

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2019/24

Bern, 13. Juni 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Frau Fürsprecherin B. _____

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Zollikofen, Gemeindeverwaltung,
Wahlackerstrasse 25, Postfach 366, 3052 Zollikofen

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Nydegasse 11/13, 3011 Bern

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Zollikofen vom 27. Februar 2019 (Geschäftsnummer 361-2017-0029; Erstellen von 2 Parkplätzen)

I. Sachverhalt

1. Am 5. April 2017 stellte die Gemeinde anlässlich eines Augenscheins fest, dass im Bereich der Liegenschaft des Beschwerdeführers auf der Parzelle Zollikofen Grundbuchblatt Nr. C. _____ Bauarbeiten für Abstellplätze vorgenommen wurden. Neben einem mündlichen Baustopp vor Ort erliess die Gemeinde mit Verfügung vom 6. April 2017 eine Baueinstellungsverfügung und forderte den Beschwerdeführer auf, alle Arbeiten im Zusammenhang mit den Abstellplätzen sofort einzustellen und innert 30 Tagen ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Trotz diesen Vorkehren setzte der Beschwerdeführer gemäss den Ausführungen der Gemeinde die Arbeiten fort und stellte die Abstellplätze fertig.

Der Beschwerdeführer reichte am 5. Mai 2017 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein für die Erstellung von vier Parkplätzen mit einer Grösse von 57 m² und eines Haus- und Wendeplatzes von 38 m² mit einem sickerfähigen Kiesbelag auf der Parzelle Zollikofen Grundbuchblatt Nr. C._____. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone. Aufgrund von Mängeln wies die Gemeinde das Baugesuch mit Schreiben vom 19. Mai 2019 zurück und räumte dem Beschwerdeführer eine Frist zur Behebung bis 18. Juni 2017 ein. Am 23. Mai 2017 fand eine Besprechung vor Ort statt, an welchem neben einem Gemeindevertreter auch der zuständige Bauinspektor des AGR teilnahm. Dabei äusserte sich Letzterer dahingehend, dass nach Praxis des AGR pro Wohnung ein Parkplatz mit 20 m² akzeptiert werde; im vorliegenden Fall seien zwei Wohnungen vorhanden und es könnten zwei Parkplätze mit maximal 40 m² bewilligt werden.

Am 20. Juni 2017 reichte der Beschwerdeführer das angepasste Baugesuch ein, welches folgendes Bauvorhaben vorsah: "Erstellen von zwei Parkplätzen (total 40 m²) in der Landwirtschaftszone. Belag: Kies, sickerfähig." Das AGR erteilte mit Verfügung vom 7. Juli 2017 die Ausnahmegewilligung nach Art. 24c RPG¹ mit folgender Nebenbestimmung: "Die Parkierfläche ist gut sichtbar von der übrigen Umgebung abzutrennen so dass Fahrzeuge nur auf dem bewilligten Parkplatz abgestellt werden." Gestützt darauf bewilligte die Gemeinde das Bauvorhaben mit Gesamtentscheid vom 8. August 2017. Unter "Bedingungen und Auflagen ist in diesem Entscheid (Ziff. 3.1) Folgendes festgehalten: "Die Restfläche der als Parkplätze eingekiesten Fläche ist durch geeignete bauliche Massnahmen (Pfosten, Blocksteine, etc.) für die Nutzung als Parkplatz innert 60 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids zu verhindern und dauerhaft zu belassen." Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

2. Am 3. Januar 2018 reichte der Beschwerdeführer das unterzeichnete Formular Selbstdeklaration Baukontrolle 2 bei der Gemeinde ein und bestätigte darin u.a., dass die Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung eingehalten seien. In der darauf folgenden Korrespondenz machte die Gemeinde den Beschwerdeführer mehrfach auf das Nichterfüllen der Auflage aufmerksam und forderte die dauerhafte Absperrung der Restfläche mittels geeigneten baulichen Massnahmen innert Frist. Der Beschwerdeführer vertrat jeweils die Ansicht, dass die bestmöglichen und verhältnismässigen Massnahmen

¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

getroffen worden seien, um die Nichtparkfläche von der Parkfläche zu trennen. Mit Verfügung vom 12. September 2018 stellte die Gemeinde fest, dass anhand der vom Beschwerdeführer eingereichten Fotos die erwähnte Absperrung lediglich aus zwei Metallstäben mit Schnur sowie zwei auf den Boden gelegten Hölzern bestehe und dass an einem Augenschein vom 11. September 2018 eine Abtrennung der Nichtparkfläche und Parkfläche nicht erkennbar gewesen sei. Die getroffenen Massnahmen seien ungenügend. Mit Stellungnahme vom 5. November 2018 hielt der Beschwerdeführer an seinem Standpunkt fest, wonach die nötigen Massnahmen getroffen worden seien.

Mit Wiederherstellungsverfügung vom 27. Februar 2019 ordnete die Gemeinde Folgendes an:

- "1. Die Restfläche der als Parkplätze eingekiesten Fläche ist durch geeignete bauliche Massnahmen (Pfosten, Blocksteine, etc.) innert 60 Tagen nach Rechtskraft dieser Verfügung abzutrennen und dauerhaft zu belassen (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach Art. 46 Abs. 2 BauG).
2. [Strafandrohung]
3. [Gelegenheit zu nachträglichem Baugesuch]
4. [Androhung Ersatzvornahme]
5. [Gebühr]
6. [Rechtsmittelbelehrung]"

3. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 27. März 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt die Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung vom 27. Februar 2019.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Stellungnahme vom 23. April 2019 beantragt das AGR die Abweisung der Beschwerde. Auch die Gemeinde stellt mit Eingabe vom 26. April 2019 den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen.

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

5. Mit Eingaben vom 20. Mai 2019 und vom 3. Juni 2019 reichte der Beschwerdeführer auf Ersuchen des Rechtsamts aktuelle Fotos ein.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2. Relevanter Sachverhalt

a) Der Beschwerdeführer bestreitet in sachverhaltlicher Hinsicht die Feststellung der Gemeinde, wonach im April 2017 Aushubarbeiten für Parkplätze vorgenommen worden seien. Es sei lediglich die bestehende Abstellfläche abgezogen und die Oberfläche mit Splitter überzogen worden.

b) Mit Beschwerde kann unter anderem die unrichtige und unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 66 Bst. a VRPG⁴). Der rechtserhebliche Sachverhalt muss richtig und vollständig festgestellt werden. Das heisst, dass die Behörde das in Erfahrung bringen muss, was im Hinblick auf die Regelung des Rechtsverhältnisses bedeutsam ist. Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände oder Beweismittel erhoben hat. Unrichtig ist

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

sie, wenn die Behörde die Beweismittel falsch gewürdigt oder einen rechtserheblichen Sachumstand nicht in das Beweisverfahren einbezogen hat.⁵

c) Ob der Beschwerdeführer im April 2017 tatsächlich Aushubarbeiten für die Parkplätze vorgenommen oder bloss die Oberfläche mit Splitter überzogen hat, ist für den vorliegend zu beurteilenden Streitfall nicht von Bedeutung. So hat Gemeinde das nachträgliche Baugesuch des Beschwerdeführers um Erstellung von zwei Parkplätzen mit Entscheid vom 8. August 2017 bewilligt. Hier geht es einzig um die Frage, ob die Wiederherstellungsverfügung vom 27. Februar 2019, mit welcher die Auflage gemäss Entscheid vom 8. August 2017 durchgesetzt werden soll, rechtens ist. Für die Beurteilung dieser Frage ist die vom Beschwerdeführer als falsch kritisierte Sachverhaltsfeststellung der Gemeinde nicht relevant. Darauf muss daher nicht näher eingegangen werden.

d) Die im Zusammenhang mit der strittigen Auflage zu beurteilenden Fragen konnten anhand der vorhandenen und im Rahmen des Beschwerdeverfahrens einverlangten Fotos beurteilt werden. Auf den vom Beschwerdeführer beantragten Augenschein konnte daher verzichtet werden, waren von diesem Beweismittel doch keine weiteren, entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten.

3. Auflage

a) Der Beschwerdeführer rügt, die Wiederherstellungsverfügung sei unverhältnismässig. Bedingungen und Auflagen müssten verhältnismässig, das heisst für die Zielerreichung geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Eine Abgrenzung von Pflanzen zur befestigten Bodenfläche, wie dies vorliegend gemacht worden sei, reiche aus und werde vielerorts so praktiziert. Eine weitergehende Wiederherstellung mit baulichen Massnahmen wie fixe Pfosten oder gar Blocksteine sei dagegen nicht nötig und auch nicht zumutbar, folglich unverhältnismässig und unangemessen. Obwohl die Auflage in der rechtskräftigen Verfügung vom 8. August 2017 definiert worden sei, sei vorliegend mit Fingerspitzengefühl zu handeln. Eine Klammerung an die baulichen Massnahmen wie Pfosten, Blocksteine etc. gehe vorliegend zu weit. Er bringt sodann vor, mit den getätigten baulichen Massnahmen habe er die Auflage des rechtskräftigen Entscheids vom 8. August 2017 erfüllt, deren Ziel

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 66 N. 7 f.

und Zweck einzig und alleine eine klare Abgrenzung der Parkplatzfläche von der Umgebung sei. So habe er Restfläche der beanstandeten Parkplatzfläche mit Naturkies belegt und in der Folge mit Wildblumen eingesät, analog den übrigen Flächen auf dem Grundstück. Es möge zwar sein, dass im Zeitpunkt des Augenscheines am 11. September 2018, am Ende des ausserordentlich trockenen und heissen Sommers, einzelne Pflanzen auf der beanstandeten Fläche noch nicht wachsen konnten wie ursprünglich geplant und demnach keine flächendeckende Begrünung erkennbar gewesen sei. Dennoch würden diese Pflanzen eine natürliche Grenze setzen, die von den Bewohnern der Liegenschaft respektiert werde. Die bewilligte Parkplatzfläche sei ordnungsgemäss befestigt und speziell eingekiest. Zwei Metallpfosten würden das Ende dieser 40 m² zum Parkieren bestimmten Fläche signalisieren. An der vorderen Ecke sei zusätzlich ein Pflanzentrog (1 x 1 Meter) hingestellt und mit Seilen verbunden worden, auf der linken Seite habe er eine Holzbeige aufgebaut.

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 rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.⁶

Die Verpflichtung zur "Wiederherstellung" kann auch in der Aufforderung bestehen, den rechtmässigen Zustand erstmals herzustellen, indem etwa verlangt wird, eine rechtskräftige Bedingung oder Auflage zu erfüllen.⁷ Dies ist vorliegend der Fall. Mit der angefochtenen Verfügung fordert die Gemeinde den Beschwerdeführer unter Androhung der Ersatzvornahme erneut auf, die Restfläche der als Parkplätze eingekiesten Flächen durch geeignete bauliche Massnahmen (Pfosten, Blocksteine, etc.) innert 60 Tagen nach Rechtskraft dieser Verfügung abzutrennen und dauerhaft zu belassen. Diese Forderung

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 8.

deckt sich mit der im rechtskräftigen Entscheid vom 8. August 2017 verfügten Auflage, nach deren Wortlaut die Restfläche der als Parkplätze eingekiesten Fläche durch geeignete bauliche Massnahmen (Pfosten, Blocksteine, etc.) für die Nutzung als Parkplatz innert 60 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids zu verhindern und dauerhaft zu belassen ist.

c) Soweit der Beschwerdeführer die angeordneten Massnahmen als unverhältnismässig bzw. unangemessen rügt, ist auf seine Beschwerde nicht einzutreten. Diese Rügen beziehen sich auf die mit Entscheid vom 8. August 2017 verfügte Auflage, weshalb der Beschwerdeführer diese gegen den damaligen Entscheid hätte vorbringen müssen. Auch wenn die Gemeinde diese Auflage zwecks Durchsetzung in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung wiederholt, ändert dies nichts daran, dass der Entscheid vom 8. August 2017 unangefochten in Rechtskraft erwuchs und die darin verfügte Auflage damit nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Gegen die Wiederherstellungsverfügung sind diese Vorbringen verspätet. Die Frage der Verhältnismässigkeit dieser Anordnungen ist daher vorliegend nicht mehr zu prüfen.

Näher einzugehen ist daher einzig auf die Frage, ob der Beschwerdeführer die Auflage – wie er dies vorbringt – mit den getroffenen Massnahmen erfüllt hat und damit für den Erlass der Wiederherstellungsverfügung kein Anlass bestand.

d) Mittels Auflage verlangte die Gemeinde im Entscheid vom 8. August 2017, dass die Restfläche der als Parkplätze eingekiesten Fläche durch geeignete bauliche Massnahmen (Pfosten, Blocksteine, etc.) für die Nutzung als Parkplatz innert 60 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids zu verhindern und dauerhaft zu belassen ist. Grund für diese Auflage war der Umstand, dass der Beschwerdeführer eine zu grosse Parkplatzfläche realisierte, ohne im Besitze einer Baubewilligung zu sein, nämlich eine Fläche für vier Parkplätze mit einer Grösse von 57 m² sowie für einen Haus- und Wendepplatz von 38 m² (vgl. nachträgliches Baugesuch in erster Fassung vom 5. Mai 2017⁸). Die Gemeinde aber bewilligte mit Entscheid vom 8. August 2017 gestützt auf die Verfügung des AGR vom 7. Juli 2017 lediglich 2 Parkplätze mit einer Fläche von 40 m².⁹ Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers war damit Ziel und Zweck der Auflage nicht einzig und alleine eine klare Abgrenzung der Parkplatzfläche von der Umgebung. Vielmehr sollte damit

⁸ Vorakten pag. 29 ff. mit Plan pag. 33.

⁹ Vorakten pag. 15 ff. mit Plan pag. 18.

sichergestellt werden, dass die zu gross realisierte, als Parkplatz nutzbare Fläche nur im bewilligten Ausmass als Parkplatz genutzt werden kann und ein Parkieren auf der darüberhinausgehenden Fläche mit baulichen Massnahmen wie Pfosten oder Blocksteinen verunmöglicht wird. Auf den vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren eingereichten Fotos vom 16. Mai 2019¹⁰ und vom 2. Juni 2019¹¹ lässt sich erkennen, dass sich eine Kiesfläche im Bereich der bewilligten zwei Parkplätze (wohl aufgrund unterschiedlicher Kies-Splitter) farblich leicht abhebt vom umliegenden Kiesbelag und diese Parkplatzfläche südseitig in der Länge mit drei Metallpfosten gekennzeichnet ist.¹² Angrenzend an diese Fläche befindet sich nordwestlich der vom Beschwerdeführer erwähnte Pflanzentrog (1 x 1 Meter), östlich und mit etwas Abstand von dieser Fläche ist eine Holzbeige erkennbar. Weiter befanden sich am 2. Juni 2019 auf der westlichen Kiesfläche, welche gemäss nachträglichem Baugesuch in erster Fassung vom 5. Mai 2017 Teil der realisierten Parkfläche war, diverse mobile Gegenstände (dünner Holzstamm, Sofa, kleiner Veloständer o.ä., Kerzenständer). Bei diesen Vorkehren handelt es sich nicht um geeignete bauliche Massnahmen, mit welchen die Nutzung der nicht zum Parkieren bewilligten Kiesfläche (im Bereich der ersuchten Parkfläche für vier Autos gemäss nachträglichem Baugesuch in erster Fassung vom 5. Mai 2017) als Parkplätze dauerhaft verhindert werden könnte. Ein Parkieren ist auf diesen Flächen problemlos möglich. Weder der Pflanzentrog noch die erwähnten Gegenstände daneben verhindern ein Parkieren auf dieser Fläche; vielmehr handelt es sich bloss um mobile Elemente, die das Parkieren nicht dauerhaft verunmöglichen. Der Pflanzentrog ist zudem so situiert, dass das Parkieren nicht nur daneben, sondern auch dahinter in anderer Ausrichtung ohne Probleme möglich ist. Daran ändert auch die gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers vorgenommene Bepflanzung dieser Fläche mit Wildblumen nichts. Erstens sind auf den aktuellen Fotos vom 2. Juni 2019 nur vereinzelte Wildblumen erkennbar. Von einer flächendeckenden Begrünung mit Wildpflanzen kann auch nach fast zwei Jahren seit Erlass der umstrittenen Auflage nicht gesprochen werden. Zweitens würde auch eine dichtere Ansammlung von Wildblumen auf der Kiesfläche keine geeignete bauliche Massnahme zur Verhinderung des Parkierens darstellen. Der Beschwerdeführer hat damit die Auflage gemäss Entscheid vom 8. August 2017 trotz mehrfacher Aufforderung nicht umgesetzt. Die Gemeinde hat daher die Wiederherstellungsverfügung zu Recht angeordnet.

¹⁰ Eingereicht mit Eingabe vom 20. Mai 2019

¹¹ Eingereicht mit Eingabe vom 3. Juni 2019.

¹² Vgl. auch Foto 2 zur Eingabe vom 5. November 2018, Vorakten pag. 2.

4. Vorwurf des Amtsmissbrauchs

a) Nach Ansicht des Beschwerdeführers ist das Verhalten der Bauverwaltung ihm gegenüber reine Schikane und grenze an Amtsmissbrauch. Aufgrund früherer Unstimmigkeiten würden sich die zuständigen Mitglieder der Bauverwaltung, hauptsächlich in der Person des Bereichsleiters Bau und Umwelt, ihm gegenüber nicht mehr objektiv und folglich unprofessionell verhalten. Amtsmissbräuchliches Verhalten sei zu prüfen.

b) Auf diese Rüge ist nicht einzutreten, da die Prüfung amtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht in den Zuständigkeitsbereich der BVE fällt. Soweit der Vorwurf des Beschwerdeführers generell die Amtsführung der Bauverwaltung der Gemeinde Zollikofen betrifft, so steht es ihm offen, sich mittels Aufsichtsbeschwerde an das zuständige Regierungsstatthalteramt zu wenden. Soweit der Beschwerdeführer einzelnen Personen als Mitglied einer Behörde den Vorwurf machen sollte, sich des Amtsmissbrauchs gemäss Art. 314 StGB¹³ schuldig gemacht haben, so ist es ihm freigestellt, bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde eine Anzeige einzureichen. Es sind jedoch keine Anhaltspunkte für ein solches strafrechtlich relevantes Verhalten erkennbar, weshalb seitens der BVE kein Anlass für eine Mitteilung an die Staatsanwaltschaft nach Art. 48 Abs. 1 EG ZSJ¹⁴ besteht.

5. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁵).

b) Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Parteikosten werden daher keine gesprochen.

¹³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

¹⁴ Einführungsgesetz 11. Juni 2009 zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1)

¹⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Zollikofen vom 27. Februar 2019 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau Fürsprecherin B._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Zollikofen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat