



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2021/56

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 5. Oktober 2021

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführer

und

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Toffen vom 1. Juli 2021
(Gemeinde-Nr. 844; Koburam-Frontseite)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer ist Alleineigentümer der Parzelle Toffen Grundbuchblatt Nr. E. _____ und betreibt in der dort angesiedelten Halle ein Kulturzentrum. Dieses wurde dem Beschwerdeführer am 27. September 2013 von der Gemeinde bewilligt (Teilabbruch / Neubau Industriehalle / Einbau Kulturzentrum, Baugesuchsnummer 884-12/13). Die Parzelle liegt in der Arbeitszone A (Industrie). Am 27. Mai 2014 reichte der Beschwerdeführer ein Projektänderungsgesuch ein für die Erhöhung des Tor-Turmes (Koburam) um rund 6 m (auf eine Gesamthöhe von 12.5 m). Mit Entscheid vom 10. Juni 2014 erteilte die Gemeinde diesem Vorhaben den Bauabschlag. Dies begründete sie damit, dass sich die Halle in einer Industriezone und nicht in einer Zone für öffentliche Nutzung befinde und den Einsprechenden bereits beim Kulturzentrum versichert worden sei, dass dieses von aussen nicht als Tempel ersichtlich werde. Sie stimme diesem Vorhaben mit sichtbarem Tor-Turm aus Gründen des Ortbildes und Ortsbildschutzes nicht zu. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

2. Mit Schreiben vom 4. Mai 2021 ersuchte der Beschwerdeführer um Montage einer Koburam-Frontseite. Dabei stellte er die Frage, ob die Koburam-Frontseite dauerhaft montiert werden darf. Als zusätzliche Frage führte er aus, ob es möglich sei, die Koburam-Frontseite saisonal während des jährlichen Festivals (zwischen Juni und August) zu montieren. Mit Mail vom 2. Juni 2021 bat die Gemeinde den Beschwerdeführer, das Baugesuchsformular 1.0 auszufüllen sowie einen Situationsplan und Fassadenplan mit dem eingezeichneten Aufbau zuzustellen. In der Folge reichte dieser einen Fassadenplan mit Foto ein. Gemäss den (nicht aktenkundigen) Ausführungen im angefochtenen Entscheid ist der Beschwerdeführer anschliessend von der Gemeinde darauf

hingewiesen worden, dass die beabsichtigten Arbeiten baubewilligungspflichtig sind; die Gemeinde hat um Einreichung eines Baugesuchs ersucht, was bis heute nicht erfolgt ist.

Anlässlich eines Augenscheins vor Ort stellte der Bauverwalter am 3. Juni 2021 fest, dass die Montage der Koburam-Frontseite bereits vorgenommen wurde (mit einer Höhe von rund 11 m). Im Rahmen eines Gesprächs vom 14. Juni 2021 teilte die Gemeinde einer Delegation des Beschwerdeführers mit, dass der farbige Aufbau so nicht dauerhaft bewilligt werden könne. Gemäss den Ausführungen im angefochtenen Entscheid hat der Beschwerdeführer anlässlich dieser Besprechung zusätzlich die Frage gestellt, ob die Koburam-Frontseite eventuell in neutraler Farbe (weiss) bestehen bleiben könnte. Es wurde vereinbart, dass die vorgetragenen Anfragen der Bau- und Umweltkommission zur Beschlussfassung vorgelegt würden.

Mit «Abschreibungs- und Wiederherstellungsverfügung» vom 1. Juli 2021 verfügte die Gemeinde gestützt auf den Beschluss der Bau- und Umweltkommission vom 30. Juni 2021 Folgendes:

- «1. Die Bau- und Umweltkommission hat entschieden, dass die Bauvorhaben nicht zonenkonform sind. Die Halle steht in der Arbeitszone A (Industrie) und darf von aussen nicht als Tempel ersichtlich sein. Die jetzige Koburam-Frontseite darf fünf Tage vor dem Fest montiert und muss fünf Tage nach dem Fest wieder demontiert werden.
2. Diese Verfügung ist unbeschrieben der Anfechtungsmöglichkeit (Ziff. 6) sofort vollstreckbar (Art. 46 Abs. 1 BauG). Die Gemeindebaupolizeibehörde wird diese notfalls mit Polizeigewalt durchsetzen.
3. Widerhandlungen gegen diese Verfügung sind gemäss Art. 50 BauG strafbar. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Gemeindebaupolizeibehörde je nach Erfordernis weitere Verfügungen erlassen wird (Wiederherstellung, Ersatzvornahme)
4. Die Einreichung einer Strafanzeige beim zuständigen Untersuchungsrichteramt bleibt ausdrücklich vorbehalten.
5. [Kosten]
6. [Rechtsmittelbelehrung]»

3. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 7. Juli 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Dabei beantragt er sinngemäss die Aufhebung der Verfügung vom 1. Juli 2021. Dabei macht er geltend, die Montage und Demontage der Figuren würde den Verein mit mehreren tausend Franken jährlich belasten und zudem verfüge er über keinen Lagerplatz für die Aufbewahrung der Figuren. Als Kompromiss schlägt er vor, die Figuren zur Neutralisierung der Sichtbarkeit in weiss, butterweiss oder ähnlich zu bemalen oder vor den Figuren eine Holzwand in dieser Farbe zu erstellen, welche jeweils zum Tempelfest im Juni und bei weiteren wichtigen Anlässen entfernt würde. Schliesslich bittet er um Erlaubnis, die Figuren in diesem Jahr bis 24. Juli 2021 stehen zu lassen.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit erster Verfügung vom 9. Juli 2021 führte das Rechtsamt zudem aus, die Beschwerde sei vom Präsident und einem Vereinsmitglied unterzeichnet und es sei unklar, ob diese Personen zeichnungsberechtigt seien. Der Beschwerdeführer wurde deshalb aufgefordert, innert Frist die Vereinsstatuten einzureichen. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 28. Juli 2021 nach; gleichzeitig führte er mit dieser als «Anfechtung der Abschreibungs- und Wiederherstellungsverfügung» bezeichneten Eingabe aus, der gleich betitelte Brief vom 7. Juli 2021 sei intern durch ein Missverständnis ausgelöst worden und man bitte, diesen Brief, welcher nicht vom Vereinspräsidenten unterzeichnet worden sei, zu vernichten. Der Beschwerdeführer führte in

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).

dieser Eingabe u.a. aus, es sei unbeabsichtigt gegen die Bauordnung verstossen worden. Man übernehme die Verantwortung und möchte gemeinsam mit der Behörde eine Lösung finden. Er bitte daher die Gemeinde und gegebenenfalls auch andere Behörden, einen Termin vor Ort vorzuschlagen, um den Koburam gemeinsam zu inspizieren. Wenn es Sicherheitsbedenken gebe, würden sie die Massnahmen sofort umsetzen. Eine Idee sei, die handgemalten Skulpturen weiss oder ähnlich zu übermalen. Man habe Verständnis, wenn Anwohner oder Nachbarn dies als zu bunt empfinden würden. Diese Eingabe vom 28. Juli 2021 wurde von vier Personen des Vereins (Präsident und Vizesekretär des Vorstands, Präsident und Sekretär der Baukommission) unterzeichnet.

Mit Stellungnahme vom 2. August 2021 beantragt die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde. Dabei führt sie aus, sie stelle gegenüber der ursprünglichen Beurteilung keine neuen Erkenntnisse fest. Sie halte an ihrer Beurteilung fest, wonach die Zonenkonformität gemäss Baureglement nicht gegeben sei.

5. Mit Verfügung vom 13. August 2021 holte das Rechtsamt weitere Akten bei der Gemeinde ein. Der Beschwerdeführer reichte schliesslich eine weitere Stellungnahme vom 15. September 2021 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 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Die korrekt unterzeichnete Beschwerde vom 28. Juli 2021 ging innert der Beschwerdefrist von 30 Tagen ein, weshalb darauf einzutreten ist.

2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Ziffer 1 der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung lautet wie folgt:

«Die Bau- und Umweltkommission hat entschieden, dass die Bauvorhaben nicht zonenkonform sind. Die Halle steht in der Arbeitszone A (Industrie) und darf von aussen nicht als Tempel ersichtlich sein. Die jetzige Koburam-Frontseite darf fünf Tage vor dem Fest montiert und muss fünf Tage nach dem Fest wieder demontiert werden.»

Da gemäss den nicht bestrittenen Ausführungen in der angefochtenen Verfügung kein (vollständiges) Baugesuch vorlag, kann es sich dabei nicht um einen Bauabschlag handeln. Vielmehr machte die Gemeinde damit deutlich, dass die dauerhafte Installation der Koburam-Frontseite von ihr als nicht bewilligungsfähig beurteilt wurde und daher aus ihrer Sicht auf ein nachträgliches Baugesuch verzichtet werden kann. Ein temporäres Aufstellen während des jährlichen Festes jedoch akzeptiert die Gemeinde. Daraus ist zu schliessen, dass die Gemeinde

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

diese temporäre Installation während des jährlichen Festes im Unterschied zur dauerhaften Installation als baubewilligungsfrei erachtet.

b) Dass die vom Beschwerdeführer realisierte, farbige Koburam-Frontseite mit einer Höhe von rund 11 m als dauerhafte Installation der Baubewilligungspflicht unterliegt, ist unstrittig. Mangels Baubewilligung erweist sich diese Baute als formell rechtswidrig. Entsprechend war die Gemeinde gehalten, nach Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG vorzugehen. Nach dieser Bestimmung setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme, wenn ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt wird. Dies machte die Gemeinde, indem sie in Bezug auf die vom Beschwerdeführer beabsichtigte dauerhafte Installation der Koburam-Frontseite die Demontage fünf Tage nach dem Fest anordnete.

c) Der Beschwerdeführer bringt vor, die Montage und Demontage der Figuren würden den Verein mit mehreren tausend Franken jährlich belasten. Das sei Geld, welches der Verein sinnvoller für soziale Unterstützung von Schulen, Spitälern usw. in Sri Lanka einsetzen könne. Zudem verfüge der Verein über keinen Lagerplatz zur Aufbewahrung der diversen Figuren. Als Kompromiss und zur Neutralisierung der Sichtbarkeit der Figuren schlage man vor, dass die Figuren in weiss, butterweis o.ä. bemalt werden. Damit wäre die Front des Gebäudes aus der Distanz nicht als religiöses Gebäude erkennbar. Alternativ bestehe die Möglichkeit, vor den Figuren eine Holzwand in weiss oder butterweiss zu erstellen, die jeweils zum Tempelfest im Juni und bei wichtigen Anlässen entfernt werde. In der Eingabe vom 28. Juli 2021 beantragt der Beschwerdeführer zusätzlich die Durchführung eines Augenscheins, damit die Koburam-Frontseite gemeinsam inspiziert werden könne. Mit seinen Vorbringen bestreitet der Beschwerdeführer sinngemäss die Verhältnismässigkeit des im Rahmen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordneten Rückbaus der Koburam-Frontseite (mit Ausnahme der Zeit während des jährlichen Festes).

d) Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist.³ 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.⁴ Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private Interessen sie gebieten. Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm oder ihr verlangt werden darf, nicht hat gutgläubig sein können. Wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Baubewilligungspflicht erkundigen.⁵

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen (sog. formelle Rechtswidrigkeit). In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird, hat die Rechtsmittelbehörde deshalb summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte (sog. materielle Rechtswidrigkeit).⁶

³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9a.

⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b.

⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a.

e) Die strittige Koburam-Frontseite befindet sich in der Arbeitszone A (Industrie). Diese ist gemäss Art. 4 Abs. 1 GBR⁷ Arbeitsnutzungen vorbehalten. Die Koburam-Frontseite als Installation mit rein religiösem Zweck erweist sich damit als zonenwidrig. Daran ändert auch die rechtskräftige Bewilligung für das in dieser Zone (eigentlich ebenfalls zonenwidrige) Kulturzentrum nichts. Die Zonenwidrigkeit scheint im Übrigen auch der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nicht zu bestreiten. Zudem hat er den Bauabschlag vom 10. Juni 2014 gegen die mit Projektänderungsgesuch vom 27. Mai 2014 ersuchte, nahezu identische, dauerhaft installierte und farbige Koburam-Frontseite am selben Standort nicht angefochten und damit akzeptiert. Erst in der Eingabe vom 15. September 2021 bringt er sinngemäss vor, dass das Vorhaben mit dem Wechsel der Industriezonen zu Arbeitszonen zonenkonform wurde. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden; massgebend für die Beurteilung der Zonenkonformität ist einzig die in Art. 4 Abs. 1 GBR erwähnte Zonenumschreibung der Arbeitszone A (Industrie), welcher das Vorhaben wie ausgeführt nicht entspricht. Es steht damit fest, dass die strittige Koburam-Frontseite auch materiell rechtswidrig ist.

Die im Jahr 2014 ersuchte Koburam-Frontseite, welcher die Gemeinde – wie erwähnt – mit Entscheid vom 10. Juni 2014 den Bauabschlag erteilte, wies im Vergleich zur nun realisierten Installation einzig hinsichtlich der Höhe einen Unterschied auf. Währenddem die nun realisierte Koburam-Frontseite rund 11 m hoch ist, ersuchte der Beschwerdeführer damals um eine 12.5 m hohe Koburam-Frontseite, wobei beide Höhen das Dach der Industriehalle übersteigen. Die etwas tiefere Ausführung ändert nichts an der fehlenden Zonenkonformität, weshalb ein nachträgliches Baugesuch aufgrund rechtskräftiger Beurteilung des Bauvorhabens bzw. der massgebenden Frage (sog. «res iudicata») ausgeschlossen ist.⁸ Die Gemeinde durfte daher im Rahmen der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung auf den Hinweis zur Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs innert 30 Tagen (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG) verzichten.

f) Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und damit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist zu bejahen (vgl. E. 2d), selbst wenn das Kulturzentrum und die dort stattfindenden Aktivitäten in der Bevölkerung auf Zustimmung stossen, wie dies der Beschwerdeführer in der Eingabe vom 15. September 2021 betont. Der Beschwerdeführer gilt im baurechtlichen Sinn nicht als gutgläubig. So hat er die Koburam-Frontseite trotz des von ihm akzeptierten Bauabschlags vom 10. Juni 2014 für das praktisch identische Bauvorhaben mit der Absicht des dauernden Verbleibs erstellt, ohne im Besitze einer Baubewilligung zu sein. Aufgrund des erwähnten Bauabschlags hätte er zudem wissen müssen, dass dieses Vorhaben von der Gemeinde auch nicht wäre bewilligt worden.

Die Anordnung der Gemeinde, die Koburam-Frontseite jeweils fünf Tage nach dem jährlichen Fest zu demontieren, ist geeignet den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Eine mildere Massnahme, mit der dasselbe Ziel erreicht werden könnte, ist nicht ersichtlich. Daher ist die Anordnung erforderlich. Mit den vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Massnahmen bzw. Kompromissen (Figuren nicht farbig, sondern weiss/butterweiss bemalen; weisse Holzwand vor der Koburam-Frontseite, die temporär entfernt werden kann) wird der rechtmässige Zustand (Koburam-Frontseite nur während des jährlichen Festes) nicht erreicht, weshalb diese Vorschläge nicht als mildere Massnahme in Frage kommen. Schliesslich ist der jährliche Rückbau ohne übermässigen Aufwand möglich und damit zumutbar, selbst wenn dieser mit gewissen Kosten verbunden ist. Daran ändert auch der angeblich fehlende Lagerplatz für die Aufbewahrung der Figuren nichts, zumal dieses Argument wenig glaubhaft erscheint. Selbst wenn der Platz dafür in den eigenen Räumlichkeiten fehlen sollte, dürfte es für die Lagerung dieser Figuren in der Nähe

⁷ Baureglement der Gemeinde Toffen vom 31. August 2015, genehmigt durch das AGR am 4. Oktober 2016.

⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15.

eine Möglichkeit geben. Insgesamt erweist sich die Wiederherstellungsmassnahme als verhältnismässig.

3. Ergebnis und Kosten

a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Vertrauensgrundsatz nicht verletzt. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen und die angefochtene Wiederherstellungsverfügung ist zu bestätigen.

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten, Pläne und Fotos genügend überprüft bzw. festgestellt werden. Auf den vom Beschwerdeführer beantragten Augenschein konnte daher verzichtet werden, da von diesen Beweismitteln keine neuen relevanten Erkenntnisse zu erwarten waren. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.⁹

Für die vom Beschwerdeführer in Ziffer 2 seiner Beschwerde ersuchte Erlaubnis, die Koburam-Frontseite in diesem Jahr erst am 24. Juli zu demontieren, besteht kein Anlass, da dieser Termin bereits in der Vergangenheit liegt.

c) 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 CHF 1000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁰).

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

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Toffen vom 1. Juli 2021 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.00 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

⁹ BVR 2017 S. 255 E. 5.1, 2012 S. 252 E. 3.3.3, je mit Hinweisen.

¹⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

- C. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Toffen, Gemeindeverwaltung, 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.