



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2020/87

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 23. Februar 2021

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin

und

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz vom 18. November 2020
(Verkaufscontainer, Benützungsverbot)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin betreibt mittels dezentralen Verkaufscontainern den Handel von frischen Lebensmitteln aus der Region. Im Hinblick auf die Erstellung einer neuen Verkaufsstelle in der Überbauung A. _____ reichte die Beschwerdeführerin am 1. September 2020 ein Baugesuch ein für das Aufstellen eines mobilen Containerladens zum Verkauf von Lebensmitteln auf der Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. E. _____. Die Parzelle liegt in der Überbauungsordnung B. _____. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob der geplante Containerstandort im Ortsbildschutzgebiet liegt.¹ Nach Einreichung des Baugesuchs wurden zuerst sechs Zementrohre als Foundationen verbaut sowie der Anschluss ans Stromnetz eingerichtet, anschliessend der mobile Verkaufscontainer aufgestellt und per 18. September 2020 eröffnet.² In der Folge hat die Gemeinde Köniz Abklärungen vorgenommen und Gespräche mit der Beschwerdeführerin geführt. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2020 hat die Gemeinde Köniz den Sachverhalt zusammengefasst und die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme aufgefordert.³ Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs erliess die Gemeinde Köniz am 18. November 2020 ein vorsorgliches Benützungsverbot mit folgendem Inhalt:

1. Für den auf der Parzelle Köniz Gbbl. Nr. E. _____ aufgestellten Verkaufscontainer der C. _____ wird ab sofort ein vorläufiges Benützungsverbot ausgesprochen. Die C. _____ darf

¹ Vgl. Vorakten S. 8, Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Berichtigung des Sachverhalts.

² Vgl. Vorakten, S. 3-5, Bilder vor Ort sowie Vorakten S. 9, Stellungnahme der Beschwerdeführerin.

³ Vorakten, S. 6.

den Verkaufscontainer so lange nicht nutzen und muss ihn abgeschlossen halten (abgeriegelte Türen), bis über das Baugesuch rechtskräftig entschieden wurde.

2. [Kosten]

2. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 18. Dezember 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragt, das vorsorgliche Benützungsverbot sei aufzuheben und das hängige Baugesuchverfahren sei durch die zuständige Behörde fortzusetzen resp. aufzunehmen. Zudem sei die seit dem 3. September 2020 entstandene Verzögerung bei der Beurteilung als Fahrnisbaute im Interesse der Bauherrschaft zu berücksichtigen.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁴, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das Bauinspektorat der Gemeinde Köniz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 21. Januar 2021 die Beschwerde sei abzuweisen. Zusammen mit den Vorakten reichte das Bauinspektorat eine Kopie der amtlichen Akten des hängigen Baugesuchs (eBau Nr. 2020-3077/10093, Baugesuch Nr. 19395) für das Erstellen einer Foundation/Terrainveränderung und das Aufstellen des Verkaufscontainers ein.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁵ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Benützungsverbot nach Art. 46 Abs. 1 BauG

a) Die Vorinstanz begründet das vorsorgliche Benützungsverbot dahingehend, dass es sich beim aufgestellten Verkaufscontainer nicht um eine baubewilligungsfreie Fahrnisbaute im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. m BewD⁶ handle, da dieser während fünf Jahren betrieben werden solle und hierzu eine Foundation sowie einen Stromanschluss benötige. Wegen der beabsichtigten längeren Nutzung müsse die Frage einer baubewilligungsfreien Fahrnisbaute von drei Monaten nicht geprüft werden, wobei diese Frage aufgrund der vorgängig zu prüfenden Auswirkungen auf die Nutzungsordnung sowie die unmittelbare Nähe zur Strasse zu bejahen sei.

Die Beschwerdeführerin rügt, das Benützungsverbot sei unverhältnismässig. Sie verstehe nicht, welche Partei vorliegend geschädigt sein könne und in welcher Weise diese Massnahme zum Schutz des öffentlichen Interesses erforderlich und geeignet sei. Die Massnahme sei

⁴ 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).

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁶ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

existenzbedrohend und nicht zumutbar. Weiter führt sie aus, aufgrund der positiven formellen Bescheide in weiteren Gemeinden des Kantons Bern habe sie vorliegend eine baubewilligungsfreie Fahrnisbaute aufgestellt und gleichzeitig ein reguläres Baugesuch zwecks längerfristigem Betriebs eingereicht. Über den Vorwurf der Bösgläubigkeit sowie die Nennung von Problemen verkehrstechnischer Art sei sie erstaunt.

b) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt und sind die Bauarbeiten bereits abgeschlossen, kann die zuständige Baupolizeibehörde ein Benützungsverbot erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern. Diese Verfügung ist sofort vollstreckbar (vgl. Art. 46 Abs. 1 BauG).

Nicht ausdrücklich genannte, aber selbstverständliche Voraussetzung und konstante Praxis ist zudem, dass die ausgeführten Bauarbeiten überhaupt der Baubewilligungspflicht unterliegen. Ist ein baubewilligungspflichtiger Tatbestand erfüllt und fehlt die Bewilligung, so liegt ein formell rechtswidriger Zustand vor.⁷ Bezüglich Anforderung an den Nachweis der Rechtswidrigkeit genügt zum Erlass des vorsorglichen Benützungsverbots, dass aufgrund einer summarischen Prüfung die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit als wahrscheinlich (glaubhaft) erscheint.⁸ Ob das Bauvorhaben auch materiell rechtswidrig ist oder ob es den Bauvorschriften entspricht, ist erst in einem allfälligen späteren Baubewilligungs- oder Wiederherstellungsverfahren zu prüfen.⁹

Sinn des Benützungsverbots ist es, zu verhindern, dass die Bauherrschaft aus einem rechtswidrigen Zustand Nutzen ziehen kann oder dass sie oder andere Personen geschädigt werden können.¹⁰ Die zuständige Behörde hat zu prüfen, ob eine solche Massnahme verhältnismässig wäre. Sie geniesst dabei einen gewissen Beurteilungsspielraum. Ein vorsorgliches Benützungsverbot ist in der Regel zu verfügen, wenn durch die Benützung die Sicherheit oder Gesundheit von Menschen oder Tieren gefährdet wird, die Umwelt durch Emissionen oder Immissionen unzulässig belastet wird, erhebliche Sachwerte gefährdet sind oder eine bösgläubige Bauherrschaft aus der Nutzung unrechtmässigen Vorteil ziehen könnte.¹¹

c) Bauten und Anlagen dürfen grundsätzlich nur mit einer behördlichen Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 RPG¹²). Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG). Nach Art. 1b BauG sind unter anderem geringfügige Bauvorhaben von der Baubewilligungspflicht ausgenommen. Für die Konkretisierung der baubewilligungsfreien Bauvorhaben verweist Art. 1b BauG auf das Bewilligungsdekret. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. m BewD bedürfen das Aufstellen von Fahrnisbauten während einer Dauer von bis zu drei Monaten pro Jahr keiner Baubewilligung. Handelt es sich um eine kleine Fahrnisbaute wie beispielsweise eine Verkaufsstätte, so darf diese während einer Dauer von bis zu sechs Monaten pro Kalenderjahr bewilligungsfrei aufgestellt werden (Art. 6 Abs. 1 Bst. o BewD). Klein im Sinne dieser Bestimmung ist eine Fläche, die 10 m² nicht übersteigt.¹³ Nach Art. 7 Abs. 2

⁷ Heidi Walther, Das Rechtsamt kommentiert aktuelle Entscheide, Das baupolizeiliche Benützungsverbot/Teil II, KPG-Bulletin 5/1992, S. 27.

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 7a i.V.m 6b.

⁹ BVR 2004 S. 424 E. 2

¹⁰ Heidi Walther, a.a.O., S. 17.

¹¹ BVR 2003 S. 455 E. 4; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 7.

¹² Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

¹³ Vgl. auch 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, Ziff. 2 Bst. o, einsehbar unter: <www.dij.be.ch>, Rubriken Gemeinden / Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG) / BSIG-Datenbank; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1b N. 8 Bst. o.

BewD sind hingegen die in Art. 6 BewD genannten Vorhaben bewilligungspflichtig, wenn das Bauvorhaben beispielsweise ein Ortsbildschutzgebiet betrifft und das entsprechende Schutzinteresse betroffen ist.

Mit der Ausführung von Bauvorhaben, die eine Baubewilligung benötigen, darf erst begonnen werden, wenn sie rechtskräftig bewilligt sind oder der Baubeginn vorzeitig gestattet worden ist (Art. 1a Abs. 3 BauG, Art. 2 Abs. 1 BewD).

d) Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, beim mobilen Verkaufscontainers handle es sich um eine bewilligungsfreie Baute nach Art. 1b Abs. 1 BauG.

Unbestrittenermassen hat die Beschwerdeführerin den Verkaufscontainer bereits vor der Erteilung einer befristeten Baubewilligung am geplanten Standort aufgestellt. Dabei hat sie dies nicht in der Absicht einer einmaligen zeitlichen Beschränkung von drei Monaten gemacht, sondern mit der Absicht den Verkaufscontainer am selben Ort auch über die Dauer von drei Monaten hinaus für eine befristete Dauer von fünf Jahren zu belassen. Die zeitliche Beschränkung nach Art. 6 Abs. 1 Bst. m BewD wird demnach nicht eingehalten, so dass daraus keine Bewilligungsfreiheit abgeleitet werden kann. Aus der gleichen Überlegung ist auch Art. 6 Abs. 1 Bst. o BewD nicht anwendbar, da der Verkaufscontainer ebenfalls länger als für eine Dauer von sechs Monate bestehen soll. Und mit einer Fläche von 18.6 m² handelt es sich gar nicht mehr um eine kleine Fahrnisbaute im Sinne dieser Bestimmung (vgl. Ziff. 2c).¹⁴ Somit ist der Verweis der Beschwerdeführerin bezüglich positive formelle Bescheide in anderen Gemeinden betreffend den Fahrnisbau unbehilflich. Zudem ist nicht klar, ob der Verkaufscontainer im Ortsbildschutzgebiet liegt. Auch daraus könnte sich eine Baubewilligungspflicht ergeben, sofern die Schutzinteressen betroffen sind (Art. 7 Abs. 2 BewD).

Es ist weiter unbestritten ist, dass für das Platzieren des Verkaufscontainers verschiedene bauliche Massnahmen notwendig sind und diese bereits ausgeführt wurden. So hat die Beschwerdeführerin sechs Zementrohre als Foundationen verbaut und einen Anschluss ans Stromnetz erstellt. Es ist nicht entscheidend, ob eine Baute fest mit dem Boden verbunden oder nur auf ihm abgestellt wird; ebenso wenig, ob sie für den dauernden Bestand oder als nur vorübergehende Einrichtung gedacht ist.¹⁵ Auch Fahrnisbauten sind baubewilligungspflichtig, wenn damit so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.¹⁶ Der Verkaufscontainer ist geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen. Zudem führt er zu Publikumsverkehr und belastet die Erschliessung, weshalb auch Abklärungen in Bezug auf seine unmittelbare Nähe zum Strassenraum und die Verkehrssicherheit notwendig sind.

Somit ist das Aufstellen des mobilen Verkaufscontainers baubewilligungspflichtig.

e) Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, ist das Aufstellen des Verkaufscontainers baubewilligungspflichtig. Indem dieser Verkaufscontainer bereits während hängigem Baubewilligungsverfahren erstellt und als Ladenlokal geöffnet wurde, liegt ein formell rechtswidriger Zustand vor. Die Gemeinde begründet das vorsorgliche Benützungsverbot zudem mit Bezug auf die fehlende Prüfung der Verkehrssicherheit. Damit keine (weitere) Gefahr von der Baute ausgehe, müsse diese vorläufig Verboten werden. Es handle sich dabei um das mildeste Mittel.

¹⁴ Vgl. Akten zum Baugesuch Nr. 19395. Baugesuchformular 1.0 vom 1. September 2020 resp. aktualisiertes Baugesuchformular 1.0 vom 12. November 2020 sowie die Planunterlagen zum Baugesuch. Demnach ist der Verkaufscontainer 6.07 m lang und 3.07 m breit, was einer Fläche von 18.6 m² entspricht.

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 17.

¹⁶ Vgl. BGE 119 Ib 222 E. 3a.

Aus den sich in den Akten befindenden Bilder und der Planunterlage ergeht, dass der Verkaufscontainer direkt neben dem Trottoir der F._____allee steht und dass zwischen der F._____allee und dem Trottoir eine Einbuchtung mit Parkplätzen der blauen Zone besteht.¹⁷ Südlich davon befinden sich die Strassenverzweigungen zum G._____weg und der H._____strasse. Der Verkaufscontainer führt zu Publikumsverkehr. Aus den Planunterlagen und dem Baugesuch geht nicht hervor, wo allfällige Fahrzeuge und Fahrräder abgestellt werden.¹⁸ Neben dem allgemeinen Interesse, dass die Bauherrschaft aus dem rechtswidrigen Zustand keinen Nutzen ziehen soll, besteht somit ein öffentliches Interesse an der vorgängigen Prüfung der Verkehrssicherheit bzw. kann eine Verkehrsgefährdung durch den Verkaufscontainer nicht ausgeschlossen werden. Da der Beschwerdeführerin bekannt war, dass die Gemeinde ihr Vorhaben nicht als baubewilligungsfreie Fahrnisbaute einstuft, handelte sie bösgläubig.¹⁹ Das Benützungsverbot erscheint daher ohne weiteres als verhältnismässig.

3. Weitere Rechtsbegehren

Mit ihrer Beschwerde vom 18. Dezember 2020 hat die Beschwerdeführerin weitere Anträge gestellt. So beantragt sie sinngemäss, dass die zuständige Behörde das hängige Baugesuchverfahren fortsetze resp. aufnehme und die sich seit dem 3. September 2020 entstandene Verzögerung bei der Beurteilung zu berücksichtigen sei. Verfahrensgegenstand ist einzig das durch die Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz verfügte vorsorgliche Benützungsverbot. Anträge zum (hängigen) Baugesuchverfahren vor dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland gehen über den Streitgegenstand hinaus. Auf diese Anträge kann somit nicht eingetreten werden.

4. Ergebnis und Kosten

a) Zusammenfassend steht fest, dass das Aufstellen des Verkaufscontainers formell rechtswidrig ist. Da eine Gefährdung der Verkehrsfähigkeit nicht ausgeschlossen erscheint und die Beschwerdeführerin bereits vor dem Aufstellen des Verkehrscontainers wusste, dass die Gemeinde den Bau nicht als bewilligungsfähige Fahrnisbaute qualifiziert, und somit bösgläubig handelte, hat die Gemeinde zu Recht ein vorsorgliches Benützungsverbot für das Aufstellen des Verkaufscontainers erlassen. Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG²⁰). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²¹).

c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

¹⁷ Vgl. Vorakten, S. 3-5, Bilder vor Ort sowie Planunterlagen zum Baugesuch.

¹⁸ Mit Schreiben vom 12. Januar 2021 hat das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland das Baugesuch an die Beschwerdeführerin zur Verbesserung zurückgewiesen. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass der erforderliche Parkplatznachweis fehlt.

¹⁹ Vgl. Aktennotiz zur Besprechung vom 19. August 2020.

²⁰ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

²¹ 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 Köniz vom 18. November 2020 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- C. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, zur Kenntnis i.S. Baugesuch Nr. 19395, per Mail

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.