

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/131

Bern, 17. November 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

und



Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, Landorfstrasse 1, 3098
Köniz

betreffend die verfahrensleitende Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde
Köniz vom 8. August 2016 (Baugesuch Nr. 18392; Kostenvorschuss)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerinnen reichten am 13. Juli 2016 bei der Gemeinde Köniz folgendes Baugesuch ein:

"Metallvordach an Nordfassade mit Photovoltaik-Anlage, Einbau von Solaxess-Elementen an Nordfassade, Solaxess-Elementen an Südfassade, Solaxess-Elementen an Westfassade. Erweiterung und Ausbau des Technikraums im Dachgeschoss."

Das Baugesuch betrifft das Gebäude C. _____ 9, Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. D. _____, in der Wohnzone W, Bauklasse IIa.

2. Am 8. August 2016 erliess die Gemeinde Köniz eine verfahrensleitende Verfügung mit folgendem Inhalt:

"2.1 Nach dem Gesagten wird der Kostenvorschuss vorliegend auf **CHF 1'000.00** festgesetzt.

Der Kostenvorschuss ist von den Gesuchstellern innert 30 Tagen nach Erhalt dieser Verfügung (mit beiliegendem Einzahlungsschein) der Gemeinde Köniz zu bezahlen.

2.2 Sollte der Kostenvorschuss bis dahin nicht geleistet werden, wird das Verfahren eingestellt, längstens für drei Monate. Nach dreimonatiger Einstellung wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben.

2.3 Über den weiteren Verlauf des Baubewilligungsverfahrens wird nach Eingang des Kostenvorschusses entschieden."

3. Dagegen reichten die Beschwerdeführerinnen am 4. September 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung der verfahrensleitenden Verfügung vom 8. August 2016. Sie machen geltend, die Erhebung des Kostenvorschusses erfolge ohne rechtliche Grundlage, sei willkürlich und stelle eine unzulässige Ungleichbehandlung dar. Zudem sei die Höhe des verlangten Vorschusses für das geringfügige Bauvorhaben nicht nachvollziehbar.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten und eine Stellungnahme der Gemeinde ein. Die Gemeinde beantragt die Abweisung der Beschwerde. Am 29. Oktober 2016 reichten die Beschwerdeführerinnen eine weitere Stellungnahme ein. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bei der angefochtenen verfahrensleitenden Verfügung vom 8. August 2016 handelt es sich um eine Zwischenverfügung nach Art. 61 VRPG^{2,3}. Nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens ist die Zwischenverfügung mit dem gleichen Rechtsmittel anfechtbar wie ein Entscheid in der Hauptsache.⁴ Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 40 Abs. 1 BauG⁵). Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht.

b) Eine Zwischenverfügung ist nur selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen würde und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (vgl. Art. 61 Abs. 3 VRPG). Ob eine der genannten Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben ist, kann offen gelassen werden, da die Beschwerde – wie im Folgenden gezeigt wird – ohnehin abzuweisen ist.

c) Anfechtungsobjekt ist die verfahrensleitende Verfügung vom 8. August 2016, mit welcher die Gemeinde von den Beschwerdeführerinnen einen Kostenvorschuss verlangt. Die Rügen der Beschwerdeführerinnen können sich nur auf diese Verfügung beziehen. Soweit sie mit ihrer Stellungnahme vom 29. Oktober 2016 vorbringen, willkürliches Handeln der Gemeinde sei auch darin zu sehen, dass diese im Zusammenhang mit einer Stützmauer auf dem Nachbargrundstück nicht eingeschritten sei, beziehen sie sich nicht auf die angefochtene Verfügung. Es kann nicht darauf eingetreten werden.

² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 105 N. 8

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 61 N. 7

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

2. Kostenvorschuss

a) Die Beschwerdeführerinnen bringen sinngemäss vor, es bestehe keine rechtliche Grundlage für die Erhebung des verlangten Kostenvorschusses. Sie berufen sich auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit und machen geltend, die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses müsse entweder für alle Baugesuchsteller gelten oder dann für sie auch nicht. Weiter rügen sie einen Verstoß gegen das Willkürverbot und sie machen geltend, der verlangte Kostenvorschuss sei zu hoch.

b) Die Gemeinde stützt sich für die Erhebung des Kostenvorschusses auf Art. 53 BewD⁶. Nach dieser Bestimmung kann die Baubewilligungsbehörde die Gesuchstellenden zur Leistung eines angemessenen Kostenvorschusses anhalten (Abs. 1) und die Durchführung des Baubewilligungsverfahrens verweigern, wenn der Vorschuss nicht geleistet wird (Abs. 2). Als Spezialvorschrift geht Art. 53 BewD der allgemeinen Regelung in Art. 105 Abs. 1 VRPG vor. Die Voraussetzungen des VRPG (fehlender Wohnsitz in der Schweiz oder Nachweis der Zahlungsunfähigkeit) müssen demnach nicht vorliegen.⁷

Art. 53 BewD ist als "Kann-Vorschrift" formuliert und stellt damit die Frage, ob ein Kostenvorschuss verlangt wird, in das Ermessen der Baubewilligungsbehörde. Aber auch wo der Gesetzgeber Ermessen einräumt, darf die Behörde nicht nach Belieben verfahren. Ermessen ist immer pflichtgemäss, das heisst verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben. Bei der Ermessensausübung sind das Willkürverbot, das Gleichbehandlungsgebot und die Verhältnismässigkeit zu beachten. Darüber hinaus ist besonderes Augenmerk auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und die dort angelegten öffentlichen Interessen zu richten.⁸

c) Das Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV⁹ gebietet, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.¹⁰ Willkür im Sinn von Art. 9 BV liegt vor, wenn ein Hoheitsakt nicht

⁶ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38–39 N. 3

⁸ Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 26 N. 5 und 11

⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁰ Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013, S. 414

nur unrichtig, sondern grob unrichtig ist, dem Gerechtigkeitsempfinden krass zuwiderläuft und sich als sinn- und zwecklos erweist.¹¹

d) Am 15. August 2013 erteilte die Gemeinde Köniz der Mutter der Beschwerdeführerinnen die Baubewilligung für die Aufstockung des Dachgeschosses und den Bau eines Wintergartens auf der bestehenden Garage auf der Westseite des Einfamilienhauses (BG Nr. 17'553). Aufgrund von Abweichungen im Bereich des Wintergartens verfügte die Gemeinde während der Bauausführung den Baustopp und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Auf eine Beschwerde gegen den Baustopp trat die BVE nicht ein (RA Nr. 120/2014/3) und sie schrieb das Beschwerdeverfahren gegen die Wiederherstellungsverfügung ab (RA Nr. 120/2014/6), nachdem die Beschwerdeführerin bei der Gemeinde ein nachträgliches Baugesuch für die Änderung des Wintergartens eingereicht hatte (BG 17'809). Ein weiteres baupolizeiliches Verfahren für Abweichungen im Bereich des Daches mündete ebenfalls in eine Wiederherstellungsverfügung mit anschliessendem Beschwerdeverfahren vor der BVE (RA Nr. 120/2014/23). Auch hier reichte die Mutter der Beschwerdeführerinnen nachträglich ein Baugesuch ein, das zudem neu die Nutzung des Garagendaches als Terrasse vorsieht (BG 17'939). Die BVE sistierte das Beschwerdeverfahren zunächst und schrieb es nach teilweise erteilter Baubewilligung ab. Für die Änderung des als Wintergarten bewilligten Anbaus (BG 17'809) und die Terrassennutzung auf der Garage (BG 17'939) erteilte die Gemeinde den Bauabschlag und verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Diesen Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung focht die Mutter der Beschwerdeführerinnen vor der BVE an (RA Nr. 110/2015/176). Die BVE hiess die Beschwerde insofern gut als sie auf die Wiederherstellung für den Wintergarten verzichtete, sie bestätigte aber den Bauabschlag für den Wintergarten und die Terrassennutzung auf dem Garagendach sowie die Wiederherstellung für letztere. Dagegen erhob die Mutter der Beschwerdeführerinnen Beschwerde beim Verwaltungsgericht; dieses Verfahren ist gegenwärtig hängig (100.2016.319). Ein weiteres Baupolizeiverfahren bezieht sich auf das Dachgeschoss und die Wohnraumerweiterung im Erdgeschoss. Die BVE hiess die Beschwerde der Mutter der Beschwerdeführerinnen teilweise gut und wies die Sache zur weiteren Abklärung der Nutzung im Dachgeschoss an die Gemeinde zurück (RA Nr. 120/2015/40); das Verfahren ist bei der Gemeinde hängig. In Bezug auf die Wohnraumerweiterung im Erdgeschoss bestätigte die BVE die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde, wogegen die Mutter

¹¹ Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 23 N. 21

der Beschwerdeführerinnen Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhob; dieses Verfahren ist ebenfalls hängig (100.2016.52). Ein weiteres Baupolizeiverfahren betrifft die Installation einer Infrarot-Heizung und den Neueinbau eines Elektroboilers. Die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde wurde von der BVE bestätigt (RA Nr. 120/2016/18), wogegen die Mutter der Beschwerdeführerinnen Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhob; auch dieses Verfahren ist vor Verwaltungsgericht hängig (110.2016.239).

Sämtliche genannten Baubewilligungs- und Baupolizeiverfahren beziehen sich auf dieselbe Parzelle und stehen in Zusammenhang mit dem am 15. August 2013 bewilligten Umbau. Diese aussergewöhnliche Kumulation von Baubewilligungs- und Baupolizeiverfahren ist auf ständige Änderungen des Projekts, Bauen ohne Bewilligung und Widersprüche in den Baugesuchsunterlagen zurückzuführen. Es liegt damit eine aussergewöhnliche Situation vor; die Sachlage unterscheidet sich von anderen Bauvorhaben. Es verstösst daher nicht gegen das Gebot der Rechtsgleichheit, wenn die Gemeinde von der in Art. 53 BewD vorgesehenen Möglichkeit der Erhebung eines Kostenvorschusses Gebrauch macht.

e) Nach Art. 52 Abs. 1 BewD tragen die Gesuchstellenden die amtlichen Kosten des Baubewilligungsverfahrens. Die Beschwerdeführerinnen haben die Kosten des Baubewilligungsverfahrens also in jedem Fall zu tragen, unabhängig davon, ob die Baubewilligung oder der Bauabschlag erteilt wird. Es erwächst ihnen aus der Erhebung des Kostenvorschusses damit kein schwerwiegender Nachteil. Hingegen werden die Beschwerdeführerinnen mit dem Kostenvorschuss frühzeitig auf die anfallenden Kosten hingewiesen. Das Erheben eines Kostenvorschusses erweist sich damit auch nicht als sinn- und zwecklos. Das Vorgehen der Gemeinde stellt keinen Verstoß gegen das Willkürverbot dar.

f) Soweit es den Grundsatz der Verhältnismässigkeit betrifft, stellt sich die Frage nach der Höhe des Kostenvorschusses. Der verlangte Kostenvorschuss ist angemessen, wenn er sich im Rahmen der voraussichtlich anfallenden Gebühren bewegt.¹²

¹² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 38–39 N. 3

Das Gebührenreglement der Gemeinde¹³ sieht im Baubewilligungsverfahren unter anderem Gebühren für folgende Tätigkeiten vor:

Art. 3 Abs. 1	Kontrolle auf Vollständigkeit und inhaltliche Richtigkeit	Fr. 20.00 bis 100.00
Art. 3 Abs. 3	Aufforderung zur Behebung einfacher Mängel	Fr. 20.00 bis 100.00
Art. 4 Abs. 1	Prüfung auf offensichtliche formelle und materielle Mängel	Fr. 50.00 bis 500.00
Art. 4 Abs. 2	Rückweisung zur Verbesserung:	Fr. 50.00
Art. 5 Abs. 4	Publikation	Fr. 50.00 plus Kosten Publikationsorgan
Art. 5 Abs. 7	Bauentscheid (Baubewilligung oder Bauabschlag)	2,5 ‰ der Baukosten inkl. Eigenleistungen, mind. Fr. 50.00
	Ausnahmebewilligung	Fr. 50.00 bis 500.00
Art. 6 Abs. 1	Prüfung und Behandlung von Einsprachen	Fr. 50.00 bis 500.00
Art. 13 Bst. c	verfahrensleitende Verfügungen, wie Zwischenentscheide und dergleichen	bis Fr. 500.00

g) Die Gemeinde beziffert die Baubewilligungskosten in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde auf Fr. 1'120.00. Sie berücksichtigt dabei allerdings erst die Posten "Kontrolle auf Vollständigkeit", "Publikation" und "Gebühr für Bauentscheid". Sie bringt vor, bereits die Kosten der Publikation im Anzeiger Region Bern seien erfahrungsgemäss mit Fr. 950.00 bis Fr. 1'500.00 zu veranschlagen.

h) Bauvorhaben sind durch Veröffentlichung bekannt zu machen (Art. 26 BewD). Betrifft ein Bauvorhaben nur die Nachbarinnen und Nachbarn, genügt die Mitteilung an diese Personen (Art. 27 Abs. 1 BewD). Ist der Kreis der betroffenen Personen nicht eindeutig bestimmbar, gilt der Grundsatz der grösseren Publizität; das Baugesuch ist zu veröffentlichen.¹⁴ Dies liegt auch im Interesse der Bauherrschaft, da die erfolgte Publikation

¹³ Gebührenreglement für das Baubewilligungsverfahren, die baupolizeilichen Verrichtungen und die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes (Sondernutzung) in der Gemeinde Köniz vom 11. Dezember 1995 (725.11)

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35–35c N. 7

später einem Betroffenen, der sich nicht als Einsprecher am Baubewilligungsverfahren beteiligt hat, entgegengehalten werden kann.¹⁵

Das Bauvorhaben der Beschwerdeführerinnen sieht auf der Nordfassade ein Metallvordach mit einer Photovoltaik-Anlage sowie Solaxess-Elemente an der Nord-, West- und Südfassade sowie die Erweiterung des Technikraums im Dachgeschoss vor. Da bei Photovoltaik-Anlagen Reflexionen auftreten können, ist der Kreis der möglicherweise Betroffenen nicht leicht zu ziehen. Eine Publikation ist daher wohl erforderlich, auch wenn die Beschwerdeführerinnen mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2016 vorbringen, die weissen Wandelemente an der Fassade führten zu keinen Reflexionen. Ob eine Publikation erforderlich ist, kann und muss im vorliegenden Beschwerdeverfahren jedoch nicht abschliessend beantwortet werden.

Selbst ohne die Publikationskosten erscheint der Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00 nicht als übersetzt. Es liegt in der Verantwortung der Baugesuchstellerinnen, ein vollständiges und widerspruchsfreies Baugesuch einzureichen.¹⁶ Sie können damit selber dafür sorgen, dass der Aufwand auf Seiten der Baubewilligungsbehörde – und damit die Kosten des Baubewilligungsverfahrens – möglichst gering gehalten werden. Vorliegend sind die Baugesuchsunterlagen jedoch unvollständig und die Pläne ungenügend. Weiter geht die Gemeinde davon aus, dass ein Ausnahmegesuch und eine Ausnahmegewilligung für das Bauen im Strassenabstand erforderlich sind und es ist auch mit Einsprachen zu rechnen. Es steht damit fest, dass Gebühren für die Behebung von Mängeln und die Verbesserung des Baugesuchs anfallen werden. Weiter weist das Bauvorhaben einen Zusammenhang zu den bisherigen Baugesuchen, Baubewilligungs- und Baupolizeiverfahren auf, was bei der formellen und materiellen Prüfung zusätzlichen Aufwand verursacht, da keine Widersprüche zu den bisherigen Anordnungen entstehen dürfen. Es ist daher – obwohl es sich um ein vergleichsweise geringfügiges Bauvorhaben handelt – mit einem erhöhten Prüfungsaufwand zu rechnen.

Kosten von Fr. 1'000.00 sind für die Behandlung des Baugesuchs der Beschwerdeführerinnen durchaus plausibel. Ein allenfalls zu viel verlangter Betrag wäre den Beschwerdeführerinnen zudem zu erstatten. Die Höhe des Kostenvorschusses ist damit angemessen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35–35c N. 11

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 34 N. 19a

- i) Die Gemeinde hat die Frist für die Bezahlung des Kostenvorschusses auf 30 Tage nach Erhalt der angefochtenen Zwischenverfügung festgesetzt. Diese Frist ist in der Zwischenzeit abgelaufen und wird daher neu festgelegt auf 30 Tage ab Eröffnung des vorliegenden Entscheids.

3. Verfahrenskosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen. Angesichts des geringen Aufwandes wird auf die Erhebung von Verfahrenskosten vor der BVE verzichtet (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Frist für die Bezahlung des Kostenvorschusses wird auf 30 Tage nach Eröffnung des vorliegenden Beschwerdeentscheids festgelegt.

Im Übrigen wird die Zwischenverfügung der Gemeinde Köniz vom 8. August 2016 bestätigt.

2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau B._____ und Frau A._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION

Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin