

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/11

Bern, 8. Mai 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin

und

Herrn **B.** _____
Beschwerdegegner 1



Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 2

Frau **D.** _____
Beschwerdegegnerin 3

sowie

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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz vom
6. Dezember 2017 (Baugesuch-Nr. 18'420; Abbruch Fussweg auf einer Strecke von 10 m
und Neugestaltung, Rückbau eines Autoabstellplatzes, Erweiterung Sitzplatz)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Liegenschaften Köniz Grundbuchblatt Nrn. E._____ (F._____strasse 20) und G._____ (H._____ 65). Diese Liegenschaften werden über die Gemeindestrasse H._____ (Parzelle Nr. I._____) und die Parzelle Nr. J._____ erschlossen. Die Liegenschaft F._____strasse 20 hat allerdings keine direkte Strassenverbindung, verfügt aber über ein Fahrwegrecht zulasten der Parzelle Nr. K._____ (H._____ 67) und über je ein Fuss- sowie ein Fahrwegrecht zulasten der Parzelle Nr. L._____ (F._____strasse 18). Zudem gelangt man von der F._____strasse her über einen öffentlichen Fussweg auf den Parzellen Nrn. M._____, N._____, O._____ und Nr. P._____ (allgemeines Fusswegrecht Q._____ zugunsten der Einwohnergemeinde Köniz) zur Liegenschaft F._____strasse 20. Die Parzellen Nrn. M._____ und N._____ befinden sich in einer Dorfzone, die Parzelle Nr. O._____ befindet sich (im vorliegend relevanten Bereich) in einer Grünzone. Zudem liegen die drei Parzellen im Ortsbildschutzgebiet. Die Parzelle Nr. M._____ (F._____strasse 10) ist im Eigentum der Beschwerdegegnerschaft. Diese erhielt am 26. Oktober 2011 eine Bewilligung für die Sanierung und den Ausbau des bestehenden Wohnhauses. Am 24. November 2012 meldete der für die baupolizeiliche Selbstdeklaration verantwortliche Beschwerdegegner 1 die bewilligungskonforme Vollendung der Bauarbeiten.

2. Mit Schreiben vom 21. Juli 2016 meldete die Beschwerdeführerin dem Bauinspektorat der Gemeinde Köniz, dass die Beschwerdegegnerschaft in der vorangehenden Woche baubewilligungspflichtige Terrainveränderungen vorgenommen, die ersten zehn Meter des zum öffentlichen Fussweg gehörenden Treppenweges auf den Parzellen Nrn. N._____ und O._____ abgebrochen und durch eine äusserst steile Treppe mit aufeinander geschichteten Felsblöcken ersetzt habe. Zudem habe die Beschwerdegegnerschaft im Frühling 2016 auf der Parzelle Nr. N._____ einen Autoabstellplatz gebaut. Sie habe dazu die Böschung auf der Nordwestseite abgetragen, zurückversetzt und mit Felsblöcken stabilisiert. Das flache Terrain sei verbreitert und zwei Spuren mit Betonsteinen verfestigt worden. Der neue Autoabstellplatz tangiere den öffentlichen Fussweg.

Das Bauinspektorat führte am 27. Juli 2016 einen Augenschein durch und stellte den Bau ein. Am 28. Juli 2016 erliess es eine Baueinstellungsverfügung und gab der Beschwerdegegnerschaft Gelegenheit, bis 2. September 2016 ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Zudem verfügte es Sofortmassnahmen zur Absicherung gegen Unfälle.

Am 2. September 2016 ging ein Baugesuch ein, das den Abbruch und die Neugestaltung des Fussweges auf einer Strecke von circa 10 m, den Rückbau des Autoabstellplatzes auf Parzelle Nr. N._____ sowie die Erweiterung eines Sitzplatzes vorsah. Das Bauinspektorat schickte dieses Gesuch mit Schreiben vom 21. September 2016 zur Verbesserung und Ergänzung zurück. Das verbesserte Baugesuch ging am 21. Oktober 2016 ein. Das Bauinspektorat teilte den Nachbarinnen und Nachbarn den Eingang des Gesuches mit Schreiben vom 7. November 2016 mit und machte sie auf die Einsprachemöglichkeit aufmerksam.

Am 1. Dezember 2016 wandte sich die Beschwerdeführerin mit einer als "Aufsichtsrechtliche Anzeige" bezeichneten Eingabe an die Gemeinde und teilte mit, die Beschwerdegegnerschaft habe ohne Bewilligung neben der zerstörten Treppe im südwestlichen Bereich der Parzelle Nr. M._____ zwei Betonstützmauern gebaut. Zudem habe sie 2015 einige Meter vor dem Sitzplatz des Obergeschosses in der Böschung einen Aushub von etwa vier mal vier Meter ausgeführt, die drei Böschungsseiten, die höher als 1.2 m seien, befestigt und ein Metallgerüst für ein Nebengebäude errichtet. Auch hier liege ein Verstoss gegen die Baubewilligungspflicht vor.

Gegen das Baugesuch erhob die Beschwerdeführerin am 6. Dezember 2016 Einsprache. Darin stellte sie ein Ablehnungsbegehren gegen die Gemeinde. Zudem beantragte sie die Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens. Die Gemeinde gab der Bauherrschaft mit Schreiben von 8. Dezember 2016 Gelegenheit, zur Einsprache Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit machten diese am 3. Januar 2017 Gebrauch. Sie wiesen insbesondere darauf hin, dass sie sich vorgängig bei der Gemeinde nach der Baubewilligungspflicht erkundigt hätten und dass am Blockwurf bei der Terrasse seit 2012 nichts verändert worden sei. Mit Entscheid vom 6. Dezember 2017 erteilte die Gemeinde die Baubewilligung.

3. Gegen diesen Bauentscheid hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. Januar 2018 Beschwerde bei der BVE erhoben. Sie beantragt, die Baubewilligung sei aufzuheben, soweit sie nicht bereits wegen Nichtzuständigkeit der Gemeinde von Amtes wegen aufgehoben werde, und es sei die Wiederherstellung des rechtmässigen ursprünglichen Zustandes zu verfügen. Bezüglich der zwei ohne Baubewilligung erstellten Betonstützmauern sei die Wiederherstellung des rechtmässigen ursprünglichen Zustandes zu verfügen. Eventuell sei bezüglich "Abbruch Fussweg auf einer Strecke von ca. 10 m und Neugestaltung desselben" ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Subeventuell sei die Baubewilligung aufzuheben und es sei der Bauabschlag zu erteilen.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Beschwerdegegnerschaft liess sich nicht vernehmen. Die Vorinstanz beantragte in ihrer Stellungnahme vom 16. Februar 2018 die Abweisung der Beschwerde. Sie räumte ein, dass sie vergessen habe, den Rückbau der Felsblocktreppe ins Dispositiv aufzunehmen und beantragte der BVE, dies von Amtes wegen zu ergänzen. Zudem wies sie darauf hin, dass der umstrittene Betonmauerwinkel Bestandteil eines anderen Baugesuchs gewesen sei. Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 14. März 2018 Stellung zur Vernehmlassung der Gemeinde. Auf die Rechtsschriften und die übrigen Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Bauentscheid, der im Rahmen eines Wiederherstellungsverfahrens im Sinn von Art. 46 Abs. 2 BauG² ergangen ist. Dieser kann mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

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)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

b) Die Beschwerdeführerin hat sich als Eigentümerin von Nachbarparzellen zulässigerweise als Anzeigerin am baupolizeilichen Verfahren und als Einsprecherin am Baubewilligungsverfahren beteiligt (Art. 35 Abs. 2 Bst. a und Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG). Da ihre Einsprache und ihr Antrag auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands abgewiesen worden sind, ist sie durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung befugt (Art. 40 Abs. 2 BauG, Art. 65 Abs. 1 VRPG³).

c) Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden (Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG). Die Beschwerdeführerin hat somit aufgrund der mangelhaften Eröffnung mittels A-Post Plus (vgl. dazu Art. 44 Abs. 2 VRPG) keinen Nachteil erlitten. Der Eröffnungsmangel bleibt somit folgenlos. Die Beschwerde enthält einen Antrag und eine Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Die BVE tritt daher auf die Beschwerde ein.

2. Zuständigkeit der Gemeinde

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Gemeinde sei nicht zuständig zur Behandlung des Baugesuchs der Beschwerdegegnerschaft. Die Vorinstanz habe diese Frage nicht geprüft, sondern sich einzig auf das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Juli 2017⁴ berufen. Dieses habe die Frage der Zuständigkeit jedoch nicht entscheiden müssen, da diese nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen sei. Als Einsprecherin habe sie ein Anrecht auf eine substantielle Begründung, warum der fragliche öffentliche Fussweg nicht für Zwecke der Gemeinde bestimmt sein solle. Die Gemeinde habe ein Teilstück des öffentlichen Fussweges 1996 als Bauherrin neu gebaut. Zudem unterhalte sie den Weg. Damit werde dokumentiert, dass der Weg von öffentlichem Interesse sei und auch Gemeindeinteressen berühre. Gemäss Praxis des Amts für Gemeinden und Raumordnung (AGR) und der Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern würden öffentliche Fusswege vom Regierungsstatthalteramt beurteilt. Zudem sei der öffentliche Fussweg die einzige öffentliche Erschliessung ihrer Liegenschaft F. _____strasse 20. Er sei deshalb für Zwecke der Gemeinde bestimmt. Die Baubewilligung sei wegen Nichtzuständigkeit der

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ VGE 2017/79 betreffend Ablehnung von Mitarbeitenden der Einwohnergemeinde Köniz in einem Baupolizeiverfahren

Gemeinde aufzuheben und das Baugesuch sei vom zuständigen Regierungsstatthalter zu prüfen.

b) Baubewilligungsbehörde ist der Regierungsstatthalter bzw. die Regierungsstatthalterin oder die zuständige Behörde von Gemeinden, die nach dem Ergebnis der letzten Volkszählung mindestens 10'000 Einwohner aufweisen (Art. 33 Abs. 1 BauG). Letzteres trifft auf die Gemeinde Köniz zu. Ihr kommt somit die volle Baubewilligungskompetenz zu. Allerdings ist die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter in jedem Fall zuständig für Bauvorhaben, die für Zwecke der Gemeinde bestimmt sind (Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD⁵). Art. 8 Abs. 2 BewD ist weit auszulegen, da er bezweckt, die institutionelle Unbefangenheit der Gemeinde als Baubewilligungsbehörde zu gewährleisten. Der Anschein, die Gemeinde entscheide in eigener Sache, soll verhindert werden. Diese Bestimmung ist daher nicht nur anwendbar, wenn die Gemeinde als Baugesuchstellerin auftritt bzw. wenn es um Bauvorhaben wie Schulhäuser, Verwaltungsgebäude, Erschliessungsstrassen, öffentliche Parkplätze und dergleichen geht. Er greift auch, wenn die Gemeinde an einem Vorhaben ein so starkes Interesse hat, dass ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheint. Das ist zum Beispiel der Fall bei Bauvorhaben Dritter auf gemeindeeigenem Boden oder wenn die Gemeinde sonst wie aus der Bewilligung direkte finanzielle Vorteile zieht, beispielsweise wenn sie aufgrund des Vorhabens Konzessionsgebühren für die Nutzung des öffentlichen Grundes erheben kann. Demgegenüber schliessen bloss indirekte Vorteile wie beispielsweise der Erhalt von Arbeitsplätzen die Zuständigkeit der Gemeinde nicht aus.⁶

c) Es ist unbestritten, dass es sich beim fraglichen Fussweg um einen öffentlichen Fussweg handelt. Er ist eine Privatstrasse im Gemeingebrauch im Sinn von Art. 9 SG⁷, da er durch die Errichtung einer Wegdienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit dem Gemeingebrauch gewidmet worden ist (vgl. dazu Art. 13 Abs. 3 Bst. c SG). Gemäss Art. 42 SG betreiben und unterhalten grundsätzlich die Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer die Privatstrassen im Gemeingebrauch. Die Gemeinde wäre nur dann für den Bau und Unterhalt des fraglichen Weges zuständig, wenn es sich um einen Fussweg im Sinn der Fuss- und Wanderweggesetzgebung handeln würde (vgl. Art. 44 Abs. 2 SG,

⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 33 N. 3, mit weiteren Hinweisen; BDE 110/2016/41 vom 9. August 2016, 110/2014/19 vom 17. April 2014, 110/2010/43 vom 30. Juli 2010

⁷ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

Art. 27 Abs. 1 und Art. 28 SV⁸). Da es sich in diesem Fall um ein gemeindeeigenes Bauvorhaben handeln würde, wäre die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter Baubewilligungsbehörde. Im Richtplan Raumentwicklung Gesamtgemeinde Teil III, Raumentwicklungsplan, Teilplan Fussverkehr⁹ ist die fragliche Fusswegverbindung nicht verzeichnet. Der Weg fällt somit nicht in die Zuständigkeit der Gemeinde. Zudem hat die Beschwerdegegnerschaft das fragliche Teilstück des öffentlichen Treppenweges abgebrochen und an seiner Stelle eine Treppe erstellt, weil sie auf diese Weise die Erschliessung des Hauszugangs im Obergeschoss ermöglichen will. Somit ist der Abbruch und die Neugestaltung des öffentlichen Weges auch von seinem Beweggrund her nicht für Zwecke der Gemeinde bestimmt. Selbst eine weite Auslegung des Begriffs "für Zwecke der Gemeinde bestimmt" führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Gemeinde hat kein direktes eigenes Interesse an der geänderten Weggestaltung, das ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheinen lassen könnte. Insbesondere wird dadurch kein Mehrwert für die Gemeinde geschaffen. Es trifft auch nicht zu, dass der öffentliche Fussweg die einzige (öffentliche) Erschliessung der Liegenschaften der Beschwerdegegnerin (F. _____ strasse 18 und 20) ist. Diese sind über den H. _____ und die daran anschliessende, vor dem 1.1.1971 erstellte private Detailerschliessungsstrasse genügend erschlossen. Die baulichen Änderungen am öffentlichen Fussweg haben deshalb keine Auswirkungen auf die Erschliessungspflicht der Gemeinde. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Abbruch und die Neugestaltung des öffentlichen Fussweges nicht für Zwecke der Gemeinde bestimmt ist, weshalb sie zuständige Baubewilligungsbehörde ist.

3. Ordentliches Baubewilligungsverfahren

a) Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass das Baugesuch im Verfahren der kleinen Baubewilligung beurteilt werden kann. Sie bemängelt, dass die Vorinstanz auf diese Rüge nicht eingegangen sei. Das Baugesuch betreffe wesentliche öffentliche Interessen der Ortplanung sowie des Ortsbild- und Landschaftsschutzes.

⁸ Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1)

⁹ Einsehbar unter <<https://www.koeniz.ch>>, Rubriken «Wirtschaft, Entwicklung Gemeinde, Ortsplanungsrevision OPR, OPR Unterlagen»

b) Das Baubewilligungsverfahren soll sicherstellen, dass von einem Bauvorhaben berührte öffentliche und private Interessen gewahrt werden können.¹⁰ Aus diesem Grund sind Bau- und Ausnahmegesuche nach den Bestimmungen des Bewilligungsdekrets zu veröffentlichen oder den Anstössern sowie weiteren Personen, die davon betroffen sein könnten, mitzuteilen. Der Bekanntmachung ist der Hinweis auf das Recht zur Einsprache beizufügen (Art. 35 Abs. 1 BauG). Die ordentliche Baubewilligung wird in einem Verfahren mit Veröffentlichung des Baugesuchs erteilt (Art. 32a BauG). Die kleine Baubewilligung wird in einem vereinfachten Verfahren ohne Veröffentlichung des Baugesuchs erteilt (Art. 32b Abs. 1 BauG). Das Baubewilligungsdekret bestimmt die Bauvorhaben, die wegen ihrer beschränkten Auswirkungen im vereinfachten Verfahren beurteilt werden (Art. 32b Abs. 2 BauG). Dabei handelt es sich um Bauvorhaben, die nur die Nachbarinnen und Nachbarn betreffen (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 BewD). Als solche gelten insbesondere Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen (Art. 27 Abs. 1 Bst. c BewD) oder oberirdische Anlagen zur Baulanderschliessung (Art. 27 Abs. 1 Bst. e BewD). Die Erteilung der Baubewilligung als kleine Baubewilligung ist unter anderem dann nicht möglich, wenn wesentliche öffentliche Interessen berührt werden, insbesondere solche des Natur-, Ortsbild- oder Landschaftsschutzes, der Verkehrssicherheit, der Hindernisfreiheit oder der Ortsplanung (Art. 27 Abs. 5 Bst. c BewD). Das ordentliche Baubewilligungsverfahren ist die Regel, das kleine Baubewilligungsverfahren ist die Ausnahme. Daher ist im Zweifelsfall das ordentliche Verfahren durchzuführen.¹¹

c) Zu den oberirdischen Anlagen zur Baulanderschliessung gehören insbesondere private Strassen, Zufahrten und Abstellplätze für Motorfahrzeuge. Der Abbruch und die Neugestaltung des Fussweges, der neue Treppenanschluss und der Rückbau eines Autoabstellplatzes sind somit Vorhaben im Sinn von Art. 27 Abs. 1 Bst. e BewD. Das neue Gelände und die Terrainveränderungen sind Vorhaben im Sinn von Art. 27 Abs. 1 Bst. c BewD. Unklar ist, was mit der im Baugesuch erwähnten Erweiterung des Sitzplatzes im OG gemeint ist, lässt sich den Projektplänen dazu doch nichts entnehmen. Soweit damit die Erschliessung des Hauszugangs für die Wohnungen in den Obergeschossen über den öffentlichen Fussweg gemeint ist, handelt es sich dabei ebenfalls um ein Vorhaben im Sinn von Art. 27 Abs. 1 Bst. e BewD. Die Vorinstanz hat somit die Bauvorhaben zwar zu Recht

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35-35c N. 1

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35-35c N. 7

als kleine Vorhaben im Sinn von Art. 27 Abs. 1 BewD beurteilt. Diese können aber nur dann mit einer kleinen Baubewilligung gestattet werden, wenn keine Interessen im Sinn von Art. 27 Abs. 5 Bst. c BewD berührt werden. Die Bauvorhaben sind im Perimeter eines Ortsbildschutzgebietes realisiert worden. Gemäss Art. 16 Abs. 1 GBR¹² sind als Ortsbildschutzgebiete Siedlungen und Siedlungsteile wie Quartiere, Dörfer, Weiler, Baugruppen von besonders hoher Qualität bezeichnet. Ihre das Quartier prägende bauliche und aussenräumliche Struktur ist zu erhalten bzw. sinngemäss zu erneuern (Art. 16 Abs. 2 GBR). Neu- und Umbauten haben sich laut Art. 16 Abs. 3 GBR bezüglich Stellung, Volumen und Gestaltung ins Ortsbild einzufügen (gute Gesamtwirkung im Sinn von Art. 14 GBR). Nach Art. 14 Abs. 1 GBR sind Bauten, Anlagen, Reklamen, Anschriften und Bemalungen unter Beachtung ihrer Zweckbestimmung so zu gestalten, dass sich zusammen mit ihrem näheren und weiteren Umfeld eine gute Gesamtwirkung ergibt. Der Treppenweg, der gemäss den Plänen eine Auftrittstiefe von circa 50 cm und gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin eine Stufenhöhe (Steigung) von 12 cm aufweist, wurde auf den ersten 10 m abgebrochen und soll nun durch eine Treppe mit einer Auftrittstiefe von 35 cm und einer Stufenhöhe von 16 cm ersetzt werden. Der bisherige Treppenweg wird dadurch um circa 3 m kürzer und entsprechend steiler. Zudem sind damit Terrainveränderungen verbunden. Das Material der neuen Treppe orientiert sich zwar am bestehenden Treppenweg. Während dieser auf der Südwestseite einen Handlauf aus Holz aufweist, soll die neue Treppe auf der anderen Seite mit einem Metallgeländer ergänzt werden. Eine Wiederherstellung des abgebrochenen Holzgeländers auf der Südwestseite ist nach den Plänen nicht vorgesehen. Zudem soll auf der Stützmauer eine Absturzsicherung aus Metall erstellt werden. Diese Bauvorhaben stellen eine nicht unbedeutende Veränderung innerhalb eines Ortsbildschutzgebietes dar. Daher sind wesentliche Interessen des Ortsbildschutzes berührt. Das Baubewilligungsverfahren muss deshalb nach den Vorschriften des ordentlichen Bewilligungsverfahrens durchgeführt werden.

4. Neugestaltung der Treppe

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die geplante Neugestaltung des Fussweges stelle keine Wiederherstellung des rechtmässigen ursprünglichen Zustands dar. Die

¹² Baureglement der Gemeinde Köniz vom 7. März 1993 (GBR)

geplante Treppe sei immer noch massiv steiler als der zerstörte Treppenweg. Dies sei kein ausgewogenes Projekt. Die geplante Treppe, die nicht dem ursprünglichen, jetzt abgetragenen Gelände angepasst sei und ein fremd wirkendes Metallgeländer aufweise, trage nicht zur Verbesserung des Gesamtbilds bei, sondern verschlechtere dieses. Der (teilweise zerstörte) Treppenweg sei ein prägendes Element des Ortsteils von Oberwangen im Aufstieg zum Niederwangenhubel. Die geplante Treppe verletze die Normen des Ortsbild- und Landschaftsschutzes und sei deshalb nicht bewilligungsfähig. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, nach der Baulehre betrage das angemessene Steigungsmass für Treppen im Freien höchstens 14 cm. Die nicht nachvollziehbare Erhöhung der Stufenhöhe um 4 cm erschwere den Zugang zu ihrer Liegenschaft beträchtlich. Die Vorinstanz lege nicht offen, auf welche Fachunterlage sich die von ihr zitierte Broschüre der Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu) stütze. Sie äussere sich auch nicht zu den Terrainveränderungen und zur Verkürzung des Weges. Mit dem beantragten Bau einer verkürzten Rundholztreppe werde der rechtmässige Zustand nicht wiederhergestellt.

b) Es ist grundsätzlich zulässig, öffentliche Fusswege umzugestalten oder zu verlegen. Es ist deshalb zu prüfen, ob die geplante Neugestaltung des Fussweges samt den damit verbundenen Terrainveränderungen sowie dem geplanten Metallgitter bewilligungsfähig ist. Bauvorhaben sind zu bewilligen, wenn sie den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften und den nach anderen Gesetzen im Baubewilligungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entsprechen, die öffentliche Ordnung nicht gefährden und wenn ihnen keine Hindernisse der Planung entgegenstehen (Art. 2 Abs. 1 BauG). Bauvorhaben müssen unter anderem den Bestimmungen über den Ortsbild- und Landschaftsschutz entsprechen (vgl. Art. 9 BauG, Art. 14 und 16 GBR). Gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. a BewD konsultiert die Baubewilligungsbehörde die zuständigen kantonalen Fachstellen gemäss Verzeichnis der zuständigen Stelle der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK), wenn gegen ein Vorhaben Bedenken oder Einwände der Beeinträchtigung des Ortsbildes oder der Landschaft bestehen, die nicht offensichtlich unbegründet sind. Wo leistungsfähige öffentliche Fachstellen bestehen, können diese konsultiert werden (Art. 22 Abs. 2 BewD). Die Gemeinde Köniz verfügt mit der Bau- und Planungskommission über eine solche Fachstelle. Diese beurteilt gemäss Art. 102 Abs. 1 Bst. a GBR unter anderem Baugesuche, die Bauvorhaben in Schutzgebieten betreffen. Da das Vorhaben in einem Ortsbildschutzgebiet realisiert werden soll, hätte es somit bereits gestützt auf diese Gemeindenvorschriften der Bau- und Planungskommission unterbreitet werden müssen.

Aufgrund der Fotos in den Vorakten, die den öffentlichen Fussweg in seiner ursprünglichen Form zeigen, ist davon auszugehen, dass sich der Treppenweg der Topografie des Hanges folgend harmonisch ins Orts- und Landschaftsbild einfügt. Die Darstellung der Beschwerdeführerin, es handle sich dabei um ein prägendes Element im fraglichen Ortsteil von Oberwangen, ist nachvollziehbar. Ihre Rüge, die Neugestaltung eines Teils des öffentlichen Weges als Treppe verletze Normen des Ortsbild- und Landschaftsschutzes erscheint deshalb nicht als offensichtlich unbegründet. Das Bauvorhaben ist somit auch gestützt auf Art. 22 Abs.1 Bst a und Art. 22 Abs. 2 BewD der Bau- und Planungskommission vorzulegen. Es ist insbesondere zu prüfen, ob die Verkürzung des Treppenweges und die Neuerstellung der Treppe samt Metallgeländer und den mit der Neuerstellung verbundenen Terrainveränderungen mit ihrem näheren und weiteren Umfeld eine gute Gesamtwirkung ergibt.

c) Zu den nach anderen Gesetzen im Baubewilligungsverfahren zu prüfenden Vorschriften gehören insbesondere diejenigen der Strassengesetzgebung.¹³ Der öffentliche Fussweg ist eine Privatstrasse im Gemeingebrauch im Sinn von Art. 9 SG. Bei seiner Umgestaltung sind deshalb die Wirkungsziele von Art. 3 SG zu berücksichtigen. Unter anderem sind die Mobilitäts- und Sicherheitsbedürfnisse aller Verkehrsteilnehmerinnen und -teilnehmer aufeinander abzustimmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. d SG). Anders als für Erschliessungsstrassen (vgl. Art. 7 ff. BauV) enthält die Bau- und die Strassengesetzgebung keine detaillierten Vorgaben über die Dimensionierung von Fusswegen. Insbesondere sind Wegbreite und maximale Steigung für Fusswege nicht ausdrücklich geregelt. Laut Art. 21 Abs. 1 BauG sind Bauten und Anlagen so zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten, dass weder Personen noch Sachen gefährdet werden. Unter diesem Aspekt sind die Regeln der Baukunde einzuhalten sowie Normen und Empfehlungen der Fachverbände auch beim Ausbau eines Fussweges zu beachten (vgl. Art. 57 BauV). Es gilt somit der Grundsatz, dass die einschlägigen technischen Normen wie die Schweizer Normen (SN) der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS) bei Strassenbauvorhaben zu beachten sind.¹⁴ Das ergibt sich auch aus der von der Vorinstanz erwähnten Fachbroschüre Treppen der bfu.¹⁵ Ob die geplante Neugestaltung des öffentlichen Fussweges den allgemein formulierten Anforderungen der Gesetzgebung

¹³ BVR 2011 S. 341 E. 2, mit weiteren Hinweisen

¹⁴ VGE 2009/314 vom 22.11.2010, E. 7.2

¹⁵ Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu), Fachbroschüre Treppen, S. 2, 6 f. und 11, einsehbar unter <https://www.bfu.ch>, Rubriken «Ratgeber, Bauwerke, Treppen»

entspricht, ist somit unter Beizug der einschlägigen VSS-Normen zu beurteilen. Massgeblich sind insbesondere die SN 640 070 Fussgängerverkehr, Grundnorm; SN 640 201 Geometrisches Normalprofil, Grundabmessungen und Lichtraumprofil der Verkehrsteilnehmer; SN 640 238 Fussgänger- und leichter Zweiradverkehr, Rampen, Treppen und Treppenwege; SN 640 568 Geländer. Diese dienen als Entscheidungshilfe und legen die Anforderungen fest, denen Anlagen des Fussgängerverkehrs zu genügen haben. Es handelt sich dabei jedoch nicht um Rechtsnormen, sondern lediglich um Richtlinien, deren Anwendung im Einzelfall vor den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, standhalten muss. Sie dürfen daher nicht unbesehen der konkreten Verhältnisse der Entscheidung zugrunde gelegt werden.¹⁶ Die geplante Neugestaltung muss insbesondere verkehrssicher sein und der öffentliche Fussweg muss auch künftig von älteren oder gehbehinderten Personen benutzt werden können. Nicht topografisch begründete Längsneigungen sind zu vermeiden.¹⁷ Aufgrund der Vorakten ist davon auszugehen, dass die Gemeinde diese Thematik nicht genügend abgeklärt hat. Sie zitiert zwar aus der Fachbroschüre der bfu, prüft aber nicht näher, ob die darin aufgeführten Anforderungen an Treppenanlagen eingehalten sind. Aufgrund einer summarischen Prüfung erscheint insbesondere als fraglich, ob bei der geplanten Treppe die Schrittmassformel eingehalten ist.¹⁸ Es ist deshalb vertieft zu prüfen, ob die Verkürzung des Treppenweges und die Neuerstellung der Treppe unter Berücksichtigung seiner Funktion als öffentlicher Fussweg normgerecht ausgestaltet ist. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die in den Normen aufgeführten Masse Richtwerte sind, die nur in begründeten Fällen unterschritten werden sollten.¹⁹

5. Wiederherstellungsverfahren

a) Die Beschwerdeführerin beanstandet das Wiederherstellungsverfahren in mehrfacher Hinsicht. Ihre Schreiben als Reaktion auf die mangelhafte Baueinstellungsverfügung seien unbeantwortet geblieben. Es sei fragwürdig, dass die gleiche Person die Aufgaben der Baupolizei und der Baubewilligungsbehörde wahrnehme. Eine neutrale Beurteilung sei so nicht gewährleistet. Die Vorinstanz habe mit der Nichtanordnung der Wiederherstellung

¹⁶ BGer 1C_375/2011 vom 28. Dezember 2011, E. 3.3.3

¹⁷ Vgl. Bundesamt für Strassen (ASTRA)/Fussverkehr Schweiz (Hrsg.), Handbuch Fusswegnetzplanung, S. 18

¹⁸ Vgl. dazu Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu), Fachbroschüre Treppen, S. 6 und S. 11

¹⁹ Vgl. Bundesamt für Strassen (ASTRA)/Fussverkehr Schweiz (Hrsg.), Handbuch Fusswegnetzplanung, S. 12

des rechtmässigen Zustands zwingendes Recht verletzt. Sie hätte mit dem Baustopp oder zumindest zeitnah separat die Wiederherstellung des rechtmässigen ursprünglichen Zustands verfügen müssen. Eine Frist zur Einreichung eines Gesuches um nachträgliche Baubewilligung hätte nur zusammen mit einer Wiederherstellungsverfügung angesetzt werden können. Die Vorinstanz gehe auf die Forderung der Beschwerdeführerin in der Einsprache, es sei bezüglich verschiedener illegal erstellter Bauten und Anlagen im Jahr 2016 (Betonwände, abgetragene Böschungen usw.) die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands einzuleiten, materiell nicht ein. Zudem habe diese die Anzeige der Beschwerdeführerin vom 1. Dezember 2016 betreffend Stützmauern im Zusammenhang mit dem zerstörten Treppenweg sowie einem Nebengebäude nicht behandelt. Die Behauptung der Vorinstanz, die Betonmauerwinkel seien Teil der Baubewilligung von 2011 gewesen, treffe nicht zu.

b) Die Baupolizei ist Sache der zuständigen Gemeindebehörde. Sie steht unter der Aufsicht des Regierungsrats (Art. 45 Abs. 1 BauG). Über Baugesuche im Zuständigkeitsbereich der Gemeinden entscheidet der Gemeinderat oder ein anders im Gemeindereglement bezeichnetes Organ (vgl. Art. 33 Abs. 4 BauG). Es ist somit Sache der Gemeinden, das zuständige Gemeindeorgan zu bestimmen. In der Gemeinde Köniz ist grundsätzlich der Gemeinderat für die Beurteilung ordentlicher Baugesuche (Art. 99 Abs. 2 Bst. c GBR) zuständig. Baubewilligungsbehörde im kleinen Baubewilligungsverfahren ist das Bauinspektorat (Art. 100 Art. 1 Bst b GBR). Dieses führt die Baubewilligungsverfahren inklusive Einspracheverhandlung durch (Art. 28 Abs. 2 VOV²⁰) und stellt der Bewilligungsbehörde der Gemeinde Bericht und Antrag, soweit es nicht selber Baubewilligungsbehörde ist (Art. 100 Abs. 1 Bst. a GBR). Das Bauinspektorat nimmt die Aufgaben der Gemeindebaupolizeibehörde wahr, erlässt die dabei die erforderlichen Verfügungen (Art. 100 Abs. 1 Bst. c GBR i. V. m. Art. 28 Abs. 3 VOV) und bereitet zuhanden des Direktionsvorstehers die Geschäfte der Baupolizei vor (Art. 100 Abs. 2 Bst. a GBR). Das Bauinspektorat erfüllt somit gemäss den einschlägigen Gemeindevorschriften Aufgaben im Bereich der Baubewilligungs- und Baupolizeiverfahren. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn in einem bestimmten Gebiet die gleiche Person für beide Verfahren zuständig ist. Die Beschwerdeführerin begründet nicht näher und es ist auch nicht nachvollziehbar, warum dies problematisch sein soll. Insbesondere sind weder Ausstandsgründe dargetan noch ersichtlich.

²⁰ Verwaltungsorganisationsverordnung vom 8. Juli 2009 (VOV)

c) Die zuständige Baupolizeibehörde hat dafür zu sorgen, dass im Bauwesen die gesetzliche Ordnung eingehalten wird. Erhält sie Kenntnis von unbewilligten Bauten und Nutzungen, hat sie von Amtes wegen einzuschreiten und ein Wiederherstellungsverfahren durchzuführen (Art. 46 BauG). Sie hat mindestens zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht und ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verfügen ist.²¹ Nachbarinnen und Nachbarn, die in schutzwürdigen Interessen betroffen sind, können sich als Anzeiger am baupolizeilichen Verfahren beteiligen. Sie haben Parteistellung im Verfahren (Art. 46 Abs. 2 BauG) und können Anträge stellen. Sie haben einen Anspruch darauf, dass das Verfahren mit einer Verfügung abgeschlossen wird.²² Erlässt die Baupolizeibehörde keine Verfügung oder behandelt sie die Sache nicht, liegt eine Rechtsverweigerung vor.²³

Die Beschwerdeführerin reichte am 21. Juli 2016 eine erste baupolizeiliche Anzeige ein und rügte darin einerseits den Abbruch und Neubau einer Treppe sowie das Erstellen eines Autoabstellplatzes samt den damit verbundenen Terrainveränderungen und Verbauungen auf den Parzellen Nrn. N._____, O._____ und M._____. Mit Schreiben vom 13. August 2016 beantragte sie ausdrücklich die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Am 1. Dezember 2016 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere baupolizeiliche Anzeige gegen die Beschwerdegegnerschaft ein. Diese betraf einerseits zwei Betonstützmauern im südwestlichen Bereich der Parzelle Nr. M._____ und andererseits einen Aushub mit drei befestigten Böschungsseiten und einem Metallgerüst im nordwestlichen Bereich der Parzelle Nr. M._____. In ihrer Einsprache vom 6. Dezember 2016 wies die Beschwerdeführerin ausdrücklich darauf hin, dass die im Jahr 2016 erstellten Betonstützmauern nicht Inhalt des Baugesuchs von 2011 für die Sanierung und den Ausbau des bestehenden Wohnhauses gewesen seien; zudem wäre eine allfällige Bewilligung für diese Stützmauern längstens erloschen. Sie bemängelte, das Baugesuch umfasse nicht alle ohne Bewilligung erstellten Bauten. Die Vorinstanz befasste sich im angefochtenen Entscheid hauptsächlich mit dem Baugesuch der Beschwerdegegnerschaft und weniger mit den baupolizeilichen Anzeigen der Beschwerdeführerin. Sie führte dazu im

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 2

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 2a

²³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 64

Wesentlichen aus, über das Baugesuch für die Sanierungen der Liegenschaft F._____strasse 10 sei 2011 rechtskräftig entschieden worden. Teile davon seien auch der Betonmuerwinkel, der Abstellplatz und der gedeckte Sitzplatz gewesen.

Es trifft zwar zu, dass der Neubau einer Stützmauer und eines Autoabstellplatzes auf der Südwestseite des Gebäudes F._____strasse 10 neben dem öffentlichen Fussweg Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens Nr. 17190 bildete. Ein Vergleich der am 26. Oktober 2011 bewilligten Pläne mit den aktuellen Baugesuchsunterlagen und den Fotos in den Vorakten zeigt aber, dass der erstellte und vorliegend umstrittene Betonmuerwinkel nicht der damaligen Baubewilligung entspricht: Bewilligt wurde eine U-förmige Stützmauer, erstellt wurde eine L-förmige Stützmauer. Auch der hinter der Stützmauer liegende Blockwurf lässt sich den bewilligten Plänen nicht entnehmen. Dieses Bauvorhaben wurde somit in Abweichung von der am 26. Oktober 2011 bewilligten Stützmauer erstellt. Unter diesen Umständen kann offengelassen werden, ob die Betonmauer während oder nach Ablauf der Geltungsdauer dieser Baubewilligung erstellt wurde. Sie ist so oder anders widerrechtlich. Es trifft zwar zu, dass mit der Baubewilligung vom 26. Oktober 2011 auf der Nordwestseite des Gebäudes F._____strasse 10 ein gedeckter Sitzplatz für die Wohnung im Obergeschoss bewilligt wurde. Die Anzeige der Beschwerdeführerin betrifft allerdings nicht den Sitzplatz, sondern ein Bauvorhaben, dass gegenüber dieses Sitzplatzes in den Hang hinein gebaut wurde und auf den öffentlich zugänglichen Luftbildern der Gemeinde Köniz ersichtlich ist.²⁴ Dafür wurde 2011 keine Baubewilligung erteilt. Somit hat die Vorinstanz nicht alle von der Beschwerdeführerin zur Anzeige gebrachten Vorhaben geprüft und dazu eine anfechtbare Verfügung erlassen. Insoweit hat sie eine Rechtsverweigerung begangen. Die Vorinstanz hat deshalb unverzüglich ein förmlich korrektes baupolizeiliches Verfahren bezüglich der Stützmauer samt Blockwurf zur Terrasse und dem Aushub mit den drei befestigten Böschungsseiten gegenüber dem Sitzplatz im Obergeschoss einzuleiten, die Sachlage sorgfältig abzuklären und das Verfahren mit einer Verfügung abzuschliessen.

d) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde umgehend die Einstellung der Bauarbeiten (Art. 46 Abs. 1 BauG). Sie besitzt dabei keinen

²⁴ Vgl. dazu Geoportal der Gemeinde Köniz, Basisplan, Grundkarte "Amtliche Vermessung und Orthofoto 2016 kombiniert"

Beurteilungsspielraum und hat keine Interessenabwägung vorzunehmen.²⁵ In der Regel ist zugleich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen, wenn nicht Gründe der Rechtssicherheit, der Verhältnismässigkeit oder des Vertrauensschutzes entgegenstehen oder diese Punkte zuerst einer Klärung bedürfen.²⁶ Die Wiederherstellungsverfügung ist grundsätzlich mit einem Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zu versehen. Von dieser Regel darf nur abgewichen werden, wenn bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden ist oder wenn das Vorhaben offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist.²⁷ Mit den Vorschriften von Art. 46 Abs. 2 BauG wollte der Gesetzgeber eine Koordination zwischen nachträglichem Bewilligungs- und Wiederherstellungsverfahren herbeiführen.²⁸ Die Bestimmung schliesst jedoch nicht aus, dass die Bauherrschaft schon vor Erlass der Wiederherstellungsverfügung ein nachträgliches Baugesuch einreicht.

Gestützt auf die erste baupolizeiliche Anzeige der Beschwerdeführerin leitete die Vorinstanz richtigerweise umgehend ein baupolizeiliches Verfahren ein und prüfte an einem Augenschein, ob ein unrechtmässiger Zustand bestehe. Gemäss Baueinstellungsverfügung vom 28. Juli 2016 wurden insbesondere folgende Bauarbeiten festgestellt: Der unterste Bereich des aus mit Kies bedeckten Rundholzstufen bestehenden Fusswegs wurde auf einer Länge von circa 10 m abgebrochen und durch eine geländerlose kürzere Felsblocktreppe mit höheren Stufen ersetzt. In diesem Bereich sowie für den Parkplatz auf Parzelle Nr. N._____ wurden Böschungsabtragungen vorgenommen. Zudem wurde eine Erweiterung im Bereich des Sitzplatzes im Obergeschoss zur Laube ausgeführt. Die Vorinstanz erliess deshalb korrekterweise umgehend einen Baustopp. Unter den gegebenen Umständen ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerschaft vor Erlass einer Wiederherstellungsverfügung das rechtliche Gehör gewährte. Hingegen entspricht die in diesem Zusammenhang eingeräumte Gelegenheit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, nicht dem gesetzlich vorgesehenen Verfahrensablauf, zumal die Vorinstanz die erstellte Felsblocktreppe als klar nicht bewilligungsfähig erachtete. Dieses Vorgehen spielt jedoch im Ergebnis keine entscheidende Rolle. Zum einen können es die

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 6

²⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 3

²⁷ BVR 2007 S. 164 E. 4.1

²⁸ BVR 1994 S. 241 E. 2a.

Verhältnisse in bestimmten Einzelfällen rechtfertigen, vom in Art. 46 Abs. 2 BauG vorgesehenen Verfahren abzuweichen.²⁹ Zum anderen wird eine Wiederherstellungsverfügung bei fristgemässer Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zunächst aufgeschoben und fällt im Fall der nachträglichen vollständigen oder teilweisen Bewilligung des Bauvorhabens im entsprechenden Umfang dahin (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. b und Bst. d BauG). Wird das nachträgliche Baugesuch dagegen abgewiesen (Bauabschlag), hat die Baubewilligungsbehörde zugleich (erneut) über die allfällige Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu entscheiden (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Wird vor Erlass der Wiederherstellungsverfügung ein nachträgliches Baugesuch eingereicht, so ist es deshalb vorab zu behandeln, da in diesem Fall erst gleichzeitig mit dem Bauentscheid über die Frage der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands entschieden werden kann.

e) Das Gesetz ermöglicht es der Bauherrschaft, innert 30 Tagen nach Erhalt der Wiederherstellungsverfügung ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Die Behörde kann die Frist aus wichtigen Gründen verlängern (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Ein rechtzeitig eingereichtes Gesuch hat zur Folge, dass die Wiederherstellungsverfügung vorläufig aufgeschoben wird.³⁰ Versäumt es die Bauherrschaft, innert Frist ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, so ist der Anspruch auf materielle Prüfung der Baurechtskonformität grundsätzlich verwirkt. Wird das nachträgliche Baugesuch erst in einem späteren Stadium eingereicht, so kann die Rechtsmittelinstanz entweder das Beschwerdeverfahren einstellen, bis über das Gesuch entschieden ist, oder aber die Bewilligungsfähigkeit des Gesuchs summarisch prüfen und dem Ergebnis im Rahmen der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung Rechnung tragen.³¹ Ein erst nach rechtskräftigem Abschluss des Wiederherstellungsverfahrens eingereichtes nachträgliches Baugesuch ist grundsätzlich unbeachtlich.³²

Da die Vorinstanz in Abweichung vom gesetzlich vorgesehenen Verfahrensablauf vorgegangen ist, hat dies im vorliegenden Fall zur Folge, dass die dreissigtägige Frist zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG ab

²⁹ BVR 1996 S. 243 E. 2 c

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 14

³¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 15a

³² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 15b

Eröffnung der Wiederherstellungsverfügung gar nicht zur Anwendung gelangen konnte. Es ist deshalb unerheblich, ob die Beschwerdegegnerschaft ihr Baugesuch innert der angesetzten Frist eingereicht hat oder nicht.

f) Gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG setzt die Baupolizeibehörde der jeweiligen Grundeigentümerin oder dem jeweiligen Grundeigentümer (oder der Baurechtsinhaberin bzw. dem Baurechtsinhaber) eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Fallen Grundeigentum und Bauherrschaft auseinander, so kann sich die Wiederherstellungsverfügung auch an die Bauherrschaft richten, die als Verhaltensstörerin den ordnungswidrigen Zustand bewirkt und in erster Linie für die Beseitigung der Störung einzutreten hat. Es ist in solchen Fällen ratsam, die baupolizeilichen Verfügungen an beide zu richten, andernfalls können beim Vollzug Schwierigkeiten entstehen.³³ Im Wiederherstellungsverfahren sind die betroffenen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer Partei. Bevor die Baupolizeibehörde verfügt, hat sie diesen das rechtliche Gehör zu gewähren. Dies dient einerseits der Klärung der Sachlage und andererseits der Wahrung der Interessen der von einer allfälligen Wiederherstellungsverfügung betroffenen Grundeigentümer. Mit Art. 46 BauG wollte der Gesetzgeber eine Koordination zwischen dem nachträglichen Baubewilligungs- und dem Wiederherstellungsverfahren herbeiführen. Die beiden Verfahren dürfen deshalb grundsätzlich nicht voneinander getrennt werden. Wird ein nachträgliches Baugesuch eingereicht, ist nicht nur über die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens zu entscheiden, sondern gleichzeitig auch über allfällige Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.³⁴ Eine allfällige Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 47 Abs. 6 BewD).³⁵

Die Beschwerdegegnerschaft hat zwar die Gelegenheit zur Einreichung eines Baugesuchs wahrgenommen, sie hat aber inhaltlich nicht ein eigentliches nachträgliches Baugesuch für das bereits Gebaute eingereicht, sondern einen Vorschlag zur Herstellung des rechtmässigen Zustands bezüglich der Treppe und des Autoabstellplatzes unterbreitet. Auch wenn die Gesuchsunterlagen den Anforderungen der Art. 10 ff. BewD nicht in allen

³³ BVR 2008 S. 261 E. 3.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12

³⁴ vgl. BVR 1996 S. 243 E. 2, 1994 S. 241 E. 2

³⁵ statt vieler BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9

Punkten entsprechen, lässt sich ihnen doch entnehmen, dass auf Parzelle Nr. N. _____ ein Rückbau des Parkplatzes in den ursprünglichen Zustand vorgesehen ist. Dieses Vorhaben umfasst auch eine Angleichung des Terrains. Zudem soll die ohne Bewilligung erstellte Treppe aus Granitblöcken zurückgebaut und durch eine neue Rundholztreppe ersetzt werden, die gut 3.00 m kürzer ist als der abgebrochene Treppenweg. Die Terrainabgrabungen auf der Südwestseite der Treppe sollen rückgängig gemacht werden. Mit der Bewilligung dieses Gesuchs hat die Vorinstanz das Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur ungenügend abgeschlossen. Es fehlt nicht nur die Anordnung, innert welcher Frist die Wiederherstellung erfolgen muss, sondern es fehlt auch die Androhung der Ersatzvornahme für den Fall, dass die Beschwerdegegnerschaft den rechtmässigen Zustand nicht fristgerecht herstellt. Zudem befinden sich der Parkplatz, der zurückgebaut werden soll, vollständig, und die geplante neue Treppe überwiegend auf fremdem Grund. Falls die Vorinstanz nach Durchführung des ordentlichen Baubewilligungsverfahrens erneut zum Schluss kommt, dass mit dem Baugesuch hinsichtlich des Autoabstellplatzes und des öffentlichen Treppenweges der rechtmässige Zustand hinreichend wiederhergestellt ist, wird sie der Beschwerdegegnerschaft sowie den betroffenen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern eine angemessene Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzen müssen, unter Androhung der Ersatzvornahme. Die Frist soll der pflichtigen Person die zur Vorbereitung und Durchführung der Massnahme notwendige Zeit einräumen und deutlich machen, ab wann sie mit der Vollstreckung durch die Behörde zu rechnen hat. Sie ist so zu bemessen, dass die pflichtige Person nach allgemeiner Erfahrung ihre Pflicht bis zum Ablauf der Frist erfüllen kann und öffentlichen wie privaten Interessen soweit möglich Rechnung getragen wird.³⁶

6. Rückweisung

a) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Erweist sich die Beschwerde als begründet, soll die Beschwerdeinstanz das streitige Rechtsverhältnis wenn möglich nach ihrer eigenen Erkenntnis abweichend von der angefochtenen Verfügung neu regeln. Für ein solches Vorgehen sprechen vor allem

³⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9c Bst. a und 13 Bst. b

prozessökonomische Überlegungen. Das Gesetz verbietet der Beschwerdebehörde jedoch nicht, kassatorisch zu entscheiden, d. h. den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie soll von der Möglichkeit der Rückweisung jedoch nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird. Ein solcher besonderer Grund kann in der mangelnden Entscheidreife der Angelegenheit bestehen, insbesondere, wenn die Beschwerdeinstanz selber umfangreiche Beweismassnahmen durchführen müsste. Zurückweisen kann die Beschwerdeinstanz die Angelegenheit auch, wenn sich die Vorinstanz nicht zur Sache geäußert hat oder schwerwiegende Verfahrensfehler begangen hat.³⁷

b) Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Baubewilligungs- und Wiederherstellungsverfahren in mehrfacher Hinsicht mangelhaft durchgeführt worden ist. Insbesondere wurden die baupolizeilichen Anzeigen der Beschwerdeführerin nur teilweise behandelt, es wurde zu Unrecht das vereinfachte Baubewilligungsverfahren durchgeführt und die zuständige Fachstelle für Fragen des Ortsbild- und Landschaftsschutzes wurde nicht konsultiert. Der Sachverhalt wurde in entscheidungsrelevanten Punkten nicht oder nicht genügend abgeklärt. So wurde weder geprüft, ob die Neugestaltung des öffentlichen Fussweges ortsbildverträglich geplant ist und den einschlägigen VSS-Normen entspricht. Zudem weist der angefochtene Entscheid formelle Mängel auf (fehlende Beteiligung der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer als Verfügungsadressatinnen und Verfügungsadressaten, keine Fristansetzung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes, keine Androhung der Ersatzvornahme). Die Beschwerde ist deshalb grundsätzlich begründet. Die Sache ist noch nicht entscheidreif. Es ist nicht Aufgabe der BVE als Beschwerdeinstanz, erstmals über die baupolizeiliche Anzeige der Beschwerdeführerin betreffend die Stützmauer und die Nebenbaute beim Sitzplatz im Obergeschoss zu entscheiden, ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen sowie vertiefte Abklärungen zu Fragen des Ortsbildschutzes und der Verkehrssicherheit vorzunehmen. Ebenso wenig ist es nicht Sache der BVE als Beschwerdeinstanz, ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes durchzuführen und diese Frage als erste Instanz zu beurteilen. Zudem kommt der erstinstanzlichen Behörde bei der Frage ob, in welchem Umfang und innert welchem Zeitraum der rechtmässige Zustand

³⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 2 f.

wiederherzustellen ist, ein beträchtlicher Entscheidungsspielraum zu. Es ist deshalb sachgerecht, die Akten zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde zurückzuweisen (Art. 72 Abs. 1 VRPG).

7. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen vorliegend einzig aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Diese wird festgesetzt auf Fr. 1'600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG, Art. 19 Abs. 1 GebV³⁸). Laut Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten 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. Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt die Beschwerdeführerin mit ihrem Rechtsmittel zwar nur teilweise durch. Im Kostenpunkt ist indes von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die Neuurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.³⁹ Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Beschwerdegegnerschaft hat zwar keine Anträge gestellt, als Bauherrschaft ist sie jedoch als notwendige Partei am Verfahren beteiligt. Sie kann sich der Kostenpflicht nicht dadurch entziehen, dass sie oder er auf das Stellen von Anträgen verzichtet.⁴⁰ Als unterliegende Partei ist sie deshalb grundsätzlich kostenpflichtig. Die vorinstanzlichen Verfahrensfehler stellen jedoch besondere Umstände dar die es rechtfertigen, auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten, zumal der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden können.

³⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³⁹ VGE 2017/75 vom 1. Februar 2018, E. 5.1

⁴⁰ BVR 2015 S. 541 E. 8.1

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Da keine Partei anwaltlich vertreten ist, sind keine entschädigungsfähigen Auslagen entstanden.

III. Entscheid

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Bauentscheid der Gemeinde Köniz vom 6. Dezember 2017 aufgehoben. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde zurückgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

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

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin

Beilage: Kopie des Baueingabeplans Grundriss vom 12. Oktober 2016 (verkleinert)