: Rückweisungsentscheide zur Neubeurteilung der Sache gelten als (andere) **Zwischenentscheide**, die unter den (alternativen) Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG angefochten werden können.
- *Ausnahme*: Die Rückweisung dient nur der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten; in diesem Fall liegt ein (Quasi-)**Endentscheid** vor (Art. 90 BGG).
- *Konsequenzen*: Endentscheide müssen angefochten werden, wenn sie nicht rechtskräftig werden sollen; Zwischenentscheide können auch noch mit dem Endentscheid angefochten werden, sofern sie sich auf dessen Inhalt auswirken («**Wahlrecht**» der oder des Betroffenen; Art. 93 Abs. 3 BGG).

Ergebnis der Prüfung

- Anzahl Kandidatinnen und Kandidaten: 99
- Notendurchschnitt: 4.15
- Anzahl ungenügende Noten: 29

Letzte Fragen?