



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2023/158

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 5. Dezember 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Frau Rechtsanwältin A. _____

und

Herrn E. _____
Beschwerdegegner 1

Herrn F. _____
Beschwerdegegner 2

alle vertreten durch Frau Rechtsanwältin G. _____

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Toffen, Gemeindeverwaltung, Bahnhofstrasse 1,
3125 Toffen**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Toffen vom 13. Mai 2022
(eBau Nr. 2022.4334/88724; Wärmepumpe, nachträgliche Beschwerde)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegner reichten am 11. April 2022 bei der Gemeinde Toffen ein Baugesuch ein für den Ersatz der Ölheizung durch eine Wärmepumpe auf Parzelle Toffen Grundbuchblatt Nr. I. _____. Diese soll auf der Nordseite des Gebäudes J. _____ strasse 1. _____ aufgestellt werden. Die Parzelle liegt im Perimeter der Überbauungsordnung (ÜO) K. _____ vom 9. Juni 1997, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 4. März 1998. Die Nachbarinnen und Nachbarn der nördlich und westlich gelegenen Grundstücke K. _____ strasse 2. _____ (Toffen Grundbuchblatt Nr. L. _____) und K. _____ strasse 3. _____ (Toffen Grundbuchblatt Nr. M. _____) stimmten dem Bauvorhaben schriftlich zu. Die Gemeinde Toffen verzichtete auf eine weitergehende Bekanntmachung des Bauvorhabens und erteilte mit Entscheid vom 13. Mai 2022 die Baubewilligung.

2. Mit E-Mail vom 17. August 2023 wandten sich Frau B._____ und der Beschwerdeführer an die Gemeinde und teilten mit, sie hätten festgestellt, dass auf dem direkt angrenzenden Nachbargrundstück aussen eine Luftwärmepumpe erstellt worden sei. Ein dafür zwingend notwendiges Baugesuch sei ihnen als direkte Anstösser nie vorgelegt worden. Auch hätten sie nie eine Information darüber erhalten. Sie erkundigten sich, in welchen beiden Anzeiger-Nummern eine allfällige Publikation erfolgt sei. Zudem baten sie um Zustellung sämtlicher Baugesuchsunterlagen sowie der Baubewilligung. Die Gemeinde antwortete am 28. August 2023 unter anderem, im damaligen Baubewilligungsverfahren sei die Zustimmung der direkt betroffenen Nachbarn auf der Nord- und Westseite eingeholt worden und der Fachbericht des Amts für Umwelt und Energie (AUE) sei positiv ausgefallen. Zur Information sende sie ihnen den Situationsplan und den Fachbericht des AUE. Frau B._____ und der Beschwerdeführer teilten der Gemeinde daraufhin mit E-Mail vom 30. August 2023 mit, die Baugesuchsunterlagen erschienen noch unvollständig. Um genügend Kenntnis über den massgeblichen Sachverhalt zu erhalten, baten sie um Klärung weiterer Fragen hinsichtlich der Einhaltung des Strassenabstands und der im Zusammenhang mit der Installation der Wärmepumpe erstellten Stützmauer. Die Gemeinde antwortete am 31. August 2023, die Bauabnahme stehe noch aus, weshalb noch keine Rückmeldung zu den genannten Punkten möglich sei. Frau B._____ und der Beschwerdeführer baten daraufhin mit E-Mail vom 4. September 2023 um umgehende Zustellung der Baugesuchsunterlagen.

3. Mit Eingabe vom 25. September 2023 reichte der Beschwerdeführer eine Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er beantragt die Offenlegung der Baugesuchsunterlagen und der Baubewilligung betreffend Wärmepumpe und Stützmauer. Zur Begründung macht er insbesondere geltend, der Strassenabstand betrage lediglich circa 2.55 m. Im Zusammenhang mit der Erstellung der Luftwärmepumpe seien auch eine Stützmauer und ein Podest erstellt worden. Die Stützmauer sei gestaffelt und weise insgesamt eine Höhe von circa 1.6 m bis 1.7 m auf, was deutlich höher sei als die baubewilligungsfreien 1.2 m. Zudem fehle eine Absturzsicherung. Die noch ausstehende Bauabnahme sei kein Hinderungsgrund, ihm zeitnah Einsicht in die Baugesuchsunterlagen und die Baubewilligung zu gewähren. Dies stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Es könne nicht abschliessend beurteilt werden, auf welche gesetzliche Grundlage sich die Gemeinde bei der Bewilligung des geringen Strassenabstands abstütze.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Anschliessend bat es den Beschwerdeführer mitzuteilen, wann er Kenntnis von der Erstellung der Wärmepumpe erhalten habe.

5. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

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

II. Erwägungen

1. Zuständigkeit und Legitimation

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Beschwerden haben die Formvorschriften von Art. 32 VRPG³ zu beachten (vgl. Art. 67 VRPG). Sie müssen einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; greifbare Beweismittel sind beizulegen (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Das Rechtsbegehren sollte zwar so präzise gefasst sein, dass es unverändert ins Entscheiddispositiv übernommen werden kann. Die Praxis ist jedoch vorab bei Laieneingaben nicht streng. Dem Antragserfordernis ist bereits Genüge getan, wenn sich aus dem Zusammenhang und unter Zuhilfenahme der Begründung sinngemäss ergibt, was angebeht wird.⁴ Der Beschwerdeführer beantragt die Offenlegung der Baugesuchsunterlagen und der Baubewilligung. Der Begründung lässt sich entnehmen, dass er die Möglichkeit erhalten will, sich am Baubewilligungsverfahren beteiligen zu können und dass er eine nähere Prüfung der umstrittenen Punkte verlangt. Sinngemäss beantragt er somit, der Bauentscheid sei aufzuheben und das Baugesuch sei erneut zu prüfen. Die Beschwerde entspricht somit den Formvorschriften.

c) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Personen, die zur Einsprache befugt gewesen wären, aber unverschuldeterweise am erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren nicht teilnehmen konnten, können einen Bauentscheid gegebenenfalls nachträglich anfechten (vgl. Art. 65 Abs. 1 VRPG).⁵

Zur Einsprache befugt sind Personen, die durch das Bauvorhaben unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sind (Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG). In einer besonders nahen Beziehung zur Streitsache stehen naturgemäss die Nachbarinnen und Nachbarn des Baugrundstücks. Ihre Einsprachebefugnis ist dementsprechend im Normalfall gegeben. Das Einsprache- und Beschwerderecht wird im Allgemeinen anerkannt, wenn die Liegenschaft der Nachbarin oder des Nachbarn unmittelbar an das Baugrundstück angrenzt oder allenfalls nur durch einen Verkehrsträger davon getrennt wird.⁶ Daneben wird eine besondere Betroffenheit vor allem in Fällen bejaht, in denen von einer Anlage mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit deutlich wahrnehmbare Immissionen auf Nachbargrundstücke ausgehen⁷ oder die Anlage einen besonderen Gefahrenherd darstellt und die Anwohnerinnen und Anwohner einem besonderen Risiko ausgesetzt werden⁸.

Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der Liegenschaft Toffen Grundbuchblatt Nr. N._____. Diese grenzt unmittelbar an die Liegenschaft der Beschwerdegegner. Als direkter Nachbar des Baugrundstücks steht er in einer besonders nahen Beziehung zur Streitsache und er ist davon mehr betroffen als die Allgemeinheit. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei unmittelbar angrenzenden Liegenschaften ein besonderes Berührtsein allein schon aufgrund der

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

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

⁴ BVR 2015 S. 468 E. 4.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 32 N. 18 und 13

⁵ BVR 2008 S. 251 ff. E. 4.1; VGE 2020/139 vom 18. August 2020E, 2.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c N. 11, Art. 38-39 N. 26, Art. 40-41 N. 4

⁶ BGE 121 II 171 E. 2b S. 174 mit Hinweisen

⁷ BGE 136 II 281 E. 2.3.1 S. 285; 121 II 171 E. 2b S. 174; 120 Ib 379 E. 4c S. 387

⁸ BGE 120 Ib 378 E. 4d S. 388

räumlichen Nähe zu bejahen.⁹ Vorliegend muss die besondere Betroffenheit des Beschwerdeführers nicht näher begründet werden, weil sie aufgrund der Distanz von unter 100 m grundsätzlich zu vermuten ist. Gründe für ein Abweichen von diesem Grundsatz sind auch nicht ersichtlich. Daher wäre der Beschwerdeführer im Baubewilligungsverfahren zur Einsprache befugt gewesen (vgl. Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG).¹⁰ Da das Baugesuch weder publiziert¹¹ noch dem Beschwerdeführer mitgeteilt wurde und dieser dem Bauvorhaben auch nicht zugestimmt hatte (vgl. Art. 35 Abs. 1 BauG i.V.m. Art. 26 sowie 27 Abs. 1 und 4 BewD¹²), war der Beschwerdeführer unverschuldet nicht am Baubewilligungsverfahren beteiligt. Er ist daher grundsätzlich befugt, nachträglich Baubeschwerde zu erheben.

2. Beschwerdefrist

a) Die Beschwerdegegner bestreiten die Rechtzeitigkeit der Beschwerde. Sie machen geltend, die angeblich übergangene Person müsse innert 30 Tagen seit Kenntnis des Bauvorhabens die nachträgliche Beschwerde einreichen. Vorliegend sei die Beschwerde über ein Jahr nach Rechtskraft des Bauentscheids eingereicht worden. Als Nachbar dürfte der Beschwerdeführer seit langer Zeit Kenntnis von der Baute gehabt haben. Die dreissigtägige Frist sei damit längstens abgelaufen. Spätestens die E-Mail des Beschwerdeführers vom 18. August 2023 belege die Kenntnis vom Bauvorhaben. Diese E-Mail sei mehr als 30 Tage vor Einreichung der Beschwerde am 27. September 2023 bei der Baubehörde eingegangen. Die Frist für eine nachträgliche Beschwerde sei also in jedem Fall verstrichen. Auf die Beschwerde sei daher nicht einzutreten.

Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, er habe erst kurz vor der ersten Kontaktaufnahme mit der Gemeinde am 17. August 2023 erkannt, dass auf dem Nachbargrundstück eine Wärmepumpe erstellt worden sei. Allerdings habe er zu diesem Zeitpunkt nicht gewusst, ob überhaupt eine Baubewilligung nötig sei und ob eine solche erteilt worden sei. Aus diesem Grund habe er von der Gemeinde entsprechende Auskünfte verlangt. Erst am 28. August 2023 habe ihm die Gemeinde mitgeteilt, dass ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden sei. Diese E-Mail müsse als frühestmöglicher Zeitpunkt für den Fristenlauf gelten.

b) Bauentscheide können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 BauG). Unterbleibt eine Eröffnung oder ist sie mangelhaft, darf der übergangenen Partei daraus kein Nachteil entstehen (Art. 44 Abs. 6 VRPG). Ihr gegenüber erwächst der Bauentscheid deshalb nicht in Rechtskraft (sog. hinkende Rechtskraft); sie kann den Entscheid auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist anfechten (sog. nachträgliche Beschwerde). Fristauslösend ist für sie die Kenntnis des massgebenden Sachverhalts. Diese liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn die beschwerdeberechtigte Person im Besitz aller für die erfolgreiche Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Informationen ist bzw. bei gebührender Aufmerksamkeit sein könnte. Dabei ist nicht erforderlich, dass sie alle Einzelheiten der behördlichen Anordnung erfährt; es genügt vielmehr, dass sie Kenntnis von den wesentlichen Elementen erhält. Sie ist alsdann nach Treu und Glauben verpflichtet, die ihr zumutbaren Schritte zur Fristwahrung zu unternehmen; übermässige Nachforschungen werden indessen nicht als

⁹ BGer 1C_547/2019 vom 16. April 2020 E. 3.3

¹⁰ Vgl. dazu Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c N. 17; vgl. auch BGer 1C_418/2019 vom 16. Juli 2020 E. 1.1, 1C_204/2015 vom 18. Januar 2016 E. 1.1

¹¹ Vgl. dazu BVD 110/2021/39 E. 8

¹² Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

zumutbar erachtet. Welches Mass an Aufmerksamkeit der übergangenen Partei zugemutet werden darf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.¹³

c) Es ist unbestritten, dass die Gemeinde dem Beschwerdeführer keine Mitteilung vom Bauvorhaben der Beschwerdegegner machte, weshalb sich dieser nicht als Einsprecher am Baubewilligungsverfahren beteiligen konnte. Ebenso wenig wurde ihm die kleine Baubewilligung vom 13. Mai 2022 eröffnet, weshalb sie für ihn vorerst keine Gültigkeit erlangen konnte. Diese Situation dauerte solange an, bis der Beschwerdeführer von der Baubewilligung Kenntnis erhielt. Erst ab diesem Zeitpunkt begann für ihn die Rechtsmittelfrist zu laufen. Gemäss Auskunft des Beschwerdeführers erkannte er erst kurz vor der ersten Kontaktaufnahme mit der Gemeinde am 17. August 2023, dass auf dem Nachbargrundstück eine Wärmepumpe erstellt worden war. Die BVD hat keinen Anlass, an diesen Angaben zu zweifeln. Sie erscheinen angesichts des Umstands, dass die Beschwerdegegner der Gemeinde den Beginn der Bauarbeiten per 11. April 2023 ankündigten und die Vollendung der Bauarbeiten Ende Juni 2023 meldeten, auch als plausibel. Die Beschwerdegegner bestreiten zwar die Rechtzeitigkeit der nachträglichen Baubeschwerde pauschal, begründen dies aber nicht weiter. Der Nachweis von rechtshindernden Tatsachen würde aber nach den Beweislastregeln den Beschwerdegegnern obliegen.¹⁴

d) Die Information, dass ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden war, erhielt der Beschwerdeführer erst gestützt auf seine Anfrage an die Gemeinde vom 17. August 2023, mit der er sich erkundigte, ob und wenn ja wann das Baugesuch publiziert worden sei, und um Zustellung der Baugesuchsunterlagen sowie der Baubewilligung bat. Die Antwort, aus der sich ergab, dass ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden war, bekam er erst mit E-Mail vom 28. August 2023. Damals erhielt er zwar den Situationsplan und den dazugehörigen Fachbericht Immissionsschutz, es wurde ihm aber weder Einsicht in die Baubewilligungsakten gewährt, noch wurde ihm der Bauentscheid zugestellt, noch wurden seine Fragen zum Strassenabstand oder zur Stützmauer beantwortet. Der Beschwerdeführer hatte somit bestenfalls am 28. August 2023 Kenntnis von den wesentlichen Informationen erlangt, die zur Wahrung seiner Interessen erforderlich waren. Somit begann die 30-tägige Beschwerdefrist für ihn frühestens am 29. August 2023 zu laufen und endete am 27. September 2023. Der Beschwerdeführer gab seine nachträgliche Baubeschwerde am letzten Tag der Beschwerdefrist und damit rechtzeitig bei der Post auf. Es kann deshalb darauf eingetreten werden.

3. Verletzung des rechtlichen Gehörs

a) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Eine Begründung, warum ihm die Bauverwaltung einen Einblick in die Baugesuchsunterlagen und die Bewilligung verwehre, respektive ihn auf unbestimmte Zeit hin vertröste, fehle vollumfänglich. Mangels Akteneinsicht könne nicht abschliessend beurteilt werden, auf welche gesetzlichen Grundlagen sich die Gemeinde bei der Bewilligung des geringen Strassenabstands abstütze, respektive wie sie diese zu begründen vermöge.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Der Anspruch auf

¹³ BVR 2010 S.433 E. 4.1, 2008 S. 251 E. 4.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c N. 11, Art. 38-39N. 26; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 59

¹⁴ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 11

rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Heilung durch die Rechtsmittelinstanz kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.¹⁵

c) Mangels Information über das Baugesuch hatte der Beschwerdeführer keine Möglichkeit, Einsicht in die Gesuchsakten zu nehmen und sich als Einsprecher am Baubewilligungsverfahren zu beteiligen. Auch als er sich nach der Installation der Wärmepumpe auf dem Nachbargrundstück nach den Baugesuchsunterlagen und der Baubewilligung erkundigte, erhielt er keine vollumfängliche Akteneinsicht. Dies stellt eine schwerwiegende Gehörsverletzung dar. Da der BVD volle Überprüfungsbefugnis zukommt (vgl. Art. 40 Abs. 3 BauG), wäre eine Heilung zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die Sache aber noch nicht entscheidreif und muss daher auch aus weiteren Gründen an die Gemeinde zurückgewiesen werden.

4. Strassenabstand

a) Der Beschwerdeführer bemängelt, die Luftwärmepumpe halte lediglich einen Strassenabstand von circa 2.55 m ein. Besondere Verhältnisse seien nicht erkennbar. Er vermutet daher eine unbegründete Unterschreitung des Strassenabstands. Die Beschwerdegegner sind demgegenüber der Auffassung, dass sämtliche baupolizeilichen Vorschriften eingehalten würden und dass kein Präjudiz für die Unterschreitung des Strassenabstands geschaffen worden sei. Die Gemeinde macht geltend, massgebend sei der Strassenabstand zur gemeindeeigenen J._____strasse. Dieser sei mit rund 14 m mehr als eingehalten. Der Beschwerdeführer gehe von einem Strassenabstand ab der Parzelle Nr. P._____ aus. Dabei handle es sich jedoch um eine Strassenanlage in privatem Eigentum.

b) Bauten und Anlagen müssen bestimmte Mindestabstände einhalten. Für die Bauabstände gegenüber Nachbargrundstücken sind die Vorschriften der Gemeinden massgebend (vgl. Art. 12 Abs. 2 BauG). Gegenüber öffentlichen Strassen haben Bauten und Anlagen einen gesetzlichen oder reglementarischen Strassenabstand einzuhalten (vgl. Art. 12 Abs. 3 BauG i.V.m. Art. 80 Abs. 1 SG¹⁶). Dieser ersetzt den Grenzabstand zur Strassenparzelle und erfüllt für Bauten, die sich über die Strasse hinweg gegenüberliegen, die Funktion des Gebäudeabstands.¹⁷ Gegenüber privaten Strassen, die nicht dem Gemeingebrauch gewidmet sind, bestehen keine Strassenabstandsvorschriften. Es kann so nahe an die Strasse oder den Weg gebaut werden, als es der reglementarische Grenzabstand zur Nachbarparzelle zulässt.¹⁸ Gemäss ÜO K._____ beträgt der kleine Grenzabstand 5 m. Weder die ÜO K._____ noch das Gemeindebaureglement enthalten eine Regelung zum Strassenabstand, weshalb gemäss Art. 80 Abs. 1 Bst. b SG ein Strassenabstand von 3.60 m ab Fahrbahnrand gilt. Umstritten ist, ob es sich bei der Liegenschaft Toffen Grundbuchblatt Nr. P._____ (K._____strasse), um eine öffentliche oder eine private Strasse handelt, bzw. ob gegenüber diesem Grundstück der Grenz- oder der Strassenabstand einzuhalten ist.

¹⁵ BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 9 bis 11

¹⁶ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 12 N. 15

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 12 N. 17

c) Eine Strasse ist öffentlich, wenn sie dem Gemeingebrauch gewidmet worden ist (vgl. dazu Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 13 SG). Es können auch Strassen im Privateigentum öffentlich sein, sofern eine entsprechende Widmung vorliegt (vgl. Art. 9 SG). Unter anderem kann die Widmung durch Errichtung einer Wegdienstbarkeit zu Gunsten der Öffentlichkeit erfolgen (Art. 13 Abs. 3 Bst. b SG). Zudem gelten Strassen, die interessierte Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer gestützt auf Art. 109 BauG zur allgemeinen Benützung erstellen, mit ihrer ordnungsgemässen Erstellung als dem Gemeingebrauch gewidmet (Art. 13 Abs. 2 SG). Solche Anlagen gehen nach ordnungsgemässer Erstellung von Gesetzes wegen an die Gemeinde zu Eigentum und Unterhalt über, auch wenn sie von Privaten erstellt wurden (Art. 107 Abs. 3 und Art. 109 Abs. 1 und 2 BauG). Diese Regelung gilt seit dem Inkrafttreten von Art. 78 BauG 1970¹⁹. Sie ist zwingend und findet unabhängig vom Verhalten und dem Willen der Parteien Anwendung.²⁰

d) Die Liegenschaft Toffen Grundbuchblatt Nr. P._____ (K._____ strasse) steht zwar gemäss dem vom Beschwerdeführer eingereichten GRUDIS²¹-Auszug (noch) im Eigentum von Privatpersonen. Auf der Parzelle lastet jedoch ein Wegrecht zu Gunsten der Einwohnergemeinde Toffen. Dies deutet darauf hin, dass es sich bei der K._____ strasse um eine Privatstrasse im Gemeingebrauch im Sinn von Art. 9 SG handelt. Die K._____ strasse dient der Erschliessung mehrerer Grundstücke. Es lässt sich den Akten zwar nicht entnehmen, wann sie erstellt wurde, dies dürfte aber im Zusammenhang mit der Überbauung K._____ und damit nach 1998 erfolgt sein. Der ÜO K._____ lässt sich entnehmen, dass es sich dabei im Wesentlichen um die Erschliessungsstrasse Ost mit Anschluss an die J._____ strasse handelt, die nach Erstellung zu Eigentum und Unterhalt an die Einwohnergemeinde Toffen geht (vgl. Art. 3 Bst. c und 4 Abs. 3 Überbauungsvorschriften sowie Überbauungsplan). Daraus lässt sich schliessen, dass es sich beim Grundstück Nr. P._____ um eine dem Gemeingebrauch gewidmete Strasse im Sinn von Art. 13 Abs. 2 SG handelt. So oder anders handelt es sich dabei um eine öffentliche Strasse, weshalb gegenüber der Liegenschaft Toffen Grundbuchblatt Nr. P._____ ein Strassenabstand von 3.60 m einzuhalten ist.

e) Nach ständiger Praxis gelten Wärmepumpen wegen ihren Lärmemissionen nicht als unbewohnte An- oder Nebenbauten, sondern müssen grundsätzlich den ordentlichen Grenzabstand sowie den Gebäudeabstand einhalten.²² Selbst wenn es sich bei der Liegenschaft Toffen Grundbuchblatt Nr. P._____ nicht um eine öffentliche Strasse handeln würde, könnte die Wärmepumpe nicht beliebig nahe an die Nachbargrundstücke gestellt werden, sondern sie müsste den kleinen Grenzabstand von 5 m einhalten. Das Gleiche gilt im Übrigen gegenüber der Liegenschaft Toffen Grundbuchblatt Nr. T._____. Auch diese ist gemäss GRUDIS im Eigentum von Privatpersonen. Hinweise, dass es sich dabei um einen öffentlichen Fussweg handelt, weshalb bloss der Strassenabstand von 3.60 m einzuhalten wäre (vgl. Art. 80 Abs. 1 Bst. b SG), sind keine ersichtlich. Die Wärmepumpe muss daher auch gegenüber diesem Grundstück den kleinen Grenzabstand von 5 m einhalten.

f) Die Baugesuchsunterlagen, die die Beschwerdegegner eingereicht haben, sind rudimentär. Abgesehen vom Baugesuchsformular und den beiden Zustimmungserklärungen bestehen sie lediglich aus einem Ausdruck aus dem Geoportal des Kantons Bern, einer Visualisierung, dem technischen Datenblatt der vorgesehenen Anlage sowie dem Lärmschutznachweis. Ein Situationsplan im Sinn von Art. 12 BewD, der die gemäss Art. 13 BewD verlangten baupolizeilichen Angaben enthält, im vorliegenden Fall insbesondere die Abstände der Anlage

¹⁹ Baugesetz vom 7. Juni 1970 (BauG 1970)

²⁰ VGE 2010/10 vom 10. Juni 2010 E. 3.4

²¹ Grundstückdaten-Informationssystem des Kantons Bern (GRUDIS)

²² Vgl. BSIG-Weisung Nr. 7/721.0/10.1 S. 5, Ziff. 2.14; siehe dazu auch Rolf Mühlemann, Aus der Praxis der Abteilung Bauen des AGR, in KPG-Bulletin 2/2010 S. 58 f.

von Strassen und benachbarten Grundstücken in Zahlen (vgl. Art. 13 Bst. f BewD), fehlt. Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers beträgt der Abstand gegenüber der Liegenschaft Toffen Grundbuchblatt Nr. P. _____ circa 2.55 m. Unter der Voraussetzung, dass sowohl der auf dem eingereichten Plan erwähnte Massstab von 1:500 als auch die eingetragene Lage und Grundfläche der Wärmepumpe stimmen, dürfte der Abstand sogar noch geringer sein (herausgemessen circa 2 m). Der massgebliche Strassenabstand wird somit nicht eingehalten, weshalb die Wärmepumpe einer Ausnahmegewilligung nach Art. 81 Abs. 1 SG bedarf. Ein entsprechendes Ausnahmegesuch fehlt. Auch der erforderliche Grenzabstand gegenüber der Liegenschaft Toffen Grundbuchblatt Nr. T. _____ scheint aufgrund der Baugesuchsunterlagen nicht eingehalten zu sein, beträgt er doch herausgemessen bloss circa 4 m. Es ist deshalb entweder eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG oder ein Näherbaurecht der Eigentümerinnen und Eigentümer des fraglichen Grundstücks erforderlich. Weder das eine noch das andere liegt vor.

5. Stützmauer

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, im Zusammenhang mit der Erstellung der Luftwärmepumpe seien eine Stützmauer und ein Podest erstellt worden. Die Stützmauer sei gestaffelt, deren zusammengezählte Höhe sei mit circa 1.6 m bis 1.7 m deutlich höher als die bewilligungsfreien 1.2 m. Eine Absturzsicherung sei bis dato nicht montiert, obschon direkt oberhalb der Stützmauer ein Weg zum Haus führe. Die Gemeinde macht demgegenüber geltend, es handle sich nicht um eine Stützmauer, sondern um eine Böschungssicherung mittels Blocksteinen, die weniger als 1.2 m hoch und somit baubewilligungsfrei sei. Es sei nicht erkennbar, welches schützenswerte Interesse der Beschwerdeführer geltend mache, wenn er eine Absturzsicherung fordere. Beim besagten Weg handle es sich um einen privaten Hauszugang, welcher zudem nicht unmittelbar an diese Böschungssicherung angrenze.

b) Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD benötigen unter anderem bis zu 1.2 m hohe Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen zur Umgebungsgestaltung bis zu 100 Kubikmeter Inhalt unter Vorbehalt von Art. 7 BewD keiner Baubewilligung. Bei den 1.2 m handelt es sich nicht um ein Durchschnittsmass. Somit darf die Höhendifferenz zwischen massgebendem (im Falle der Abgrabung: fertigem) Terrain und oberkant Einfriedigung, Stützmauer oder Schrägrampe zwischen Beginn und Ende der Anlage, in keinem Punkt das Höhenmass von 1,2 m überschreiten. Werden Mauer und Einfriedigung kombiniert, oder werden mehrere Mauern erstellt, ist die Höhe zusammenzuzählen, wenn die übereinanderliegenden Anlagen einen funktionellen Zusammenhang haben.²³

c) Bauten und Anlagen sind so zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten, dass weder Personen noch Sachen gefährdet werden (Art. 21 BauG). Sie müssen nach den Regeln der Baukunde ausgeführt werden (vgl. Art. 57 BauV²⁴). Die Sicherheitsanforderungen gelten nicht nur für die Bauphase, sondern für die gesamte Lebensdauer der Bauten und Anlagen. Selbst baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen müssen diesen Anforderungen genügen (vgl. Art. 1b Abs. 2 BauG). Für begehbare Flächen wie Treppen, Galerien, Balkone, Brüstungen schreibt Art. 58 BauV Geländer oder andere geeignete Schutzvorrichtungen vor, wenn eine Absturzgefahr für Personen besteht. Was unter einer genügenden Absturzsicherung anzusehen ist, wird in den Richtlinien der Fachverbände definiert, wozu auch die SIA-Normen gehören (vgl. Art. 57 Abs. 2 BauV). Einschlägig ist die SIA-Norm 358 betreffend Geländer und Brüstungen. Diese sieht vor,

²³ Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG) Nr. 7/725.1/1.1, Information (Praxishilfe) vom 25. April 2019 betreffend baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG, S. 8

²⁴ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

dass jede bei Normalbenutzung begehbare Fläche, bei der eine Gefährdung durch Absturz anzunehmen ist, durch ein Schutzelement gesichert sein muss. Als begehbar gilt jede Fläche, die für Personen zugänglich ist.²⁵ Eine Gefährdung ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn die Absturzhöhe mehr als 1.0 m beträgt, wobei als Absturzhöhe die am Rand der begehbaren Fläche gemessene Höhendifferenz zur angrenzenden tieferen Fläche verstanden wird.²⁶ Bei Absturzhöhen bis 1.5 m kann der Schutz auch darin bestehen, dass die Zugänglichkeit des Randes von begehbaren Flächen durch geeignete Massnahmen wie Bepflanzung oder dergleichen erschwert wird.²⁷

d) Die Beschwerdegegner haben offenbar im Zusammenhang mit der Installation der Wärmepumpe Änderungen an der Terraingestaltung vorgenommen und insbesondere eine Böschungssicherung erstellt. Ob es sich dabei um eine Stützmauer – gemäss Duden eine Mauer, die einen von der Seite einwirkenden Druck von Erdmassen aufnehmen soll – oder um eine Böschungssicherung mittels Blocksteinen handelt, bzw. ob mit den beiden unterschiedlichen Bezeichnungen das Gleiche gemeint ist, ist nicht entscheidrelevant. Sowohl die Stützmauer als auch die Blocksteinmauer dienen der Böschungssicherung und können je nach konkreter Situation und Ausgestaltung baubewilligungspflichtig oder baubewilligungsfrei sein. Die Baugesuchsunterlagen, die die Beschwerdegegner eingereicht haben, sind wie bereits erwähnt rudimentär. Pläne, die die Stützmauer und das Podest darstellen würden, sind nicht vorhanden. Auch der Visualisierung lassen sich keine Hinweise auf die mit der Installation der Wärmepumpe verbundenen Umgebungsgestaltung entnehmen. Angaben zum massgebenden Terrain und zum Terrain nach Fertigstellung der Bauarbeiten (vgl. Art. 14 Abs. 2 BewD) lassen sich den Baugesuchsunterlagen somit ebenso wenig entnehmen, wie die vorgesehene Terraingestaltung bezüglich Böschungen und Stützmauern (vgl. Art. 14 Abs. 3 BewD). Ohne genügende Planunterlagen kann nicht geprüft werden, ob es sich bei der vom Beschwerdeführer bemängelten Stützmauer um eine baubewilligungspflichtige Anlage handelt und ob eine Absturzsicherung erforderlich ist.

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. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird.²⁸

b) Vorliegend wurde das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt (vgl. Erwägung 3). Zudem benötigt die Wärmepumpe sowohl eine Ausnahme für die Unterschreitung des Strassenabstandes als auch eine Ausnahme für die Unterschreitung des Grenzabstandes bzw. ein Näherbaurecht (vgl. Erwägung 4). Den Beschwerdegegnern ist daher Gelegenheit zu geben, entsprechende Ausnahmegesuche zu stellen bzw. hinsichtlich des Grenzabstands ein Näherbaurecht beizubringen. Offen ist auch, ob die neue Terraingestaltung mit Stützmauer bzw. Böschungssicherung mit Blocksteinen baubewilligungspflichtig ist und einer Absturzsicherung bedarf. Diese Frage kann aufgrund der vorhandenen Baugesuchsunterlagen nicht beurteilt werden (vgl. Erwägung 5). Abgesehen davon ist es fraglich, ob die Gemeinde zu Recht das vereinfachte Verfahren der kleinen Baubewilligung durchgeführt hat (vgl. Art. 32b BauG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BewD). Das ordentliche Baubewilligungsverfahren mit Publikation des Baugesuchs

²⁵ SIA 358, Ziff. 2.1.1

²⁶ SIA 358, Ziff. 2.1.2

²⁷ SIA 358, Ziff. 2.1.4

²⁸ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 8.

ist die Regel, das kleine (vereinfachte) Baubewilligungsverfahren die Ausnahme. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Voraussetzungen für ein vereinfachtes Verfahren im Lichte von Art. 22 RPG²⁹ streng zu handhaben.³⁰ Im Zweifel gilt der Grundsatz der grösseren Publizität. Das vereinfachte Verfahren ist nur bei Bauvorhaben möglich, die beschränkte Auswirkungen haben (vgl. Art. 32b BauG i.V.m. Art. 27 BewD). Dies kann unter anderem bei Kleinbauten der Fall sein (Art. 27 Abs. 1 Bst. a BewD). Eine aussen aufgestellte Luft-Wasser-Wärmepumpe gilt jedoch nicht als Kleinbaute im Sinn von Art. 3 BMBV³¹, weshalb wohl das ordentliche Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden muss.³² Es ist nicht Sache der BVD, die Baugesuchsunterlagen vervollständigen zu lassen, das Baugesuch bekannt zu machen und das vervollständigte Baugesuch als erste Instanz zu beurteilen. Die Streitsache erweist sich daher als nicht entscheidreif. Der angefochtene Entscheid vom 13. Mai 2022 ist daher aufzuheben und die Sache wird an die Gemeinde zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zur neuen Entscheidung zurückgewiesen.

c) Im neuen Verfahren wird die Gemeinde den Beschwerdegegnern Gelegenheit geben, das Baugesuch zu vervollständigen und zu verbessern. Die Beschwerdegegner sind insbesondere aufzufordern, ein begründetes Ausnahmegesuch für die Unterschreitung des Strassenabstandes und des Grenzabstandes einzureichen bzw. ein Näherbaurecht beizubringen. Zudem haben sie die für die Beurteilung des Vorhabens erforderlichen Baugesuchspläne einzureichen. Sobald die verbesserten Baugesuchsunterlagen vorliegen, ist das Baugesuch zu veröffentlichen.

Was die Baugesuchspläne betrifft, ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: Die Behörde kann zwar bei unbedeutenden Bauvorhaben von der Vorlage einzelner Projektpläne oder sonstiger Unterlagen entbinden (vgl. Art. 15 Abs. 2 Bst. b BewD). Das befreit die Bauherrschaft allerdings nicht davon, das Bauvorhaben in allen für die Beurteilung wesentlichen Punkten zu beschreiben sowie durch Situationsplan und Projektpläne darzustellen (vgl. Art. 10 ff. BewD).³³ Zudem kann auf den Situationsplan nicht verzichtet werden.³⁴ Dieser ist auf der Grundlage von aktuellen Daten der amtlichen Vermessung zu erstellen und von der Nachführungsgeometerin oder dem Nachführungsgeometer zu beglaubigen (vgl. Art. 12 Abs. 1 BewD).³⁵ Auf dem Situationsplan sind die gemäss Art. 13 BewD verlangten baupolizeilichen Angaben einzutragen, im vorliegenden Fall insbesondere die Lage und Grundfläche der Anlage sowie ihre Abstände von Strassen und benachbarten Grundstücken (vgl. Art. 13 Bst. f BewD). Aufgrund der veränderten Terraingestaltung sind zudem Pläne erforderlich, aus denen das massgebende und das neue Terrain nach Fertigstellung der Bauarbeiten sowie die Böschungen und Stützmauern ersichtlich sind (vgl. Art. 14 Abs. 3 und 4 BewD). Die Pläne sind zu datieren und zu unterzeichnen.

Hinzu kommt, dass gemäss den Angaben im Lärmschutznachweis das Vorsorgeprinzip nicht berücksichtigt wurde. Dies widerspricht der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach mindestens summarisch zu prüfen ist, ob ein Innenstandort oder andere Aussenstandorte der Wärmepumpe technisch möglich und wirtschaftlich tragbar sind.³⁶ Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist somit in jedem Fall zu prüfen, ob die Aussenaufstellung im Lichte des Vorsorgeprinzips zulässig ist. Den Beschwerdegegnern ist daher auch Gelegenheit

²⁹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

³⁰ BGE 120 Ib 379 E. 3d; BGer 1C_5/2019 vom 12. Juni 2019, E. 3.2.1

³¹ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

³² Vgl. dazu BVD 110/2021/39 vom 27. August 2021 E. 4 und 8

³³ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 34/34a N. 4

³⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 34/34a N. 16

³⁵ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 34/34a N. 27

³⁶ VGE 2020/465 vom 3. März 2022 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen

zu geben, einen aktualisierten Lärmschutznachweis einzureichen, der auch eine Prüfung der vorsorglichen Massnahmen enthält.

7. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.– bis CHF 4000.– erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV³⁷). In Anwendung dieser Bestimmungen werden die Verfahrenskosten auf CHF 1200.– festgelegt.

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 rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.³⁸ Dementsprechend ist der Beschwerdeführer als vollständig obsiegend und die Beschwerdegegner als vollständig unterliegend zu betrachten. Die Verfahrensmängel der Gemeinde (unterlassene Mitteilung des Bauvorhabens an den Beschwerdeführer, Verletzung des rechtlichen Gehörs) stellen jedoch besondere Umstände dar, die es rechtfertigen, nur die Hälfte der Verfahrenskosten zu erheben. Die Beschwerdegegner haben deshalb bloss Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 600.– zu tragen.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder besondere Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Wie bereits ausgeführt, liegen besondere Umstände vor. Diese rechtfertigen es, die Parteikosten des Beschwerdeführers entsprechend der Verteilung der Verfahrenskosten je zur Hälfte den Beschwerdegegnern und der Gemeinde aufzuerlegen. Die Kostennote der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers beläuft sich auf CHF 2256.10 (inkl. Mehrwertsteuer) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegner und die Gemeinde haben dem Beschwerdeführer somit einen Parteikostenersatz von je CHF 1128.05 zu bezahlen.

III. Entscheid

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Bauentscheid der Gemeinde Toffen vom 13. Mai 2022 aufgehoben. Die Sache geht zurück an die Gemeinde Toffen zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen.
2. Die Beschwerdegegner haben Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 600.– zu bezahlen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag.

³⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³⁸ BVR 2016 S. 222 E. 4.1

Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.

3. Die Beschwerdegegner haben dem Beschwerdeführer Parteikosten im Betrag von CHF 1128.05 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag.

Die Gemeinde Toffen hat dem Beschwerdeführer Parteikosten im Betrag von CHF 1128.05 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin A. _____, eingeschrieben
- Frau Rechtsanwältin G. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Toffen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.