

# ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2019/50

Bern, 21. November 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

vertreten durch B. \_\_\_\_\_

und

**Einwohnergemeinde Bern, handelnd durch die Direktion für Tiefbau, Verkehr und Stadtgrün der Stadt Bern**, Bundesgasse 38, 3001 Bern  
Beschwerdegegnerin



\_\_\_\_\_ sowie

**Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland**, Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 28. Juni 2019  
(aufun 5-2019; Perrons Tramhaltestelle Kocherpark)

## I. Sachverhalt

1. Mit Medienmitteilung vom 8. April 2019 informierte die Beschwerdegegnerin, bei der Tramhaltestelle Kocherpark fänden ab sofort Bauarbeiten statt. Hierbei werde das Perron verbreitert und mit einem Geländer ausgestattet. Zudem werde die linke der beiden Fahrspuren stadtauswärts auf einer Länge von circa 70 Metern aufgehoben. Bei den baulichen Massnahmen handle es sich um Provisorien, deren Auswirkungen auf den Verkehr mit einem Monitoring erhoben und anschliessend ausgewertet würden.

2. Am 6. Mai 2019 reichte der Beschwerdeführer beim Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland ein als «Anzeige» bezeichnetes Schreiben «betreffend Bauen ohne Baubewilligung an der Tramhaltestelle Kocherpark, Effingerstrasse, Bern (Art. 46 BauG)» ein. Darin beantragt er, es sei ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes einzuleiten und festzustellen, dass die vorgenommenen Bauarbeiten baubewilligungspflichtig seien und hierfür keine Baubewilligung vorliege. Zudem sei die Beschwerdegegnerin unter Androhung der Ersatzvornahme zu verpflichten, sämtliche baulichen Massnahmen zurückzubauen. Der Beschwerdeführer erläutert in der Anzeige, seiner Auffassung nach sei das Regierungsstatthalteramt zuständig, weil die Beschwerdegegnerin selbst Bauherrin sei. Zudem teilte er mit, er wolle sich am baupolizeilichen Verfahren als Partei beteiligen.

Das Regierungsstatthalteramt nahm die Eingabe des Beschwerdeführers als aufsichtsrechtliche Anzeige entgegen und gab der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 8. Mai 2019 Gelegenheit zur Stellungnahme. In ihrer Eingabe vom 23. Mai 2019 teilte die Beschwerdegegnerin unter anderem mit, dem Beschwerdeführer komme im aufsichtsrechtlichen Verfahren keine Parteistellung zu. Bei den baulichen Massnahmen handle es sich um einen befristeten und somit baubewilligungsfreien Verkehrsversuch, der aus Gründen der Verkehrssicherheit erfolge. Das Regierungsstatthalteramt teilte dem Beschwerdeführer am 28. Juni 2019 schriftlich mit, bei den baulichen Massnahmen (Geländer, Belag und Markierung) handle es sich um bewegliche Elemente in Zusammenhang mit einem Verkehrsversuch, weshalb keine Baubewilligungspflicht bestehe. Demzufolge gebe es keine Anhaltspunkte für ein rechtswidriges Handeln oder Unterlassen der Beschwerdegegnerin und es müsse nicht aufsichtsrechtlich eingeschritten werden. Das aufsichtsrechtliche Verfahren werde als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

3. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 31. Juli 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

«1. Die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 28. Juni 2019 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die im April 2019 vorgenommene Verbreiterung der Mittelinsel mit Geländern an der Tramhaltestelle Kocherpark, Effingerstrasse, Bern, und die

damit einhergehende Aufhebung der linken Fahrspur stadtauswärts baubewilligungspflichtig seien, eine Baubewilligung hierfür jedoch nicht vorliegt.

2. In der Aufhebung der Verfügung des Regierungstatthalteramts Bern-Mittelland vom 28. Juni 2019 sei der Beschwerdegegnerin zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme eine Frist anzusetzen, insbesondere sei sie dazu zu verpflichten, sämtliche in diesem Zusammenhang vorgenommenen baulichen Massnahmen (u.a. Schutzinsel und Geländer) zurückzubauen resp. zu entfernen.
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2: Es sei die Verfügung des Regierungstatthalteramts Bern-Mittelland vom 28. Juni 2019 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neu beurteilung zurückzuweisen.»

Zur Begründung macht er insbesondere geltend, er habe nicht eine aufsichtsrechtliche Anzeige erhoben, sondern baupolizeiliche Anzeige erstattet. Die Vorinstanz habe eine Gehörsverletzung begangen. Zudem habe sie die Baubewilligungspflicht zu Unrecht verneint.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet,<sup>1</sup> führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. In seiner Vernehmlassung vom 20. August 2019 schliesst das Regierungstatthalteramt sinngemäss auf die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 29. August 2019, auf die Beschwerde vom 31. Juli 2019 sei mangels Anfechtungsobjekt nicht einzutreten. Eventualiter sei die Sache zur Behandlung in einem baupolizeilichen Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

## **II. Erwägungen**

1. Formelle Voraussetzungen der Aufhebung von Amtes wegen

---

<sup>1</sup> 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).

a) Die Verwaltungsjustizbehörden sind befugt, ein bei ihnen hängiges Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren von Amtes wegen aufzuheben, wenn wesentliche Verfahrensgrundsätze derart verletzt sind, dass die richtige Beurteilung unmöglich oder wesentlich erschwert wird (Art. 40 Abs. 1 VRPG<sup>2</sup>). Sie sind ferner befugt, eine Verfügung oder einen Entscheid einer ihnen untergeordneten Behörde oder einer Vorinstanz von Amtes wegen aufzuheben, wenn diese zum Erlass der Verfügung oder des Entscheids offensichtlich nicht zuständig waren (Art. 40 Abs. 2 VRPG). Die Kassation wegen Verletzung von Verfahrensgrundsätzen setzt voraus, dass ein vor unterer Instanz abgeschlossenes Verfahren von einer betroffenen Person mit einer Eingabe an die obere Instanz gezogen und bei dieser rechtshängig wird. Die angerufene Behörde prüft von Amtes wegen, ob Kassationsgründe vorliegen und ordnet gegebenenfalls von sich aus das Nötige an. Die Verwaltungsjustizbehörde muss innerhalb der Rechtsmittelfrist mit der Sache befasst werden. Eine Verwaltungsjustizbehörde darf ein Verfahren zudem nur kassieren, wenn sie die örtlich, sachlich und funktionell zuständige Rechtsmittelbehörde ist oder wäre, wenn die massgebenden Vorschriften angewendet worden wären.<sup>3</sup> Zu den Kassationsvoraussetzungen brauchen die Beteiligten nicht eigens angehört zu werden, weil es sich beim Kassationsentscheid um eine rein rechtliche Würdigung handelt, die unabhängig von den Parteianträgen und -vorbringen von Amtes wegen vorzunehmen ist.<sup>4</sup>

b) Der Beschwerdeführer löste das vorinstanzliche Verfahren mit seiner Anzeige aus. Er gilt somit als betroffene Person. Das Verfahren wurde mit Schreiben vom 28. Juni 2019 als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben. Eine Beschwerde muss innert 30 Tagen seit Eröffnung des angefochtenen Akts erhoben werden (Art. 67 VRPG). Die Beschwerdefrist wird durch die Eröffnung der Verfügung (postalische Zustellung) ausgelöst (Art. 41 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 VRPG). Die Beweislast für die Zustellung trägt die Behörde. Wenn sie das Zustellungsdatum nicht belegen kann, muss auf die glaubhaften Angaben des Adressaten abgestellt werden.<sup>5</sup> Da das fragliche Schreiben dem Beschwerdeführer mit gewöhnlicher Post zugestellt wurde, muss auf seine Angaben abgestellt werden, wonach das Schreiben am 3. Juli 2019 einging. Die 30-tägige Beschwerdefrist begann somit am 4. Juli 2019 und endete am 2. August 2019. Die

---

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

<sup>3</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zu bernischen VRPG, Art. 40 N. 2 bis 4.

<sup>4</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 6.

<sup>5</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 4.

Beschwerde vom 31. Juli 2019 wurde folglich fristgerecht eingereicht. Sie entspricht zudem den Formvorschriften (vgl. Art. 67 i.V.m. Art. 32 VRPG). In formeller Hinsicht sind die Voraussetzungen für eine Aufhebung von Amtes wegen insoweit erfüllt.

c) Zu prüfen bleibt, ob die BVE zuständige Rechtsmittelbehörde ist oder wäre, wenn die massgebenden Vorschriften angewendet worden wären. Vorliegend ist umstritten, ob es sich beim Schreiben des Regierungsstatthalteramtes vom 28. Juni 2019, mit dem das Verfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben worden ist, um eine mit Beschwerde anfechtbare baupolizeiliche Verfügung gemäss Art. 45 ff. BauG<sup>6</sup> oder um eine nicht anfechtbare Erledigung einer aufsichtsrechtlichen Anzeige im Sinne von Art. 101 VRPG handelt. Die aufsichtsrechtliche Anzeige ist in Art. 101 VRPG geregelt. Mittels aufsichtsrechtlicher Anzeige können der Aufsichtsbehörde Tatsachen, die ein Einschreiten gegen eine Behörde als erforderlich erscheinen lassen, angezeigt werden (Art. 101 Abs. 1 VRPG). Als Rechtsbehelf unterscheidet sich die aufsichtsrechtliche Anzeige von den ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln dadurch, dass sie der betroffenen Person kein Rechtsanspruch auf Behandlung und Erledigung ihres Begehrens in einem förmlichen Verfahren verleiht.<sup>7</sup> Entscheide über Aufsichtsanzeigen oder -beschwerden regeln zudem kein Verhältnis zwischen Privaten und Gemeinwesen, weshalb sie keinen Verfügungscharakter aufweisen und nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden können.<sup>8</sup> Grundsätzlich kommen der anzeigenden Person im aufsichtsrechtlichen Verfahren vorbehaltlich anderer Vorschrift keine Parteirechte zu. Sie kann jedoch verlangen, dass ihr Auskunft über die Erledigung der Anzeige gegeben wird (Art. 101 Abs. 2 VRPG).<sup>9</sup> Die baupolizeilichen Verfügungen sind in den Art. 45 ff. BauG geregelt. Die zuständige Baupolizeibehörde hat ein Baupolizeiverfahren von Amtes wegen einzuleiten und die nötigen Verfügungen zu treffen, sobald sie Kenntnis von wesentlichen baurechtswidrigen Tatbeständen erhält (vgl. Art. 46 BauG). Dementsprechend besteht der Sinn und Zweck einer baupolizeilichen Anzeige darin, die zuständige Baupolizeibehörde auf solche Verhältnisse hinzuweisen.<sup>10</sup> Die anzeigende Person kann sich als Partei am Baupolizeiverfahren beteiligen, sofern sie als Nachbarin durch die baurechtswidrigen

---

<sup>6</sup> Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

<sup>7</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 101 N. 1.

<sup>8</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 101 N. 13.

<sup>9</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 101 N. 10.

<sup>10</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 2.

Verhältnisse betroffen ist oder wenn sie zu den nach Art. 35a BauG einspracheberechtigten Organisationen gehört (Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG). In diesem Fall hat sie Anspruch auf Erlass einer baupolizeilichen Verfügung.<sup>11</sup>

Der Beschwerdeführer spricht in seiner Anzeige vom 6. Mai 2019 klar von einer baupolizeilichen Anzeige und beantragt unter Verweis auf die Art. 45 ff. BauG die Durchführung eines baupolizeilichen Verfahrens sowie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Insbesondere sind die beiden Rechtsbegehren explizit betitelt mit «Baupolizeiliche Anzeige» und «Wiederherstellungsverfahren». Inhaltlich bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, dass die Verbreiterung der Tramhaltestelle, das Anbringen eines Geländers und die Aufhebung einer Fahrspur ohne Baubewilligung erfolgt seien, obwohl dies klar baubewilligungspflichtig sei. Der Beschwerdeführer weist somit auf einen seiner Ansicht nach baurechtswidrigen Zustand hin und der Inhalt der Anzeige ist klar baupolizeilicher Natur. Somit geht bereits aus der Anzeige vom 6. Mai 2019 (und nicht erst aus der Beschwerde vom 31. Juli 2019) unmissverständlich hervor, dass der Beschwerdeführer eine baupolizeiliche Anzeige gemäss Art. 45 ff. BauG und nicht eine aufsichtsrechtliche Anzeige im Sinne von Art. 101 VRPG erheben wollte. Zudem erklärt er ausdrücklich, dass er sich am baupolizeilichen Verfahren als Partei beteiligen will. Er hat mit seiner Anzeige somit ein baupolizeiliches Verfahren ausgelöst. Verfügungen in baupolizeilichen Verfahren können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVE ist somit zuständige Rechtsmittelbehörde.

## 2. Materielle Voraussetzungen der Aufhebung von Amtes wegen

a) Die Aufhebung (Kassation) eines Verfahrens von Amtes wegen soll die korrekte Verfahrensabwicklung gewährleisten mit dem Ziel, materiell richtige Erkenntnisse zu ermöglichen.<sup>12</sup> Nicht jeder Verfahrensfehler kann zur Kassation führen. Es muss sich vielmehr um gravierende Mängel handeln, welche die richtige Beurteilung ausschliessen oder wesentlich erschweren. Ausgeschlossen ist die korrekte Entscheidungsfindung namentlich, wenn die Justizbehörde Versäumtes nicht nachholen kann oder Verfahrensmängel nur unvollkommen oder mit grossem Aufwand beseitigen könnte. Die

---

<sup>11</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 2a mit Hinweis auf die Rechtsprechung.

<sup>12</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 1.

Verwaltungsjustizbehörde hat bei der Beurteilung der Erschwernis die Bedeutung der Verfahrensmängel und die berührten Interessen miteinzubeziehen. Mehrere eher unbedeutende Fehler können zusammen so gewichtig sein, dass sich die Aufhebung eines Verwaltungsakts rechtfertigt. Weniger wichtige prozessuale Mängel soll die Rechtsmittelbehörde heilen, was bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs häufig vorkommt.<sup>13</sup> Die Aufhebung aufgrund offensichtlicher Unzuständigkeit ist nur bei qualifizierter Unzuständigkeit angebracht.<sup>14</sup>

b) Der Beschwerdeführer reichte seine baupolizeiliche Anzeige vom 6. Mai 2019 beim Regierungsstatthalteramt ein. Hierbei führte er aus, die baupolizeilichen Verfahren seien Sache der zuständigen Gemeindebehörde. Vorliegend sei aber die Gemeinde gleichzeitig Bauherrin der umstrittenen baulichen Massnahmen. Wenn die Gemeinde selbst über die gegen sie eingereichte Anzeige entscheide, resultiere deshalb ein unverträglicher Interessenkonflikt. In Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD<sup>15</sup> sei deshalb der Regierungsstatthalter zuständig. Ohnehin treffe der Regierungsstatthalter im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion die erforderlichen baupolizeilichen Massnahmen nötigenfalls selbst (Art. 48 Abs. 1 BewD). Das Regierungsstatthalteramt und die Beschwerdegegnerin äusserten sich weder im vorinstanzlichen Verfahren noch anlässlich des vom Rechtsamt der BVE durchgeführten Schriftenwechsels zur Zuständigkeit des Regierungsstatthalters.

c) Die Baupolizei ist Sache der zuständigen Gemeindebehörde, die unter der Aufsicht des Regierungsstatthalteramtes steht (Art. 45 Abs. 1 BauG, Art. 47 BewD).<sup>16</sup> Für die Durchführung baupolizeilicher Verfahren ist primär die Gemeinde zuständig. Die Gemeinde ist selbst dann Baupolizeibehörde und hat gegen baurechtswidrige Zustände einzuschreiten, wenn Bauten und Anlagen auf gemeindeeigenem Land betroffen sind.<sup>17</sup> Erst wenn die zuständige Gemeindebehörde ihren gesetzlichen Pflichten als Baupolizeibehörde nicht nachkommt und dadurch öffentliche Interessen gefährdet sind, kann der Regierungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin die erforderlichen Massnahmen verfügen (Art. 48 Abs. 1 BauG). Bevor das Regierungsstatthalteramt selber

---

<sup>13</sup> Vgl. zum Ganzen BVR 2001 S. 284 E. 3; VGE 2012/371 vom 4. September 2017 E. 2.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 5.

<sup>14</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 14.

<sup>15</sup> Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

<sup>16</sup> Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 2.

<sup>17</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 45 N. 1 mit Hinweis auf die Rechtsprechung.

baupolizeilich einschreiten kann, muss der säumigen Gemeinde jedoch eine angemessene Frist zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten gesetzt werden (Art. 48 Abs. 1 BewD). Nur bei Gefahr im Verzug kann das Regierungsstatthalteramt ohne vorgängige Fristansetzung handeln.<sup>18</sup> Sofern das Regierungsstatthalteramt selber baupolizeilich einschreitet, stehen ihm alle in den Art. 45 -47 BauG erwähnten Massnahmen zur Verfügung. Für das Baupolizeiverfahren bestehen somit klare Zuständigkeitsvorschriften, welche eine primäre Zuständigkeit der Gemeinde vorsehen (Art. 47 und Art. 48 BewD). Die Bestimmung von Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD, wonach der Regierungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin in jedem Fall zuständig ist für Bauvorhaben, die für Zwecke der Gemeinde bestimmt sind, gilt demgegenüber nur für das Baubewilligungsverfahren und kann nicht auf baupolizeiliche Verfahren angewendet werden (vgl. Art. 8 Abs. 1 BewD).

Die primäre Zuständigkeit bzw. die Selbstverantwortung der Gemeinde wird im Übrigen durch das Gemeinderecht bekräftigt. Werden in einer Gemeinde Unregelmässigkeiten festgestellt, so klärt das zuständige Gemeindeorgan die Angelegenheit ab und veranlasst die notwendigen Massnahmen (Art. 86 Abs. 1 GG<sup>19</sup>). Auch das Gemeinderecht geht somit davon aus, dass die Gemeinden selbst für das Funktionieren ihrer Verwaltungen und dementsprechend auch für die Behebung allfälliger Unregelmässigkeiten verantwortlich sind.<sup>20</sup> Hierbei ist unerheblich, ob die Gemeindeorgane selbst, kantonale Stellen oder Private die Unregelmässigkeiten entdecken.<sup>21</sup> In jedem Fall darf der Kanton gemäss dem Subsidiaritätsprinzip erst dann eingreifen, wenn die Gemeinde dieser Pflicht nicht selbst oder nur ungenügend nachkommt bzw. nachkommen kann.<sup>22</sup>

d) Vorliegend hat der Beschwerdeführer seine baupolizeiliche Anzeige direkt beim Regierungsstatthalteramt eingereicht. Er ging dabei von der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Regierungsstatthalteramtes aus, da angeblich ein Interessenskonflikt seitens der Gemeinde bestehe. Der Beschwerdeführer macht in seiner baupolizeiliche Anzeige zwar geltend, die baulichen Massnahmen würden die Verkehrssicherheit negativ beeinflussen. Aus den Ausführungen geht aber nicht hervor, dass zu diesem Zeitpunkt ein besonders akuter Handlungsbedarf bestanden hätte. Für den Regierungsstatthalter bestand deshalb

---

<sup>18</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 48 N. 1.

<sup>19</sup> Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11)

<sup>20</sup> Wichtermann, in Kommentar zum bernischen GG, 1999, Art. 86 N. 1.

<sup>21</sup> Wichtermann, a.a.O., Art. 86 N 2.

<sup>22</sup> Wichtermann, a.a.O., Art. 86 N. 1.

kein Anlass, auf der Grundlage von Art. 48 Abs. 1 BauG wegen Gefahr im Verzug direkt selber baupolizeilich einzuschreiten. In den Akten sind zudem auch keinerlei Hinweise vorhanden, dass der Beschwerdeführer bei der Gemeinde vorgängig eine baupolizeiliche Anzeige eingereicht hätte, die nicht an die Hand genommen worden wäre. Die Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Regierungsrathalters gemäss Art. 48 Abs. 1 BauG waren somit offensichtlich nicht erfüllt. Im Gegenteil wäre dem Grundsatz von Art. 45 Abs. 1 BauG folgend primär die Gemeindebaupolizeibehörde, also das Bauinspektorat der Stadt Bern,<sup>23</sup> zuständig gewesen. Sofern das Bauinspektorat seinen baupolizeilichen Pflichten nicht nachgekommen wäre, hätte das Regierungsrathalteramt diesem auf entsprechende Beschwerde des Anzeigers hin eine angemessene Frist zur Erfüllung der baupolizeilichen Pflichten ansetzen müssen (vgl. Art. 48 Abs. 1 BewD). Erst wenn das Bauinspektorat weiterhin säumig geblieben wäre, hätte das Regierungsrathalteramt Massnahmen gemäss Art. 45 bis 47 BauG verfügen können.

Es ist zwar zutreffend, dass möglicherweise ein Interessenskonflikt der Gemeindebaupolizeibehörde bestehen kann, wenn die Gemeinde selbst bzw. eines ihrer Organe für einen baurechtswidrigen Zustand verantwortlich ist. Wie bereits ausgeführt, ist die Gemeinde jedoch sowohl basierend auf das Gemeinde- als auch auf das Baurecht primär selber verantwortlich, die notwendigen Massnahmen zur Behebung von in der Gemeinde festgestellten Unregelmässigkeiten zu treffen, auch wenn damit automatisch ein gewisser Interessenskonflikt einhergeht. Ein allfälliger Interessenskonflikt kann deshalb keinen Einfluss auf die primäre Zuständigkeit der Gemeindebaupolizeibehörde haben, da ansonsten die klaren gesetzlichen Bestimmungen zur Selbstverantwortung der Gemeinde unterlaufen würden. Vorliegend kommt hinzu, dass verschiedene Direktionen der Stadt Bern involviert sind und zumindest in personeller Hinsicht kein Interessenskonflikt bestehen dürfte. So ist das Bauinspektorat der Direktion für Sicherheit, Umwelt und Energie angegliedert. Für den angeblich baurechtswidrigen Zustand soll demgegenüber die Direktion für Tiefbau, Verkehr und Stadtgrün der Stadt Bern verantwortlich sein.

Das Regierungsrathalteramt war somit offensichtlich nicht zuständig zur Behandlung der baupolizeilichen Anzeige des Beschwerdeführers. Es hätte diese an das Bauinspektorat der Stadt Bern weiterleiten müssen (Art. 4 Abs. 1 VRPG). Stattdessen hat das

---

<sup>23</sup> Art. 23<sup>sexies</sup> Bst. f der Organisationsverordnung der Stadt Bern vom 27. Februar 2001 (OV; SSSB 152.01) sowie Art. 89 Abs. 2 Bst. c der Bauordnung der Stadt Bern vom 24. September 2006 (BO; SSSB 721.1).

Regierungsstatthalteramt ein aufsichtsrechtliches und damit ein falsches Verfahren durchgeführt.

e) Der Beschwerdeführer beantragte in seiner Anzeige vom 6. Mai 2019, es sei ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gegen die Beschwerdegegnerin einzuleiten. Zudem erklärte er ausdrücklich, er wolle sich als Partei am Verfahren beteiligen. Im baupolizeilichen Verfahren müsste unter Berücksichtigung der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Legitimation bei Strassenbauprojekten geprüft werden, ob der Beschwerdeführer durch die geltend gemachten baurechtswidrigen Verhältnisse als Nachbar betroffen ist (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst a BauG), so dass ihm in diesem Verfahren Parteistellung zukommt.<sup>24</sup> Allein aufgrund der Akten lässt sich die Legitimation des Beschwerdeführers nicht beurteilen. Ebenso wenig lässt sich beantworten, ob die von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen baulichen Massnahmen im Lichte von Art. 43 Abs. 3 SG<sup>25</sup> bewilligungsfrei sind oder ob dafür eine Baubewilligung erforderlich gewesen wäre (vgl. Art 43 Abs. 1 und 2 SG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Bst. f und h SV<sup>26</sup>). Da das Regierungsstatthalteramt das falsche Verfahren durchgeführt hat, wurden diese Fragen noch nicht (genügend) geprüft. Zudem hatte der Beschwerdeführer auch keine Möglichkeit, im vor-instanzlichen Verfahren Parteirechte auszuüben. Es ist nicht Sache der BVE als Beschwerdeinstanz, ein baupolizeiliches Verfahren durchzuführen, die erforderlichen Beweismassnahmen zur Beantwortung der formellen und materiellen Fragen zu treffen und diese Fragen als erste Instanz zu beurteilen. Darüber hinaus würde den Parteien dadurch eine Instanz verloren gehen, was sich nachteilig auswirken könnte. Zudem kommt der erstinstanzlichen Behörde bei der Frage ob, in welchem Umfang und innert welchem Zeitraum der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, ein beträchtlicher Entscheidungsspielraum zu. Aus diesen Gründen sind die Voraussetzungen für eine Aufhebung von Amtes wegen erfüllt. Die angefochtene Abschreibungsverfügung des Regierungsstatthalteramtes vom 28. Juni 2019 samt dem vorangegangenen Verfahren wird gestützt auf Art. 40 VRPG von Amtes wegen aufgehoben und die Angelegenheit direkt an die zuständige Gemeindebaupolizeibehörde zur Durchführung des baupolizeilichen Verfahrens überwiesen.

---

<sup>24</sup> Vgl. dazu BGer 1C\_317/2010/1C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 4.3 und 5, mit weiteren Hinweisen, in: ZBI 112/2011 S. 612, mit Bemerkungen von Arnold Marti.

<sup>25</sup> Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11).

<sup>26</sup> Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1).

### 3. Kosten

a) Die Aufhebung des angefochtenen Entscheids erfolgt von Amtes wegen. Zur Kostenliquidation bei einer Kassation von Amtes wegen enthält Art. 40 VRPG keine Regelung, so dass die allgemeinen Grundsätze für die Kostenverlegung nach Art. 102 ff. VRPG gelten.<sup>27</sup> Die Kassation ist massgeblich auf das prozessuale Vorgehen der Vorinstanz zurückzuführen. Ihr können indessen keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Den Parteien könnten die Verfahrenskosten nur auferlegt werden, wenn sie bezüglich der Kassation mit eigenen Anträgen unterlegen wären.<sup>28</sup> Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Verfahrenskosten trägt demnach der Kanton.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Bei einer Kassation von Amtes wegen hat die im Ergebnis obsiegende Partei Anspruch auf Parteikostenersatz zulasten der fehlbaren Behörde oder der Gegenpartei, wenn sie die Verfahrensfehler gerügt hat.<sup>29</sup> Der Beschwerdeführer hat die Wahl der falschen Verfahrensart gerügt. Er hat deshalb Anspruch auf Parteikostenersatz zulasten der Vorinstanz.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>30</sup> beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG<sup>31</sup>). Die Kostennote des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers beläuft sich auf Fr. 5'848.10 (Honorar Fr. 5'250.00, Auslagen/Spesen Fr. 180.00, Mehrwertsteuer Fr. 418.10). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand

---

<sup>27</sup> BVR 2013 S. 301 (VGE 2011/489 vom 20. Februar 2013) nicht publ. E. 3.2, 2004 S. 37 E. 3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11.

<sup>28</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11.

<sup>29</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11 und Art. 108 N. 16.

<sup>30</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

<sup>31</sup> Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

als unterdurchschnittlich zu werten. Angesichts der umstrittenen Rechtsfragen sind auch die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 2'000.00 als angemessen. Demzufolge hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer insgesamt Parteikosten in der Höhe von Fr. 2'347.85 zu ersetzen (Honorar Fr. 2'000.00, Auslagen/Spesen Fr. 180.00, Mehrwertsteuer Fr. 167.85).

### **III. Entscheid**

1. Die Abschreibungsverfügung des Regierungstatthalteramtes Bern-Mittelland vom 28. Juni 2019 und das Verfahren vor dem Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland bis zum Zeitpunkt des Eingangs der baupolizeilichen Anzeige werden von Amtes wegen aufgehoben.
2. Die Anzeige des Beschwerdeführers vom 6. Mai 2019 samt Beweismittelverzeichnis (im Original) geht zuständigkeitshalber an das Bauinspektorat der Stadt Bern (Direktion für Sicherheit, Umwelt und Energie) zur Durchführung des Baupolizeiverfahrens im Sinne der Erwägungen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Der Kanton (Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland) hat dem Beschwerdeführer Parteikosten im Betrag von Fr. 2'347.85 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

### **IV. Eröffnung**

- Herrn Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, eingeschrieben
- Einwohnergemeinde Bern, handelnd durch die Direktion für Tiefbau, Verkehr und Stadtgrün der Stadt Bern, eingeschrieben
- Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland, mit A-Post
- Bauinspektorat der Stadt Bern, mit Beilagen gemäss Ziff. 2, eingeschrieben

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion**

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.