



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2023/165

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 11. März 2024

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch E._____

und

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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz vom 14. September 2023 (Geschäftsnummer: A._____; Balkonanbau auf bestehende Stützmauer, Pizzaofen, Aussensitzplatz)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind Eigentümer des sich an einer Hanglage befindenden Grundstücks Köniz Grundbuchblatt Nr. H._____. An der Ostfassade des darauf stehenden Wohnhauses haben sie einen vom Erdgeschoss aus ebenerdig begehbaren Balkon in den Hang errichtet. Unterhalb dieses Balkons befindet sich ein halboffener Aufenthaltsbereich. Bei der Stützmauer im hinteren Teil des Aufenthaltsbereichs haben die Beschwerdeführenden einen Pizzaofen ins Mauerwerk und den dahinterliegenden Grund eingebaut, dessen Kamin durch den darüberliegenden Balkon führt. Seitlich wird der Aufenthaltsbereich mit einer Natursteinstützmauer abgeschlossen. Die Baute liegt direkt an der Parzellengrenze zum Nachbargrundstück Köniz Grundbuchblatt Nr. I._____.

2. Anfang 2017 reichte die damalige Eigentümerin des benachbarten Grundstücks bei der Gemeinde Köniz wegen verschiedener Bauten auf der Parzelle der Beschwerdeführenden baupolizeiliche Anzeige ein. Am 20. April 2017 führte die Baupolizeibehörde vor Ort einen Augenschein durch. Danach forderte sie mit Verfügung vom 15. Mai 2017 die Beschwerdeführenden auf, den Balkonanbau und den darunterliegenden Aufenthaltsbereich («Grotto») mit dem Pizzaofen

zurückzubauen und dadurch den rechtmässigen Zustand gemäss den Plänen zur Baubewilligung vom 29. April 2010 wiederherzustellen. Gleichzeitig wies die Gemeinde Köniz sie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin und drohte für den Fall der Nichtbefolgung die Ersatzvornahme an.

3. Die Beschwerdeführenden reichten daraufhin für die strittigen Bauten ein nachträgliches Baugesuch ein. Die direkt betroffenen Nachbarn und neuen Eigentümer der Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. I. _____ erhoben dagegen Einsprache. Mit Entscheid vom 14. September 2023 erteilte die Gemeinde Köniz den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

4. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 16. Oktober 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen, der Entscheid der Gemeinde Köniz vom 14. September 2023 sei aufzuheben und das entsprechende Baugesuch sei zu bewilligen oder eventualiter sei dieses zur Beurteilung der teilweisen Baubewilligungsfähigkeit an die Baubewilligungsbehörde zurückzuweisen. Subeventualiter seien nur die Ziffern 9.2 und 9.3 betreffend die Wiederherstellung im angefochtenen Entscheid aufzuheben und es sei auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verzichten. Subsubeventualiter sei der Entscheid aufzuheben und die Akten zur neuen Beurteilung an die Baubewilligungsbehörde zurückzuweisen.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Sowohl die Anzeigerin als auch die Einsprechenden haben innert der ihnen angesetzten Frist keine Beschwerdeantwort eingereicht und damit auf eine Beteiligung am Verfahren verzichtet. Die Gemeinde Köniz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2023 die Abweisung der Beschwerde.

6. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

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. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren nachträgliches Baugesuch abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Anwendbares Recht

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).

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

a) Das nachträgliche Baubewilligungsverfahren wird wie ein gewöhnliches Verfahren eingeleitet und durchgeführt (Art. 32 ff. BauG). Massgebend ist das Recht, das im Zeitpunkt der Ausführung des Bauvorhabens anwendbar war, unter Berücksichtigung allfälliger in diesem Zeitpunkt bereits öffentlich aufgelegter neuer Vorschriften (Art. 36 Abs. 2 BauG). Späteres Recht ist anzuwenden, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist.³

b) Die Erstellung der fraglichen Bauten erfolgte gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführenden zwischen 2011 und 2014. Die öffentliche Auflage der Ortsplanungsrevision und des aktuellen Gemeindebaureglements der Gemeinde Köniz fand vom 5. April bis am 5. Mai 2017 und somit erst nach Fertigstellung dieser Bauten statt. Zumal das neue Recht gemäss den nachfolgenden Ausführungen in den Erwägungen 3. b) und 4. b) für die Beschwerdeführenden nicht milder ist, kommt im vorliegenden Fall das alte Gemeindebaureglement der Gemeinde Köniz vom 7. März 1993 (aGBR) zur Anwendung. Die Gemeinde Köniz hatte zum massgeblichen Zeitpunkt die baurechtliche Grundordnung noch nicht an die Bestimmungen der BMBV⁴ angepasst, weswegen vorliegend ebenso die bisherigen aArt. 93 ff. BauV⁵ anwendbar sind (Art. 34 Abs. 2 BMBV).

3. Ausnahmegewilligung für die Bauten im Grenzabstand

a) Nach Auffassung der Beschwerdeführenden habe ihnen die Vorinstanz für die strittigen Bauten zu Unrecht keine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Grenzabstands erteilt. Wie sie in ihrem Ausnahmegesuch vom 22. August 2017⁶ dargelegt hätten, befinde sich die betroffene Parzelle an einer Hanglage, weswegen im Bereich des Balkonanbaus für die Hangstabilisierung und -sicherung eine Stützmauer notwendig sei. Hinsichtlich der Beschaffenheit des Baugrunds und der Lage der Parzelle lägen deshalb für die Erstellung der Stützmauer mit dem Pizzaofen im Grenzabstand zur Nachbarparzelle objektive Besonderheiten und somit besondere Verhältnisse vor. Ferner sei ihr Interesse an der Gewährung dieser Ausnahme gross, zumal das in Frage stehende Bauvorhaben bereits ausgeführt sei und ein Rückbau unverhältnismässig hohe Kosten verursachen würde. Schliesslich bringen die Beschwerdeführenden vor, dass die Art und das Mass der verlangten Abweichung zudem geringfügig seien, zumal nur auf einer Länge von rund 5 m vom gesetzlichen Grenzabstand abgewichen werde.

b) Das betroffene Grundstück der Beschwerdeführenden liegt in der Wohnzone W, Bauklasse IIa. Gemäss Art. 93 Abs. 1 aGBR gilt in der betreffenden Wohnzone grundsätzlich ein kleiner Grenzabstand von 5 m. Gleiches gilt gemäss Art. 53 Abs. 1 des aktuellen Gemeindebaureglements der Gemeinde Köniz vom 23. September 2018 (GBR). Für Bauten, Bauteile und Anlagen im Grenzabstand sieht Art. 76 aGBR zudem folgende Regelung vor:

¹ In den Zwischenraum, der durch die vorgeschriebenen Grenz- und Gebäudeabstände gebildet wird, dürfen ausser den üblichen Sockel- und Fundamentvorsprüngen nur Terrassen, offene Balkone (auch solche mit seitlichen Abschlüssen), Erker, Vordächer, Dachgesimse und ähnliches mit dem vierten Teil des Grenzabstandes auskragen, Balkone und Erker jedoch höchstens 1,50 m (siehe Anhang I Skizze 10).

² Balkone, Erker, Dachaufbauten usw. müssen bei zusammengebauten oder an der Grenze stehenden Gebäuden von der angebauten Grenze einen Grenzabstand von wenigstens 1,50 m, in

³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 14a.

⁴ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3).

⁵ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

⁶ Vorakten zum nachträglichen Baugesuch (Nr. A. _____), pag. 51.

allen übrigen Fällen einen solchen von wenigstens 2,50 m aufweisen. Mit schriftlicher Zustimmung des Nachbarn können diese Grenzabstände beliebig reduziert werden (siehe Anhang I Skizze 10).

Für unbewohnte eingeschossige An- und Nebenbauten genügt nach Art. 70 aGBR und Art. 54 Abs. 2 GBR hingegen ein Grenz- und Gebäudeabstand von 2 m. Schliesslich sehen Art. 77 Abs. 1 aGBR und Art. 78 GBR vor, dass die Grenzabstände mit schriftlicher Zustimmung der Nachbarn reduziert werden können, wenn die reglementarischen Gebäudeabstände gewahrt bleiben.

c) Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Eine Ausnahmegewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können aber auch Besonderheiten, die sich aus den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Personen ergeben, eine Ausnahme begründen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Ausnahmegrund keine absolute Grösse ist. Ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, hängt von drei Komponenten ab: vom Interesse an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung.⁷

d) Die vorliegend zu beurteilende Baute unterschreitet unbestrittenerweise den gesetzlichen Grenzabstand, da sie bis zu 2.5 cm an die Parzellengrenze zum Nachbargrundstück heran gebaut wurde und diese über eine Strecke von rund 5 m beinahe berührt.⁸ Ebenso unbestritten ist, dass die Beschwerdeführenden für das Bauvorhaben über kein Näher- bzw. Grenzbaurecht seitens der benachbarten Grundeigentümerschaft verfügen. Entsprechend haben sie ein Gesuch für die Erteilung der notwendigen Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Grenzabstands eingereicht. Der dabei dargelegten Auffassung der Beschwerdeführenden, wonach aufgrund der Hanglage bzw. der notwendigen Hangstabilisierung für die Errichtung der vorliegenden Bauten im Grenzabstand besondere Verhältnisse bestanden hätten, kann jedoch nicht gefolgt werden. Zwar befindet sich das Wohnhaus und der betreffende Bereich östlich davon tatsächlich an einer Hanglage. Zu deren Sicherung bedurfte es jedoch kaum derartiger Bauten, wie sie nun von den Beschwerdeführenden errichtet wurden: Weder der fest im Mauerwerk bzw. im dahinterliegenden Grund eingebaute Pizzaofen, noch der darüber gebaute Balkon tragen überhaupt etwas zur Hangsicherung bei. Der betreffende Hang wäre auch mit einer einfachen Stützmauer oder – wie ursprünglich vorgesehen und mit Baubewilligung vom 29. April 2010 baubewilligt – mit einer Böschung genügend gesichert. Der Pizzaofen, der Balkonanbau und insbesondere der darunterlie-

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4.

⁸ Siehe nachträglicher Baugesuchsplan «Grundriss Erdgeschoss» (von der Gemeinde Köniz am 14. Juni 2017 abgestempelt).

gende Aufenthaltsbereich lassen sich vielmehr auf das blossе Interesse an einer optimalen Nutzung bzw. besseren Lösung und somit auf die Verwirklichung persönlicher Wünsche betreffend die Gestaltung dieses Bereichs östlich der Liegenschaft der Beschwerdeführenden zurückführen.

Die Vorinstanz weist in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2023 zu Recht auf die ursprünglich baubewilligte Situation gemäss den Plänen zur Baubewilligung vom 29. April 2010 hin. In den Plänen «Fassade Süd-Ost» und «Grundriss Erdgeschoss» (beide von der Gemeinde Köniz am 9. März 2010 abgestempelt) ist erkennbar, dass an der betreffenden Stelle im Grenzabstand zum Nachbargrundstück die Aufschüttung einer Böschung vorgesehen war (im Plan rot eingezeichnet), zwecks ebenerdiger Gestaltung des oberen Bereichs vor der neuen Fenstertüre und beim bestehenden Abstellraum. Unterhalb der Böschung war zu deren Abschluss ein bereits bestehender, rund 40 cm hoher Absatz vorgesehen (im Plan schwarz eingezeichnet). Die damalige Eigentümerin der betroffenen Nachbarparzelle hat mit ihrer Unterschrift auf den erwähnten Plänen dieser dargestellten Situation im Grenzabstand zu ihrem Grundstück zugestimmt. Mit Entscheid vom 29. April 2010 hat die Gemeinde Köniz sodann dieses Vorhaben baubewilligt.

In den erwähnten Plänen lassen sich im betreffenden Bereich östlich der Liegenschaft der Beschwerdeführenden nebst der Böschung weder einen Balkonanbau, noch eine senkrechte Stützmauer oder andere der Hangsicherung dienende Bauten erkennen. Gleiches gilt hinsichtlich der daraufhin im Rahmen der Projektänderung vom 27. April 2011 eingereichten Pläne (von der Gemeinde Köniz am 22. August 2011 abgestempelt) sowie der diesbezüglichen Ausführungspläne (von der Gemeinde Köniz am 9. Januar 2012 abgestempelt), welche die baubewilligte Situation betreffend die Hangsicherung bestätigten. Daraus erhellt, dass der Hang mit der ursprünglich vorgesehenen Böschung genügend gesichert gewesen wäre, es hierzu grundsätzlich keiner weiteren baulichen Massnahmen bedurfte und solche bisher auch nie baubewilligt wurden. Die Vorinstanz hat somit richtigerweise festgestellt, dass vorliegend keine besonderen Verhältnisse ersichtlich sind, welche die Gewährung einer Ausnahme von den kommunalen Abstandsvorschriften rechtfertigen würde.

e) Des Weiteren bleibt zu erwähnen, dass entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführenden die Art und das Mass der Abweichung keinesfalls nur als geringfügig zu betrachten sind: Anstelle der ursprünglich geplanten Böschung wurde ein Balkonanbau mit einer Bruttofläche von mehr als 17 m², eine 3 m lange und mehr als 2 m hohe Stützmauer (inkl. einem fest darin installierten Pizzaofen) sowie eine Natursteinstützmauer errichtet. Diese Bauten unterschreiten sodann den gesetzlichen Grenzabstand zur rund 30 m langen Parzellengrenze des Nachbargrundstücks über eine Distanz von rund 5 m. Zudem gelangen sie mit einem Abstand von lediglich 2.5 bis 15 cm praktisch direkt an diese Grundstücksgrenze heran und unterschreiten den Grenzabstand somit massiv. Reglementarische Grenzabstände haben insbesondere auch die Funktion, nachbarschaftliche Immissionen zu begrenzen. Die Nutzung des von den Beschwerdeführenden errichteten Balkonbaus und des darunterliegenden Aufenthaltsbereichs mit dem Pizzaofen kann aufgrund der Nähe zur Nachbarparzelle durchaus Auswirkungen auf diese haben.

Die gesamte Konstruktion könnte schliesslich ebenso wenig als kleine und leicht entfernbare Baute im Sinne von Art. 28 BauG verstanden werden. Insbesondere die Voraussetzung der leichten Entfernbareit ist bei einer derart fest mit dem Boden und dem Wohnhaus verbundenen Konstruktion nicht gegeben. Einer Ausnahmegewilligung nach Art. 28 BauG würden zudem die vorliegenden nachbarlichen Interessen entgegenstehen: Die Baute befindet sich direkt an der Grenze zum Grundstück der im nachträglichen Baugesuchsverfahren als Einsprechende beteiligten Nachbarn. Diese billigten die erstellte Baute nicht und haben entsprechend nach wie vor kein Näher-

baurecht eingeräumt.⁹ Eine Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 28 BauG könnte daher auch aus diesem Grund nicht erteilt werden.

f) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich bei der errichteten Konstruktion nicht um eine leicht entfernbare Kleinbaute nach Art. 28 BauG handelt und entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführenden zudem keine besonderen Verhältnisse im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BauG vorliegen. Aus diesem Grund hat die Vorinstanz zu Recht keine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Grenzabstands und letztlich den Bauabschlag erteilt. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführenden ist deshalb abzuweisen.

4. Stützmauer mit integriertem Pizzaofen: Teilbaubewilligung

a) Die Beschwerdeführenden beantragen eventualiter, das Bauvorhaben hinsichtlich der Stützmauer mit dem integrierten Pizzaofen sei teilweise zu bewilligen. Gleichzeitig sei zu prüfen, ob der in Frage stehende Teil des Bauvorhabens überhaupt bewilligungspflichtig sei. Dabei bringen sie vor, dass die Stützmauer den gewachsenen Boden bzw. das massgebende Terrain um nicht mehr als 1.2 m überrage und somit bis an die Parzellengrenze heran errichtet werden könne. Der Pizzaofen sei ferner als ein unterirdisches Bauteil oder als unterirdische Anlage zu verstehen und dürfe ebenso bis an die Parzellengrenze heran erstellt werden. Insofern die BVD sich nicht im Stande sehe, die Baubewilligungsfähigkeit des genannten Teils der Baute zu beurteilen, beantragen die Beschwerdeführenden, die Akten an die Vorinstanz zurückzuweisen und ihnen eine angemessene Frist für die Einreichung eines reduzierten Baugesuchs zu gewähren.

b) Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist zu prüfen, ob und inwiefern ein ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführtes Bauvorhaben den massgebenden öffentlichen Bauvorschriften entspricht und bewilligt werden kann; gegebenenfalls ist auch zu prüfen, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann (Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG).

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD¹⁰ bedürfen 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. Im Falle einer Abgrabung darf die Höhendifferenz zwischen 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, ist die Höhe zusammenzuzählen, wenn die übereinanderliegenden Anlagen einen funktionellen Zusammenhang haben.¹¹

Als gewachsener Boden gilt im Sinne der BauV und der BMBV das fertige Terrain als massgebendes Terrain. Nach der Praxis richtet sich die Messweise der Höhe nach aArt. 97 BauV.¹² Wird der Boden abgegraben, ist vom tiefer gelegenen fertigen Terrain aus zu messen (aArt. 97 Abs. 3 BauV). Gleiches gilt gemäss Art. 1 Abs. 3 BMBV.

Nach Art. 71 Abs. 1 aGBR dürfen unterirdische Bauten, Bauteile und Anlagen direkt an die Grenze gebaut werden. Laut Art. 71 Abs. 2 aGBR sind unterirdische Bauten, Bauteile und Anlagen solche,

⁹ Vgl. Einsprache vom 21. September 2017, in den Vorakten zum nachträglichen Baugesuch (Nr. A. _____), pag. 41 ff.

¹⁰ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

¹¹ Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG) Nr. 7/725.1/1.1, «Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG» vom 25. April 2019, S. 8.

¹² Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 13 N. 6 mit weiteren Hinweisen.

die vollständig vom Erdreich überdeckt sind. Die dadurch entstehende Terrainveränderung darf den gewachsenen Boden nirgends um mehr als 1.2 m überragen. Nach Art. 55 Abs. 1 GBR liegen unterirdische Bauten gemäss Art. 5 BMBV sowie unterirdische Bauteile und Anlagen vollständig unter dem massgebenden Terrain. Nach Art. 5 BMBV gelten Gebäude als unterirdische Bauten, wenn sie mit Ausnahme der Erschliessung sowie der Geländer und Brüstungen vollständig unter dem massgebenden Terrain liegen. Sie können laut Art. 55 Abs. 2 GBR direkt an die Grundstücksgrenze erstellt werden.

c) Anstelle der ursprünglich vorgesehenen und mit Baubewilligung vom 29. April 2010 bewilligten Aufschüttung einer Böschung, haben die Beschwerdeführenden im betreffenden Bereich östlich ihrer Liegenschaft eine Abgrabung vorgenommen, zwecks Erstellung eines ebenen Aufenthaltsbereichs auf Höhe des Untergeschosses. Diese Abgrabung wird von der strittigen Stützmauer mit dem fest darin eingebauten Pizzaofen gesichert. Wie oben dargelegt, ist die Höhe dieser Stützmauer vom tieferen fertigen Terrain aus zu messen und sie beträgt – soweit in den nachträglichen Baugesuchsplänen «Fassade Süd-Ost» und «Fassade Süd-West» (beide von der Gemeinde Köniz am 14. Juni 2017 abgestempelt) ersichtlich – mindestens 2.1 m. Im Bereich des Pizzaofens bei der nordöstlichen Ecke des Aufenthaltsbereichs beträgt die Gesamthöhe der Stützmauer zusammen mit dem darüberliegenden Balkonboden und der 1 m hohen Absturzsicherung gemäss dem erwähnten Plan «Fassade Süd-Ost» sogar 3.51 m. Bereits aufgrund der Höhe der Stützmauer alleine kann es sich vorliegend nicht um eine baubewilligungsfreie Baute nach Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD handeln. Die Stützmauer mit dem integrierten Pizzaofen ist somit baubewilligungspflichtig.

Des Weiteren handelt es sich beim Pizzaofen entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführenden nicht um eine unterirdische Anlage oder um ein unterirdisches Bauteil i.S.v. Art. 71 Abs. 2 aGBR oder Art. 55 GBR i.V.m. Art. 5 BMBV: Es ist offensichtlich, dass der Pizzaofen nicht vollständig vom Erdreich überdeckt ist und grösstenteils vorne aus der Stützmauer herausragt. Auch dessen ca. 1.3 m hoher Kamin befindet sich vollständig ausserhalb der Stützmauer und ragt zudem mit rund der Hälfte seiner Höhe über den darüberliegenden Balkonanbau hinaus. Da die Baute sich somit mehrheitlich über dem massgebenden fertigen Terrain befindet, gelangen die oben genannten privilegierten Grenzabstandsregelungen für unterirdische Bauten und Bauteile vorliegend nicht zur Anwendung. Die Errichtung der fraglichen Stützmauer mit dem integrierten Pizzaofen ist folglich baubewilligungspflichtig.

d) Die zulässigen Masse und der einzuhaltende Grenzabstand von bewilligungspflichtigen Stützmauern und Abgrabungen regelt das alte Baureglement der Gemeinde Köniz nicht explizit. Art. 30 aGBR hält unter anderem lediglich fest, dass Terrainveränderungen so zu gestalten sind, dass ein guter Übergang zu den Nachbargrundstücken entsteht und dass Stützmauern von über 1.20 m Höhe nach Möglichkeit zu begrünen sind. Nach Art. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 NBRD¹³ gelten die nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB¹⁴ über Stützmauern als öffentlich-rechtliche Vorschriften der Gemeinde, wenn die Gemeindebauvorschriften den entsprechenden Sachverhalt nicht oder nur lückenhaft ordnen. Art. 77 GBR hält explizit fest, dass für baubewilligungspflichtige Einfriedungen, Zäune, Mauern, Stütz- und Futtermauern inkl. Aufschüttungen und Böschungen in Bezug auf Grenzabstände Art. 79h und 79k EG ZGB gelten. Vorliegend von Interesse ist einzig Art. 79h EG ZGB betreffend Stützmauern und Böschungen. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

¹ Wer längs der Grenze Auffüllungen oder Abgrabungen ausführt, hat das Nachbargrundstück durch Böschungen oder Stützmauern zu sichern.

¹³ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13).

¹⁴ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1).

² Böschungsneigungen dürfen höchstens 45° (100%) betragen. In steilem Gelände bleibt eine stärkere Neigung natürlich entstandener oder genügend gesicherter Böschungen vorbehalten.

³ Die Stützmauer darf an die Grenze gestellt werden. Dient sie der Auffüllung, so darf sie den gewachsenen Boden des höher gelegenen Grundstückes höchstens um 1,20 m überragen.

e) Schliesslich können die Beschwerdeführenden auch von Art. 79h EG ZGB nichts zu ihren Gunsten ableiten: Die strittige Stützmauer mit dem eingebauten Pizzaofen steht nicht längs, sondern mit ihrer Länge von 3.1 m quer zur betreffenden Grundstücksgrenze. Einzig bei deren nordöstlichen Ecke verläuft sie noch mit einem kurzen Stück von rund 0.8 m entlang der Parzellengrenze zum Nachbargrundstück. Insgesamt dient diese Stützmauer aufgrund ihrer Stellung aber kaum dem Schutz des Nachbargrundstücks, sondern vielmehr der vorgenommenen Abgrabung zwecks Errichtung der strittigen Baute bzw. Schaffung des ebenen Aufenthaltsbereichs auf Höhe des Untergeschosses der Liegenschaft der Beschwerdeführenden. Die Stützmauer hat folglich für das Nachbargrundstück Köniz Grundbuchblatt Nr. I. _____ keinerlei Sicherungsfunktion, weswegen Art. 79h Abs. 3 EG ZGB betreffend den einzuhaltenden Grenzabstand vorliegend nicht einschlägig ist. Da somit dieser Teil des Bauvorhabens im Grenzabstand zur Nachbarparzelle ohne Näherbaurecht auch nicht baubewilligungsfähig ist, steht vorliegend die Erteilung einer Teilbaubewilligung ausser Frage. Ferner erhellt aus den vorstehenden Ausführungen, dass die BVD gestützt auf die vorhandenen Akten über eine teilweise Baubewilligung des nachträglichen Baugesuchs befinden kann und es hierzu keiner Rückweisung an die Vorinstanz bedarf. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, den Beschwerdeführenden eine Frist für die Einreichung eines reduzierten Baugesuchs zu gewähren. Das Eventualbegehren ist somit abzuweisen.

5. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Schliesslich bringen die Beschwerdeführenden vor, dass die Gemeinde Köniz in ihrem vorinstanzlichen Entscheid betreffend die angeordnete Wiederherstellungsmassnahme weder eine Verhältnismässigkeitsprüfung noch eine Interessenabwägung vorgenommen habe. Ihrer Ansicht nach würde der geforderte Rückbau der Baute mit Blick auf die nur als geringfügig zu betrachtende Abweichung – gemäss den an anderer Stelle in ihrer Beschwerde erfolgten Ausführungen – unverhältnismässig hohe Kosten verursachen. Auch stünden im vorliegenden Fall mit der Anordnung von Bedingungen und Auflagen mildere Mittel als der Bauabschlag und die Wiederherstellung zur Verfügung. Des Weiteren habe die Gemeinde Köniz ausser Acht gelassen, dass die Stützmauer mit dem eingebauten Pizzaofen bereits 2011 und somit mehr als fünf Jahre vor Erlass der betreffenden Wiederherstellungsverfügung erstellt worden sei. Deshalb könne die Wiederherstellung nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen dies erfordern würden. Dass im vorliegenden Fall jedoch keine solchen bestehen würden, ergebe sich schon daraus, dass die Gemeinde Köniz seit Erlass der Wiederherstellungsverfügung und Einreichung des nachträglichen Baugesuchs während weiteren sechs Jahren untätig geblieben sei. Da die Beschwerdeführenden bei der Errichtung der strittigen Baute davon ausgegangen seien, dass dieses Bauvorhaben keiner Baubewilligung bedürfe, würden sie ferner als gutgläubig gelten.

b) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des recht-

mässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁵

Gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG kann im Regelfall die Wiederherstellung nach Ablauf von fünf Jahren seit Erkennbarkeit der Baurechtsverletzung nicht mehr angeordnet werden. Das Gesetz stellt auf die Erkennbarkeit (für die zuständige Behörden) ab, weil sonst schwer feststellbare Änderungen im Innern von Gebäuden wie Nutzungsänderungen oft nicht rechtzeitig baupolizeilich erfasst werden können. Erkennbar ist ein rechtswidriger Zustand, wenn er von der Behörde bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden können und müssen. Der Ablauf der Frist darf aber nicht leichthin angenommen werden, denn die Baupolizeibehörden sind nicht gehalten, regelmässig nach allfälligen widerrechtlichen Bauten zu suchen. Die Beweislast dafür, dass seit der Erkennbarkeit mehr als fünf Jahre verstrichen sind, liegt bei der Bauherrschaft.¹⁶ Baurechtswidrige Zustände konnten beispielsweise anlässlich einer Bauabnahme erkannt werden. Die Bauabnahme wurde per 1. September 2009 jedoch durch die baupolizeiliche Selbstdекlaration ersetzt, die von der jeweils verantwortlichen Person auszufüllen ist (vgl. Art. 47a BewD). Baurechtswidrige Zustände können somit insbesondere dann erkannt werden, wenn in der baupolizeilichen Selbstdекlaration explizit darauf hingewiesen wird oder diese in den Ausführungsplänen ersichtlich sind.

c) Vorab ist festzuhalten, dass an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands grundsätzlich ein erhebliches öffentliches Interesse besteht. Dieses besteht zum einen in der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen.¹⁷ Dazu gehört auch die Berücksichtigung des gegenüber benachbarten Grundstücken einzuhaltenden Grenzabstands, wenn von den betroffenen Nachbarn kein Näherbaurecht eingeräumt und für dessen Unterschreitung keine Ausnahmegewilligung erteilt wurde. Andererseits sprechen auch präjudizielle Gründe für eine vollständige Wiederherstellung. Der Bauherr, der sich nicht an die Baubewilligung hält oder ohne Baubewilligung baut, soll nicht besser gestellt werden als ein Bauherr, der die Baubewilligung einhält. Eine längere Verfahrensdauer vermag ferner nichts daran zu ändern, dass an der Einhaltung der baurechtlichen Grundordnung ein grundsätzliches öffentliches Interesse besteht.

Im vorliegenden Fall ist des Weiteren nicht nachgewiesen, dass der rechtswidrige Zustand für die Gemeinde Köniz fünf Jahre oder länger vor Erlass der betreffenden Wiederherstellungsverfügung vom 15. Mai 2017 erkennbar war und geduldet wurde. In den vorliegenden Akten ist einzig dokumentiert, dass die Gemeinde Köniz erstmals durch die baupolizeiliche Anzeige vom 11. Januar 2017 auf den rechtswidrigen Zustand hingewiesen wurde. Daraufhin wurde sie unmittelbar tätig und leitete entsprechende Sachverhaltsabklärungen in die Wege. Zuvor war sie jedoch nicht veranlasst, Nachforschungen betreffend die Einhaltung der baurechtlichen Grundordnung auf dem betreffenden Grundstück zu betreiben. Ihr Vorbringen, dass die Baupolizeibehörde 2011 vor Ort gewesen sein soll und schon damals den rechtswidrigen Zustand hätte erkennen können und müssen, belegen die Beschwerdeführenden nicht. Ausserdem vermögen die Beschwerdeführenden mit dem ihrer Beschwerde beigelegten, undatierten Foto (Beilage 3) auch nicht zu belegen, dass der betreffende Teil der Baute überhaupt schon im Jahr 2011 erstellt worden sei. Dies gilt umso mehr mit Blick auf die im Rahmen der Projektänderung vom 27. April 2011 eingereichten Pläne (von der Gemeinde Köniz am 22. August 2011 abgestempelt) sowie die diesbezüglichen Ausführungspläne (von der Gemeinde Köniz am 9. Januar 2012 abgestempelt), in denen die strittige Stützmauer mit dem eingebauten Pizzaofen nicht zu erkennen ist. Ferner ist nicht erwiesen, dass die Gemeinde Köniz damals eine Bauabnahme durchgeführt hat und dabei die allenfalls schon bestehende Stützmauer hätte erkennen können; vielmehr durfte sie gestützt auf die er-

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

¹⁶ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11a mit Hinweisen.

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a mit Hinweisen.

wählten Ausführungspläne zu Recht davon ausgehen, dass das Bauvorhaben entsprechend dem bewilligten Baugesuch vom 9. März 2010 bzw. der bewilligten Projektänderung vom 27. April 2011 ausgeführt wurde. Vorliegend bestehen folglich keine Anhaltspunkte, die bereits für eine fristauslösende Erkennbarkeit im Jahr 2011 sprechen würden.

Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sodann nur sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt. Im Übrigen wird aber vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern.¹⁸ Die Beschwerdeführenden können vorliegend nicht als gutgläubig gelten: Selbst als Laien hätten sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt wissen müssen, dass der Bau einer derartigen Stützmauer zwecks Schaffung eines ebenen Aufenthaltsbereichs und daraufhin die Errichtung eines Balkonanbaus im Grenzabstand zur Nachbarparzelle baubewilligungspflichtig sind und sie daher nicht einfach so zur Bauausführung berechtigt waren. Dies gilt insbesondere mit Blick auf ihr Baugesuch vom 9. März 2010 und die daraufhin bewilligte Situation gemäss den Plänen zur Baubewilligung vom 29. April 2010: Die Beschwerdeführenden änderten die Gestaltung des betreffenden Bereichs östlich ihrer Liegenschaft massgeblich und missachteten damit die ursprüngliche Baubewilligung offensichtlich. Wie oben in Erwägung 3. e) bereits dargestellt, kann den Beschwerdeführenden deshalb nicht gefolgt werden, wenn sie die Abweichung vom Erlaubten als geringfügig bezeichnen. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich zwar auch ein Bauherr berufen, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen.¹⁹

Der angeordnete Rückbau des Balkonanbaus, des darunterliegenden Aufenthaltsbereichs und der Stützmauer mit dem Pizzaofen sowie die Herrichtung der ursprünglich bewilligten Situation im betreffenden Bereich innerhalb des Grenzabstands zur Nachbarparzelle sind zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands geeignet und erforderlich. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern mittels Bedingungen und Auflagen einer unzulässigen Unterschreitung des gesetzlichen Grenzabstands entgegengewirkt werden könnte, würde doch damit der rechtmässige Zustand nicht wiederhergestellt. Das öffentliche Interesse an der vollständigen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands überwiegt die Nachteile, die den Beschwerdeführenden durch die Wiederherstellung entstehen, zumal diese angesichts des fehlenden guten Glaubens nicht oder nur in verringertem Masse zu berücksichtigen sind. Angesichts der strengen Rechtsprechung²⁰ betrifft dies auch die Vermögensinteressen der Beschwerdeführenden, selbst wenn diese Kosten nicht leicht wiegen sollten. Ob sie tatsächlich ca. CHF 50 000.00 betragen, wie dies die Beschwerdeführenden mit der eingereichten Offerte monieren, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben, überwiegen doch selbst bei diesem Betrag die öffentlichen Interessen an der Wiederherstellung. Die Beschwerdeführenden tragen schliesslich das finanzielle Risiko einer rechtswidrigen Bauweise vollumfänglich selber. Die Wiederherstellungsmassnahme ist mit anderen Worten also auch zumutbar.

Nach dem Gesagten werden die privaten Interessen der Beschwerdeführenden an der Beibehaltung des rechtswidrigen Zustands von den öffentlichen, für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechenden Interessen übertroffen. Dass zwischen dem Erlass der Wiederherstellungsverfügung und nach der Einreichung des nachträglichen Baugesuchs mehrere Jahre

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b mit Hinweisen.

¹⁹ BGE 132 II 21 E. 6.4 mit Hinweis.

²⁰ BGE 132 II 21 E. 6.4; BVR 2003 S. 97 E. 3b; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. c.

bis zum Vorliegen des nun angefochtenen Bauabschlags vergingen, ändert nichts daran. Die von der Gemeinde Köniz im betreffenden Entscheid angeordnete Wiederherstellungsmassnahme ist für die Beschwerdeführenden auch verhältnismässig und somit insgesamt rechters.

6. Wiederherstellungsfrist

Die Gemeinde Köniz hat in ihrem Entscheid vom 14. September 2023 die Frist für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den 31. Mai 2024 festgesetzt. Diese Frist wird aufgrund der während des Beschwerdeverfahrens verstrichenen Zeit bis am 31. August 2024 verlängert. Damit verbleibt den Beschwerdeführenden genügend Zeit, um die verlangte Wiederherstellungsmassnahme vorzunehmen.

7. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG²¹). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 2000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²²). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Ziffer 9.2 des Entscheids der Gemeinde Köniz vom 14. September 2023 wird neu angesetzt auf den 31. August 2024. Im Übrigen wird der Entscheid der Gemeinde Köniz vom 14. September 2023 bestätigt.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 2000.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

²¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

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

IV. Eröffnung

- E. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei 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.