

## Zu Art. 6 Abs. 1 Bst. p des Baubewilligungsdekrets (BewD)

### Kurzgutachten

#### Inhalt:

1. Ausgangslage und Fragestellung: Anwendbarkeit auf neue Fahrende.....	1
2. Grundlegendes zu Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD.....	1
3. Grammatikalische und historische Auslegung: Zum Begriff der Fahrenden in Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD .....	2
4. Objektiv-zeitgemässe und teleologische Auslegung.....	5
5. Systematische Auslegung.....	6
6. Der Analogieschluss nach Art. 6 Abs. 2 BewD.....	7
7. Anwendbarkeit von Art. 6 BewD ausserhalb der Bauzonen .....	8
8. Fazit.....	9

Bern, 24. August 2016 (erweiterte Fassung)



**kettiger.ch**

C:\Users\Daniel Kettiger\Documents\Klienten\Stadinomaden\Art\_6\_BewD\VerainAlternative\_Art6BewD\_Kurzgutachten\_def\_160824.docx

**law**solutions  
Advokatur  
Beratung  
Projektbegleitung

**Daniel Kettiger**  
Rechtsanwalt, Mag.rer.publ.  
Birkenweg 61  
CH-3013 Bern

Fon: +41 31 335 68 67  
Mail: [info@kettiger.ch](mailto:info@kettiger.ch)  
Web: [www.kettiger.ch](http://www.kettiger.ch)

## 1. Ausgangslage und Fragestellung: Anwendbarkeit auf neue Fahrende

In Bern besteht seit dem 10. Januar 2005<sup>1</sup> der Verein Alternative (im Volksmund "Stadtnomaden" genannt), der sich unter anderem zum Ziel gesetzt hat, seinen Mitgliedern das einfache Leben in umgebauten Wohn-, Bau- und Zirkuswagen zu ermöglichen. Nach einigen Besetzungen von frei stehenden Geländen in der Stadt Bern konnte für die Wohnform der Mitglieder des Vereins Alternative dank der Vermittlung der damaligen Regierungsstatthalterin mit der Stadt Bern ein legaler Modus für das Leben in Wagen gefunden werden: Die Mitglieder des Vereins verschieben ihren Wagenpark seit Dezember 2009 in einem Dreimonats-Turnus von Standplatz zu Standplatz. Die Wagenplätze werden – ebenfalls reihum – von der Stadt Bern, von der Burgergemeinde Bern und vom Kanton Bern zur Verfügung gestellt; die befristete Nutzung wird jeweils mit einem Gebrauchsleihvertrag geregelt.

Der Dreimonats-Turnus wurde von der Stadt Bern vorgeschrieben, weil eine Konformität mit dem öffentlichen Baurecht gewollt war und weil davon ausgegangen wurde, es komme auf den Wagenplatz des Vereins Alternative die allgemeine Regelung für bewilligungsfreie Fahrnisbauten (Art. 6 Abs. 1 Bst. m BewD<sup>2</sup>) zur Anwendung, die eine Höchstdauer der Bewilligungsfreiheit von "bis zu drei Monaten pro Kalenderjahr" vorsehe. Da der Dreimonats-Turnus sowohl für die Bewohnerinnen und Bewohner des Wagenplatzes, aber auch für die involvierten Stellen der Stadt, der Burgergemeinde und des Kantons sehr aufwändig ist, stellt sich die Frage, ob das bernische Baurecht das Wohnen in Wagen auf einem bestimmten Grundstück tatsächlich nur während drei Monaten bewilligungsfrei erlaube.

Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD erlaubt für Fahrende das Abstellen und Bewohnen von Wagen bewilligungsfrei am gleichen Standort während sechs Monaten pro Kalenderjahr. Mit dem vorliegenden Kurzgutachten soll geklärt werden, ob Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD auch auf die Wagenplätze des Vereins Alternative Anwendung findet.

## 2. Grundlegendes zu Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD

Bauten und Anlagen dürfen grundsätzlich nur mit einer behördlichen Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 RPG<sup>3</sup>; Art. 1 BauG<sup>4</sup>). Gestützt auf entsprechende Delegationsnormen (Art. 23 RPG; Art. 1b Abs. 1, 2. Satz BauG) hat der Kanton Bern in Art. 6 BewD jene Bauten und Anlagen festgehalten, welche keiner Baubewilligung bedürfen. Zahlreiche der in Art. 6 BewD festgehaltenen Tatbestände der Bewilligungsfreiheit habe ihren Grund darin, dass Bauten und Anlagen nur für eine kurze Dauer errichtet werden; diese Regelungen in Art. 6 BewD stellen bloss Präzisierungen von Art. 1b BauG dar, der "für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen" bereits auf Gesetzesstufe für bewilligungsfrei erklärt.

Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD lautet (unter Berücksichtigung des Einleitungssatzes) aktuell wie folgt:

"Keiner Baubewilligung bedürfen unter Vorbehalt von Artikel 7 ... p. das Abstellen von Fahrzeugen von Fahrenden während einer Dauer von bis zu sechs Monaten pro Kalenderjahr an Standorten, welche die Gemeindebehörde mit Zustimmung der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer zur Verfügung stellt."

<sup>1</sup> Datum gemäss Statuten des Vereins.

<sup>2</sup> Dekret über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD), vom 22. März 1994, BSG 725.1.

<sup>3</sup> Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; RPG) vom 22. Juni 1979, SR. 700.

<sup>4</sup> Baugesetz (BauG) vom 9. Juni 1985, BSG 721.0.

Dieser Text entspricht der Änderung vom 28. Januar 2009<sup>5</sup> und gilt seit dem 1. September 2009. Zuvor war derselbe Ausnahmetatbestand in Art. 5 Abs. 1 Bst. k BewD wie folgt geregelt:

"Keiner Baubewilligung bedürfen ... k. das Abstellen von Fahrzeugen des fahrenden Volkes bis zu einer Dauer von sechs Monaten, an den von der Gemeindebehörde mit Zustimmung der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer erlaubten Standorten."

Mit der Teilrevision des BewD vom 28. Januar 2009 erfuhr der Ausnahmetatbestand somit folgende Änderungen:<sup>6</sup>

- Statt des Begriffs "fahrendes Volk" wurde der Begriff "Fahrende" eingeführt.
- Es wurde klargestellt, dass die Dauer von sechs Monaten pro Kalenderjahr zu berechnen ist.

Die Bewilligungsfreiheit gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD steht unter dem Vorbehalt von Art. 7 BewD (Art. 6 Abs. 1, Einleitungssatz BewD).<sup>7</sup>

Die Befreiung von der Baubewilligung nach Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD erfordert vier Voraussetzungen, welche kumulativ vorhanden sein müssen:

- Es muss sich um Fahrzeuge (Wohnwagen) von Fahrenden handeln.
- Diese müssen auf Grundstücken abgestellt sein, welche von der zuständigen Gemeindebehörde zugewiesen werden.
- Es liegt das Einverständnis der Grundeigentümerin bzw. des Grundeigentümers vor.
- Die Dauer des Abstellens beträgt im Kalenderjahr höchstens sechs Monate.

### **3. Grammatikalische und historische Auslegung: Zum Begriff der Fahrenden in Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD**

In den Materialien zur Änderung vom 28. Januar 2009<sup>8</sup>, die zum heutigen Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD führte, wurde u.a. folgendes ausgeführt: "Neu wird nur noch von 'Fahrenden' gesprochen."<sup>9</sup> Gleichzeitig wird in einer Fussnote auf eine Internet-Domain "<http://www.fahrende.ch/>" hingewiesen, die heute einem Schuhgeschäft gehört, im Jahr 2009 aber noch dem Verein Schinagel gehörte, einer Selbsthilfeorganisation für Fahrende.<sup>10</sup> Der unbestimmte Rechtsbegriff "Fahrende" in Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD soll demnach nach dem Willen des Gesetzgebers so ausgelegt werden, wie ihn die Fachwelt und die Fahrenden selber zum Zeitpunkt des Erlasses der Rechtsnorm verstanden – und angesichts des kurzen Zeitraums, der seither ohne erkennbare Änderungen vergangen ist, noch heute verstehen. Mithin fallen die subjektiv-historische, die objektiv historische und die grammatikalische Auslegung vorliegend zusammen. Wichtig ist dabei, dass vom Begriff des "fahrenden Volkes" (d.h. von einem möglichen Bezug auf die Ethnie) Abstand genommen wurde.

Der Begriff der Fahrenden wird heute immer noch in recht vielfältiger Weise verwendet; es werden darunter oft nach unterschiedlichen Gesichtspunkten unterschiedliche Bevölkerungsgruppen verstanden. Der Bericht der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit vom 28. August 1991 zur Parlamentarischen Initiative Stiftung "Zukunft für Schweizer Fahrende" verwendet als Kriterium das "nicht standortgebundene Leben und Arbeiten"<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> BAG 09-65.

<sup>6</sup> Vgl. Vortrag des Regierungsrates vom 30. April 2008 an den Grossen Rat betreffend das Dekret über das Baubewilligungsverfahren und das Dekret über das Normalbaureglement (Änderungen), S. 8.

<sup>7</sup> Darauf wird nachfolgend, Ziff. 5 zurückzukommen sein.

<sup>8</sup> BAG 09-65.

<sup>9</sup> Vortrag des Regierungsrates vom 30. April 2008 (Fn. 6), S. 8.

<sup>10</sup> Eigene Recherchen des Verfassers.

<sup>11</sup> Parlamentarische Initiative Stiftung "Zukunft für Schweizer Fahrende", Bericht der Kommission für soziale Sicherheit vom 28. August 1991, BBl 1991 IV 462, S. 463.

Dieses Kriterium wird in der Berichterstattung des Bundesrats zu diesem Vorstoss nicht in Frage gestellt.<sup>12</sup> Das Bundesamt für Justiz definiert den Begriff der Fahrenden in einem grundlegenden Rechtsgutachten wie folgt:

"Im vorliegenden Kontext wird – ausgehend vom Zweck des Gutachtens – der Begriff 'Fahrende' als Bezeichnung für diejenigen Bevölkerungsgruppen verwendet, welche eine nicht bzw. teilweise nicht sesshafte Lebensweise pflegen, und deren Erwerbsleben und Kultur auf dieser Lebensweise basiert. Als Abgrenzungskriterien ausser Betracht fallen für den Begriff selbst Kriterien der Herkunft, Abstammung und Sprache."<sup>13</sup>

Zusammenfassend charakterisiert das Bundesamt für Justiz die Fahrenden "als Bevölkerungsgruppe mit schweizerischer Staatsangehörigkeit und einer wirtschaftlich und kulturell auf Nichtsesshaftigkeit ausgerichteten Lebensweise"<sup>14</sup>. Eine andere, jüngere gutachterliche Arbeit bezeichnet die Eingrenzung der Gruppe der Fahrenden als schwierig, schliesst sich aber letztlich dem Kriterium des nicht standortgebundenen Lebens und Arbeitens an.<sup>15</sup>

Das Bundesgericht sieht den entscheidenden Punkt im Begriff der Fahrenden darin, dass diese sich in ihrer nomadisierenden Lebensweise vom Rest der Bevölkerung unterscheiden.<sup>16</sup> Diese in einem raumplanungsrechtlichen Kontext geäusserte Auffassung hat das Gericht später in einem sozialversicherungsrechtlichen Kontext bestätigt.<sup>17</sup> Der Bundesrat verwendet in seiner jüngeren Berichterstattung über die Situation der Fahrenden den Begriff aus einer rein funktionalen, auf die Lebensweise bezogenen Betrachtungsweise: "Der Bericht verwendet in erster Linie den Begriff der 'Fahrenden', wenn es um die Lebensweise der betreffenden Bevölkerungsgruppe geht."<sup>18</sup> Letztlich geht auch der Regierungsrat des Kantons Bern offenbar primär von der funktionalen Definition des Begriffs der Fahrenden aus, wenn er in einem jüngeren Konzeptpapier folgendes ausführt: "Trotzdem bleibt das Nomadentum nach wie vor eines der wesentlichen Elemente der kulturellen Identität der Fahrenden und ist unmittelbar mit der Ausübung ihrer verschiedenen Erwerbstätigkeiten verbunden."<sup>19</sup>

Die Stiftung "Zukunft für Schweizer Fahrende" äussert sich zum Begriff der Fahrenden wie folgt:

"Wer sind die Fahrenden? Je nach Zeit, Kontext und Perspektive gibt es verschiedene Antworten auf diese Frage. Die folgenden Erläuterungen geben Aufschluss zu Selbst- und Fremdbezeichnungen in der Geschichte und Gegenwart. Aufgezeigt werden Überschneidungen und Abgrenzungen verschiedener Begriffe, die gelegentlich auch als Synonyme verwendet werden: In den historischen Dokumenten ist häufig von 'Heimatlosen' und 'Vaganten' die Rede. Viele Schweizer Fahrende bezeichnen sich

<sup>12</sup> Parlamentarische Initiative Stiftung "Zukunft für Schweizer Fahrende", Stellungnahme des Bundesrates vom 16. September 1991, BBl 1991 IV 473.

<sup>13</sup> Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 27. März 2002 zur Rechtsstellung der Fahrenden in ihrer Eigenschaft als anerkannte nationale Minderheit, S. 9.

<sup>14</sup> Bundesamt für Justiz (Fn. 13), S. 22.

<sup>15</sup> Vgl. ANDREA EGBUNA-JOSS/NATHALIE HILTBRUNNER/EVA MARIA BELSER, Die Fahrenden als Nationale Minderheit in der Schweiz, Rechtliche Rahmenbedingungen und Handlungsbedarf, Gutachten vom 2. Juni 2014 im Auftrag des Schweizerischen Zentrums für Menschenrechte (SKMR), S. 2.

<sup>16</sup> Siehe BGE 129 II 321, E. 3.2, S. 327: "population nomade, qui se distingue sur ce point du reste de la population", unter Hinweis auf das Urteil 1P.126/2001 vom 8. Oktober 2001, E. 2c/aa.

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_540/2011 vom 15. März 2012, E. 4: "Si la grande majorité d'entre eux mène aujourd'hui un mode de vie sédentaire, une frange importante de ce groupe continue d'avoir un mode de vie qui peut être caractérisé de semi-nomade. La tradition d'itinérance (ou nomadisme) reste et demeure une composante essentielle de l'identité culturelle tzigane, intrinsèquement liée à l'exercice de leurs différentes activités professionnelles."; siehe auch deutsche Kommentierung des Urteils durch das SKMR unter <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/institutionelle-fragen/artikel/fahrende-iv.html?zur=93> (zuletzt besucht am 07.07.2016).

<sup>18</sup> Bericht des Bundesrats über die Situation der Fahrenden in der Schweiz, Teil I, Bern, Oktober 2006, S. 6.

<sup>19</sup> Regierungsrat des Kantons Bern, Stand-, Durchgangs- und Transitplätze für Fahrende im Kanton Bern, Konzept vom Juni 2011.

als Jenische. Nicht alle Jenischen waren und sind aber fahrend – so, wie nicht alle Fahrenden jenisch sprechen. In den Medien findet man überdies häufig die Bezeichnungen Roma, Sinti und Manusch. Der Volksmund hingegen spricht noch heute oft von 'Zigeunern'.<sup>20</sup>

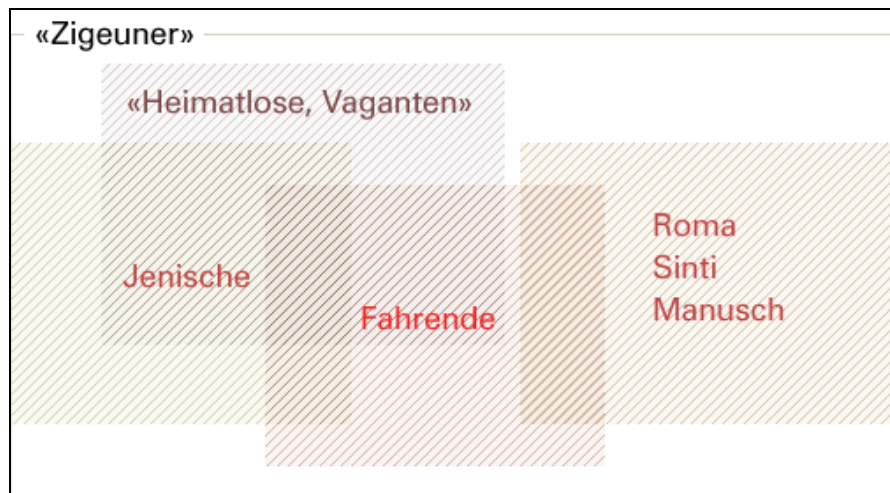


Abbildung 1: Begrifflichkeiten im Bereich der Fahrenden.<sup>21</sup>

Aus dieser Darstellung geht klar hervor, dass der Begriff der Fahrenden nicht im Zusammenhang mit ethnischen Gruppierungen zu verstehen ist. Auch die Stiftung schliesst sich der Betrachtungsweise an, dass das primäre Kriterium die nichtsesshafte Lebensweise ist, wenn Sie folgendes ausführt:

"Die für nichtsesshafte Bevölkerungsgruppen im Alltag verwendeten Begriffe sind bis heute uneinheitlich und hängen vom Zeitpunkt, vom Gegenstand sowie vom Ziel der behördlichen Erfassung beziehungsweise der Abfassung von Publikationen ab. Mit dem Begriff Fahrende werden sowohl nach wirtschaftlichen als auch nach kulturellen und ethnischen Kriterien beschriebene Bevölkerungsgruppen erfasst."<sup>22</sup>

Eine grammatikalische und historische Auslegung führt mithin eindeutig zum Schluss, dass das für den Begriff der Fahrenden prägende Kriterium *die nichtsesshafte Lebensweise* ist. Unter den Begriff der Fahrenden nach Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD fällt somit das Abstellen von Fahrzeugen von Personen, die ausschliesslich oder überwiegend eine nichtsesshafte Lebensweise führen, insbesondere von Wagen, die diesen Personen als Unterkunft dienen.

Der Begriff der Fahrenden im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD findet mithin ohne weiteres auch auf die Mitglieder des Vereins Alternative Anwendung, die auf dem jeweiligen Wagenplatz des Vereins wohnen. Denn Kern der Wohnphilosophie der Vereinsmitglieder ist die nichtsesshafte Lebensweise. Diese wird seit Ende 2009 konsequent im Dreimonats-Rhythmus gelebt. Von den "klassischen" Fahrenden unterscheiden sich die Mitglieder des Vereins Alternative im Wesentlichen nur dadurch, dass die Verschiebung ihres Standplatzes nicht schweizweit, sondern – wie die populäre Bezeichnung "Stadtnomaden" darlegt – in und um Bern stattfindet, und dass der Rhythmus des Standplatzwechsels teilweise ein anderer ist (regelmässig, keine unterschiedliche Verweildauer im Sommer und Winter).

<sup>20</sup> <http://www.stiftung-fahrende.ch/geschichte-gegenwart/de/begriffserlauterungen> (zuletzt besucht am 07.07.2016).

<sup>21</sup> <http://www.stiftung-fahrende.ch/geschichte-gegenwart/de/begriffserlauterungen> (zuletzt besucht am 07.07.2016).

<sup>22</sup> <http://www.stiftung-fahrende.ch/geschichte-gegenwart/de/begriffserlauterungen/fahrende> (zuletzt besucht am 07.07.2016).

#### 4. Objektiv-zeitgemässe und teleologische Auslegung

Grundsätzlich darf in objektiv-zeitgemässer Auslegung einer Gesetzesnorm ein Sinn gegeben werden, der für den historischen Gesetzgeber infolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und in der bisherigen Anwendung auch nicht zum Ausdruck gekommen ist, wenn er noch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist.<sup>23</sup> Vorliegend überschneidet sich eine objektiv-zeitgemässe Auslegung weitgehend mit der teleologischen Auslegung.

Es mag sein, dass die Mehrheit der Mitglieder des Grossen Rats beim Erlass des BewD im Jahr 1994 bei der Verankerung der Bewilligungsfreiheit (damals noch in Art. 5 Abs. 1 Bst. k BewD) ausschliesslich oder primär an die "klassischen" Fahrenden, allenfalls sogar an bestimmte Ethnien (Jenische, Sinti, Roma, ...) dachte. Bei der Änderung vom 28. Januar 2009<sup>24</sup>, die zum heutigen Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD führte, war dies dann aber eher nicht mehr der Fall.<sup>25</sup> Anfangs 2009 waren allerdings Gruppierungen wie die "Stadtnomaden" (und damals in Bern gleichzeitig auch die "Stadttauben") noch gerade nicht Gegenstand der öffentlichen Debatte. Es kann somit sein, dass solche neue nomadisierende Gruppierungen beim Erlass von Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD nicht explizit mitgedacht wurden.

Die nomadisierende Wohnform bringt es mit sich, dass die Verweildauer an einem Standort zeitlich beschränkt und oft eher kurz ist und dass angesichts der Tatsache, dass die Menschen in Fahrzeugen (Wohnwagen, umgebauten Bau- oder Zirkuswagen, Wohnmobile) wohnen, sowohl der Bezug eines Platzes wie das Verlassen eines Platzes innert Stunden oder doch einiger weniger Tage erfolgen kann (dies auch dann, wenn zur Schonung der Pneu die Wagen vorübergehend auf Stützen gestellt bzw. "aufgebockt" werden). Ziele der Norm sind erkennbar, einerseits für die Gemeindebehörden die Möglichkeit zu schaffen, zusammen mit Grundeigentümern kurzfristige und rasche Lösungen für den Aufenthalt nomadisierender Menschen zu finden,<sup>26</sup> und andererseits Fahrenden aller Art ohne grosse bürokratische Hürden ihre Lebensweise zu ermöglichen und geeignete Standplätze für den befristeten Aufenthalt zu finden. Es ist zudem keine Absicht zu erkennen, dass die Norm nur auf bestimmte ethnische Gruppen oder nur auf bestimmte Arten von nomadisierenden Personen und Gruppen anwendbar sein soll.

Neue nomadisierende Gruppierungen wie der Verein Alternative sind nicht eine Singularität der Stadt Bern. Man darf vielmehr davon ausgehen, dass diese Gruppierungen eine – allerdings sehr minoritäre – Bewegung der heutigen Gesellschaft darstellen. Es finden sich heute bzw. fanden sich in den letzten Jahren in der Schweiz ähnliche nomadisierende Gruppierungen in Basel,<sup>27</sup> Biel,<sup>28</sup> im Raum Luzern,<sup>29</sup> in Solothurn<sup>30</sup> und in Zürich<sup>31</sup>. Es ist heute eine Tatsache, dass sich solche neue nomadisierende Gruppen und die traditionellen Fahrenden

<sup>23</sup> BGE 107 Ia 234, E. 4a, S. 237, mit Hinweis auf BGE 103 Ia 403 und weiteren Hinweisen.

<sup>24</sup> BAG 09-65.

<sup>25</sup> Siehe dazu oben Ziff. 2.

<sup>26</sup> Auch wenn Hinweise dazu fehlen, dürfte es dabei inhärent auch darum gehen, mit der Möglichkeit des raschen Handelns und des verbindlichen Zuweisens von Plätzen ortspolizeiliche Interessen zu wahren; siehe auch nachfolgend Ziff. 5.

<sup>27</sup> Als Wagenplätzler lebt es sich ruhiger in Basel oder Biel, Der Bund, 1. September 2013; Basler "Stadtnomaden" sind bedroht, Portal VICE, <http://www.vice.com/alps/read/die-basler-stadtnomaden-sind-bedroht> (zuletzt besucht am 07.07.2016).

<sup>28</sup> Vgl. Bieler Statthalter bewilligt Camp der "Stadtnomaden", BZ-Medien, 19. Januar 2012; Als Wagenplätzler lebt es sich ruhiger in Basel oder Biel, Der Bund, 1. September 2013.

<sup>29</sup> Vgl. ERICH ASCHWANDEN, Alternative Wohnformen: Ungeliebte Wagenburgen, NZZ vom 29. April 2016.

<sup>30</sup> Vgl. Ultimatum: Bis Montag müssen die Solothurner Wagabunten wegziehen, Plattform SRF, 5. April 2016, <http://www.srf.ch/news/regional/aargau-solothurn/ultimatum-bis-montag-muessen-die-solothurner-wagabunten-wegziehen> (zuletzt besucht am 07.07.2016).

<sup>31</sup> Vgl. Was die Stadtnomaden wollen, Tagesanzeiger-Medien, 20. April 2012.

hinsichtlich der knappen Standplätze konkurrenzieren.<sup>32</sup> Der Wandel der Zeit hat neue Fahrende hervorgebracht. Es gibt keinen sachlichen Grund, Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD nicht auch auf moderne Fahrende bzw. neue nomadisierende Gruppen – und damit auch auf den Verein Alternative – anzuwenden.

## 5. Systematische Auslegung

Bei einer gesetzessystematischen Betrachtung kommt man zum Schluss, dass Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD (wie zuvor schon der alte Art. 5 Abs. 1 Bst. k BewD) innerhalb von Art. 6 Abs. 1 BewD einen Fremdkörper darstellt und (systematisch) nicht so recht in diese Regelung hineinpasst, obwohl es auch um die Thematik des bewilligungsfreien Bauens geht. Während in allen anderen Buchstaben der Aufzählung (Bst. a-o, q-t) bestimmte Arten von Bauten und Anlagen beschrieben werden, was dann ohne weiteres Dazutun einer Behörde oder einer privaten Drittperson dazu führt, dass diese Kraft des Dekrets (d.h. der Rechtsnorm) als bewilligungsfrei gelten, ist das Abstellen von Fahrzeugen von Fahrenden nur dann bewilligungsfrei, wenn (kumulativ) das Einverständnis der Grundeigentümerin bzw. des Grundeigentümers vorliegt und die zuständige Gemeindebehörde den Platz zuweist.<sup>33</sup>

Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD hält somit nicht einfach einen Tatbestand der Bewilligungsfreiheit fest – im Gegenteil. Angesichts der Tatsache, dass – wie bei Baubewilligungsverfahren üblich – das Einverständnis der Grundeigentümerin bzw. des Grundeigentümers vorliegen muss<sup>34</sup> und dass eine Behörde einen Entscheid fällt, kann man auch die Auffassung vertreten, dass es sich hier um eine Minimalform bzw. Sonderform einer kleinen Baubewilligung ohne Veröffentlichung (Art. 27 BewD) handelt. Denn die zuständige Gemeindebehörde muss wohl in jedem Fall vor der verbindlichen Zuweisung des Platzes prüfen, ob ein Fall nach Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD vorliegt, ob keine Gründe nach Art. 7 BewD einer Verwendung als Wagenplatz von Fahrenden entgegenstehen und ob das Einverständnis der Grundeigentümerin bzw. des Grundeigentümers vorliegt (letzteres auch deshalb, weil der Gemeindebehörde eine gesetzliche Grundlage für den Eigentumseingriff fehlt, der mit einer Zuweisung ohne Zustimmung erfolgen würde). Die Gemeindebehörde wird bei der Standortwahl inhärent auch die raumplanerische Eignung mitberücksichtigen (z.B. Lärmimmissionen für Nachbarliegenschaften). Mithin findet mit dem Zuweisungsentscheid der Gemeindebehörde immer auch eine – wenn auch sehr summarische – planerische Überprüfung im Sinne von Art. 22 Abs. 2 RPG bzw. Art. 2 BauG statt. Ohne den (positiven) Zuweisungsentscheid der Gemeinde tritt die Baubewilligungsfreiheit nicht ein, was das Abstellen von Wohnwagen durch Fahrende zur Verletzung von Baurecht werden lässt, und zu den im Gesetz vorgesehenen baupolizeilichen Konsequenzen (Art. 46 f. BauG) führen kann.<sup>35</sup> Der Gemeinde steht hinsichtlich der Zuweisung von Wagenplätzen ein sehr weites Ermessen zu, sowohl ein Entschliessungsermessen dahingehend, ob überhaupt ein Platz zugewiesen werden soll, wie auch ein Auswahlermessen bezüglich des Standortes.

Weiter kann Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD systematisch auch als Delegation der Entscheid- bzw. Bewilligungskompetenz an die Gemeinde (insbesondere auch an die kleine Gemeinde) im Sinne von Art. 9 BewD betrachtet werden und es stellt sich die Frage, ob die Regelung nicht besser dort in einem eigenen Absatz erfolgt wäre. Mit dieser Kompetenzzuweisung wird die baurechtliche Zuständigkeit mit der Zuständigkeit in Ortspolizeisachen bzw. in Sachen

<sup>32</sup> Vgl. ASCHWANDEN (Fn. 29), dieser spricht von "zweierlei Fahrenden" bzw. von "traditionellen und modernen Fahrenden".

<sup>33</sup> Siehe dazu auch oben Ziff. 2.

<sup>34</sup> Vgl. ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Kommentar zum Baugesetz, 4. Aufl., Art. 34, Rz. 10.

<sup>35</sup> Der Entscheid der Gemeinde, Fahrenden einen bestimmten Platz zur Verfügung zu stellen, hat somit hinsichtlich der Fahrnisbauten die gleiche rechtliche Wirkung, die eine zeitlich beschränkte Baubewilligung für das gleiche Vorhaben hätte.

Sicherheitspolizei (Art. 9-10a PolG<sup>36</sup>) vereint, was einerseits im Umgang mit Fahrenden aus der Sicht der Gemeinde sachlich durchaus Sinn machen kann<sup>37</sup> und andererseits ermöglicht, dass für die Fahrenden nur eine Ansprechstelle besteht.

Das Ermessen, das der Gemeindebehörde in Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD eingeräumt wird, ist bezüglich des Abstellens von Fahrzeugen von Fahrenden somit vom Dekretgeber wohl ausdrücklich gewollt (auch aus raumplanerischer Sicht), dies anders als bezüglich des temporäre Errichtens von anderen Fahrnisbauten (Art. 6 Abs. 1 Bst. m BewD) oder des Abstellens von privaten (unbewohnten) Wohnwagen während der Nichtbetriebszeit (Art. 6 Abs. 1 Bst. n BewD). Wenn es somit um das Abstellen von (bewohnten) Fahrzeugen von Fahrenden geht – auch von neuen nomadisierenden Personen und Gruppen – so *muss* Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD zwingend angewendet werden, dies mit der Folge, dass dann die Dauer der Bewilligungsfreiheit sechs Monate beträgt bzw. betragen kann<sup>38</sup>.

Aus der systematischen Auslegung ergeben sich noch zwei weitere Erkenntnisse:

- Wegen des weiten Entschliessungsermessens der Gemeinde besteht für Fahrende kein Anspruch auf Zuweisung eines Platzes durch eine Gemeinde.<sup>39</sup>
- Die Fahrenden dürfen sich angesichts des Entschliessungs- und Auswahlermessens der Gemeinde beim Zuweisungsentscheid darauf verlassen, dass bei einer Zuweisung eines Platzes durch die Gemeinde der Aufenthalt bewilligungsfrei ist und dass keine Einschränkung der Bewilligungsfreiheit im Sinne von Art. 7 BewD besteht. Dies muss bei einer allfälligen (politisch motivierten) Strafanzeige einer Drittperson wegen angeblicher Verletzung von Bauvorschriften (Art. 45 BauG) von den Strafverfolgungsbehörden entsprechend berücksichtigt werden.<sup>40</sup>

## 6. Der Analogieschluss nach Art. 6 Abs. 2 BewD

Baubewilligungsfrei sind gemäss Art. 6 Abs. 2 BewD auch alle Vorhaben, die von gleicher oder geringerer Bedeutung sind als die in Art. 6 Abs. 1 BewD genannten Vorhaben.

Seit Ende 2009 werden dem Verein Alternative auf Zuweisung der stadtbernischen Behörden hin periodisch Wagenplätze von der Stadt Bern, von der Burgergemeinde Bern und vom Kanton Bern zur Verfügung gestellt; die befristete Nutzung wird jeweils mit einem Gebrauchsleihvertrag geregelt. Die Modalitäten hinsichtlich der Wagenplätze des Vereins Alternative entsprechen somit exakt der Beschreibung in Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD. Die Mitglieder des Vereins Alternative nutzen diese Wagenplätze in gleicher Weise wie die traditionellen Fahrenden. Alle Nutzerinnen und Nutzer des Wagenplatzes des Vereins Alternative wohnen in Fahrzeugen, dies durchaus auch im strassenverkehrsrechtlichen Sinn. Mithin handelt es sich – würde man die direkte Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD ablehnen – klar erkennbar um ein Vorhaben "von gleicher Bedeutung" wie das in Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD

<sup>36</sup> Polizeigesetz (PolG) vom 8. Juni 1997, BSG 551.1.

<sup>37</sup> Siehe Ziff. 1, 4 und 5 in BSIG Nr. 5/551.1/13.1, Merkblatt Fahrende vom 16. März 2016.

<sup>38</sup> Die Gemeinde kann gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD die Dauer der Bewilligungsfreiheit nicht kürzen, sie kann also keine befristete Zuweisung des Platzes vornehmen. Demgegenüber kann die Grundeigentümerin bzw. der Grundeigentümer die Dauer der Zurverfügungstellung des Platzes privatrechtlich beliebig regeln, dies mit der Folge, dass sich bei Nutzungsverträgen mit einer Dauer von unter sechs Monaten die Bewilligungsfreiheit wegen der dahinfallenden, erforderlichen Zustimmung, entsprechend verkürzt. Wenn die Gemeinde die Zuweisung auf eigene Grundstücke vornimmt, kann sie somit die Dauer des legalen Aufenthalts auch baurechtlich beeinflussen.

<sup>39</sup> Beim Verein Alternative ist dies anders, weil seitens der Stadt Bern wiederholt Zusicherungen dahingehend gemacht wurden, dass bis zur Schaffung eines ständigen Standplatzes Standplätze im Dreimonats-Turnus zur Verfügung gestellt werden.

<sup>40</sup> Als Rechtfertigungsgrund oder im Sinne von schuldbefreiendem Irrtum über die Rechtswidrigkeit.



genannte. Die periodisch wechselnden Wagenplätze des Vereins Alternative sind somit in jedem Fall nach Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD zu beurteilen; die Dauer der Bewilligungsfreiheit beträgt somit in jedem Fall grundsätzlich sechs Monate.

## 7. Anwendbarkeit von Art. 6 BewD ausserhalb der Bauzonen

Der Bundesgesetzgeber ist zur Gesetzgebung nur berechtigt, wenn die Bundesverfassung dies vorsieht (Verfassungsvorbehalt von Art. 3 BV<sup>41</sup>). Art. 75 Abs. 1 BV ermächtigt den Bund zur Grundsätze-gesetzgebung in Raumplanungssachen; wenn dies zur einheitlichen Handhabung im Sinne der Raumplanung notwendig ist, darf der Bund aber auch Detailvorschriften erlassen, dies beispielsweise für das Bauen ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 ff. RPG).<sup>42</sup> Art. 75 Abs. 1 BV verankert eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes mit nachträglich derogierender Wirkung:<sup>43</sup> wenn der Bundesgesetzgeber einen Bereich geregelt hat, so darf der kantonale Gesetzgeber dazu keine Rechtsnormen erlassen.

Die Frage, ob der Kanton den Begriff der Bauten und Anlagen bezüglich der Bauzonen wirklich nur weiter, aber nicht enger fassen darf als der Bundesgesetzgeber dies mit diesen unbestimmten Rechtsbegriffen getan hat,<sup>44</sup> muss in diesem Zusammenhang nicht weiter untersucht werden. Für das Bauen ausserhalb der Bauzonen, das vom Bundesrecht weitestgehend abschliessend geregelt wird, findet ohnehin ausschliesslich der Begriff der Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 22 RPG Anwendung. Mithin findet Art. 6 BewD auf Gebiete ausserhalb der Bauzonen grundsätzlich keine unmittelbare Anwendung.

Der Begriff der Bauten und Anlagen ist in der Bundesgesetzgebung nicht näher definiert. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist von folgender Definition auszugehen:

"...mindestens jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dazu gehören auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden."<sup>45</sup>

Massgeblich dafür, ob eine Baute oder Anlage bzw. ein Vorhaben erheblich genug ist, um es dem Bewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so gewichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein öffentliches Interesse (der Allgemeinheit bzw. des Gemeinwesens) oder privates Interesse (z.B. der Nachbarn) an einer vorgängigen Kontrolle besteht.<sup>46</sup> Das Bundesgericht umschreibt dies wie folgt: "Wesentlich für die Frage, ob eine Kleinbaute der Bewilligungspflicht untersteht oder nicht, sind die Art und die Empfindlichkeit der Umgebung, in welcher das Vorhaben realisiert werden soll."<sup>47</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auch der zeitliche Faktor zu beachten: Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden, unterliegen der Baubewilligungspflicht.<sup>48</sup> In seiner Rechtsprechung ist das Bundesgericht bisher nur dann davon ausgegangen, dass Wohnwagen der Baubewilligungspflicht unterliegen, wenn sie praktisch permanent (d.h. meistens über Jahre hinweg)

<sup>41</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR. 101.

<sup>42</sup> Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 75, Rz. 3.

<sup>43</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 42), Art. 75, Rz. 3.

<sup>44</sup> Vgl. BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, SKH Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Rz. 13; ZAUGG/LUDWIG (Fn. 34), Art. 1a, Rz. 10.

<sup>45</sup> BGE 113 Ib 314, E. 2b, S. 316, als grundlegender Leitentscheid; siehe weiter auch BGE 123 II 256, E. 3, S. 259; 120 Ib 379, E. 3c, S. 383 f.; 118 Ib 49, E. 2a, S. 52.

<sup>46</sup> Vgl. ZAUGG/LUDWIG (Fn. 34), Art. 1a, Rz. 10, mit Hinweisen.

<sup>47</sup> BGE 139 II 134, E. 5.2, S. 140.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 139 II 134, E. 5.2, S. 140, mit Hinweisen.

am gleichen Standort verblieben.<sup>49</sup> In einem Umkehrschluss kann gefolgert werden, dass das Aufstellen von Wohnwagen bzw. bewohnbaren alten Bau- und Zirkuswagen in der Landwirtschaftszone ohne feste Verbindung zum Boden und ohne weitere, das Grundstück (insbesondere die Bodenbeschaffenheit) verändernden baulichen Massnahmen für eine beschränkte Zeit ohne Baubewilligung zulässig ist, vorausgesetzt der einstweilige Wagenplatz ist *nicht* geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem er zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändert, die Erschliessung belastet oder die Umwelt beeinträchtigt. Einer anderen Auffassung, die weder begründet wird noch sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ableiten lässt, sind offenbar die zuständigen bernischen Verwaltungsdirektionen.<sup>50</sup>

Insgesamt kommt man zum Schluss, dass Art. 6 Abs. 1 Bst. p i.V.m. Art. 7 BewD die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts sehr gut abbilden und ohne weiteres bundesrechtskonform angewendet werden können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit dem Zuweisungsentscheid eine bestimmte minimale vorgängige behördliche Kontrolle besteht.<sup>51</sup> Das Abstellen von Fahrzeugen von Fahrenden – und damit von Wohnwagen des Vereins Alternative – im Landwirtschaftsgebiet ist somit mit Zustimmung der Grundeigentümerin bzw. des Grundeigentümers und bei Zuweisung durch die Gemeinde während höchstens sechs Monaten im Kalenderjahr bewilligungsfrei zulässig.<sup>52</sup>

## 8. Fazit

Zusammenfassend kommt man zum Schluss, dass die Regelungen von Art. 6 Abs. 1 Bst. p BewD (einschliesslich des Vorbehalts von Art. 7 BewD) auf die Wagenplätze des Vereins Alternative Anwendung finden, und zwar sowohl auf Wagenplätze innerhalb wie auch ausserhalb der Bauzone (Landwirtschaftsgebiet). Art. 6 Abs. 2 Bst. p BewD direkt oder indirekt über Art. 6 Abs. 2 BewD nicht auch auf die Stadtnomaden anzuwenden, würde den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzen.

Auf den Wagenplatz der Stadtnomaden findet eine Dauer der Bewilligungsfreiheit von grundsätzlich sechs Monaten Anwendung. Die Dauer verkürzt sich, wenn die Grundeigentümerin bzw. der Grundeigentümer die Nutzung des Grundstücks als Wagenplatz nur für eine kürzere Dauer zulässt (beispielsweise wegen der Fruchtfolge im Landwirtschaftsgebiet).

24. August 2016/D. Kettiger

<sup>49</sup> Vgl. z.B. BGE 99 Ia 113, E. 3, S. 120. "Wohnwagen, die dauernd oder doch mit einer gewissen Regelmässigkeit – z.B. jedes Wochenende und/oder während der Ferienzeit – auf dem gleichen, eigens dafür hergerichteten Standplatz abgestellt werden, um dort als Unterkunft oder zur Unterbringung von Sachen zu dienen."; BGE 121 II 67, E. 3, S. 68 ff.; Urteil 1C\_784/2013 vom 23. Juni 2014, E. 2.7: "Da der auf einem Fahrzeuganhänger montierte Container anerkanntermassen dauernd am gleichen Platz abgestellt wird, hat das Verwaltungsgericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es ihn in Analogie zu einem auf Dauer aufgestellten Wohnwagen als eine bewilligungspflichtige Fahrnisbaute qualifizierte."

<sup>50</sup> Vgl. BSIG Nr. 7/725.1/1.1, Weisung "Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG" vom 15. Januar 2013, S. 9: "Bei Standorten für mehrere Plätze ausserhalb der Bauzone ist davon auszugehen, dass die Nutzungsordnung beeinflusst wird (Art. 7 Abs. 1 BewD) und damit ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist."

<sup>51</sup> Vgl. dazu oben Ziff. 5.

<sup>52</sup> Dieser Schluss steht – wie erwähnt (vgl. Fn. 50) – im Widerspruch zur Weisung BSIG Nr. 7/725.1/1.1.