



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2023/25

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 27. Oktober 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

und

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

betreffend Terrainhöhen, Rechtsverweigerungsbeschwerde

I. Sachverhalt

1. Die A. _____ AG reichte am 21. Dezember 2018 bei der Gemeinde Zollikofen ein Baugesuch ein für den Abbruch des bestehenden Einfamilienhauses mit Schopf und Neubau eines Mehrfamilienhauses mit sieben Wohnungen und einer Einstellhalle auf der Parzelle Zollikofen Grundbuchblatt Nr. F. _____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone W3. Gegen das Bauvorhaben erhob unter anderem der Beschwerdeführer Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 20. Juni 2019 erteilte die Gemeinde Zollikofen die Baubewilligung. Die dagegen vom Beschwerdeführer erhobene Beschwerde wies die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE, heute Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern, BVD) mit Entscheid vom 4. November 2019 ab (RA 110/2019/122) und das Verwaltungsgericht des Kantons Bern bestätigte diesen Entscheid (VGE 2019/402 vom 3. April 2020).

2. Nach Fertigstellung des bewilligten Gebäudes teilte der Beschwerdeführer der Gemeinde mit Schreiben vom 22. Dezember 2022 mit, ein Vergleich der im Baubewilligungsentscheid festgelegten Terrainhöhen mit der durch ihn in Auftrag gegebenen Analyse des ursprünglichen Terrains durch die B. _____ vom 13. September 2022 würde eine erhebliche Höhendifferenz der jeweiligen Messpunkte ergeben. Die Baubewilligungsbehörde habe nicht selbst geprüft, ob die Höhen stimmten, sondern verweise im Bauentscheid auf Geometerdaten, welche von der Bauherrschaft erhoben worden seien. Der Beschwerdeführer ersuchte die Gemeinde, ihm mitzuteilen, was sie unter diesen Umständen zu tun gedenke.

3. Am 11. Januar 2023 antwortete die Gemeinde, für die alte Liegenschaft G. _____ strasse 4 würden keine seinerzeitigen bewilligten Projektpläne oder Geländeaufnahmen bestehen. Beim Baugesuch 2018-0094 habe deshalb der Nachführungsgeometer der Gemeinde Zollikofen das massgebende Terrain aufgenommen. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Baubewilligungsbehörde an der ordnungsgemässen Aufnahme durch den langjährigen Nachführungsgeometer hätte zweifeln sollen. Diese Geländeaufnahmen seien durch die damaligen Einsprecher weder im Baubewilligungsverfahren noch im Beschwerdeverfahren bestritten worden. Die Baubewilligungsbehörde habe im Folgenden die Aufnahmen des Nachführungsgeometers als richtig befunden und gestützt darauf die Baubewilligung erteilt, welche von der BVD bestätigt worden sei. Das Verwaltungsgericht habe daraufhin diesen Entscheid bestätigt. Das Bauvorhaben sei den bewilligten Plänen entsprechend ausgeführt worden. Weitergehende Massnahmen seien aus Sicht der Baubewilligungsbehörde nicht angezeigt.

4. Mit Schreiben vom 26. Januar 2023 entgegnete der Beschwerdeführer, die Baubewilligungsbehörde sei verpflichtet, seine Angaben zu prüfen und allenfalls weitere Entscheide zu treffen. Er ersuche die Baubewilligungsbehörde, die notwendigen Schritte zu unternehmen und andernfalls eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Mit Schreiben vom 29. März 2023 ersuchte er die Gemeinde, ihm mitzuteilen, ob der vorgebrachte Sachverhalt überprüft werde oder nicht.

5. Mit Schreiben vom 30. März 2023 antwortete die Bauverwaltung der Gemeinde Zollikofen, die Baubewilligungsbehörde sei sich ihrer Aufgabe und der damit verbundenen Tragweite bewusst. Sie habe, wie der Entscheid der BVD in der vorliegenden Sache, der zugunsten der Baubewilligungsbehörde ausgefallen sei, zeige, rechtens gehandelt. Hätte die Baubewilligungsbehörde einen Fehler begangen, so hätte dies die BVD, die ebenfalls eine umfassende Prüfung der Baugesuchsakten, inklusive der Einspracheakten, vornehmen müsse, eingegriffen. Der Nachführungsgeometer habe beim Bauvorhaben 2018-0094 das massgebende Terrain auf Geheiss der Baubewilligungsbehörde nachgemessen und leicht zu Ungunsten der Bauherrschaft korrigiert. Aus den damaligen und den vorliegenden Unterlagen seien keine neuen Erkenntnisse hervorgegangen, die es rechtfertigen würden, weitere Schritte einzuleiten.

6. Am 18. April 2023 reichte der Beschwerdeführer Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bei der BVD ein. Er beantragte, die Gemeinde sei anzuweisen, ein baupolizeiliches Verfahren einzuleiten.

7. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Dabei gab es der Bauherrin A. _____ AG Gelegenheit, sich am Beschwerdeverfahren als Partei zu beteiligen. Von dieser Gelegenheit machte die Bauherrin keinen Gebrauch. Mit Beschwerdevernehmlassung vom 15. Mai 2023 beantragte die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde.

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

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)

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Nach Art. 49 Abs. 2 VRPG³ gilt als Verfügung auch das Verweigern oder Verzögern einer Verfügung. Da die BVD zuständig ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen baupolizeiliche Verfügungen, ist sie auch zuständig zur Behandlung entsprechender Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden.⁴ In diesem Fall gilt das Verweigern oder Verzögern einer Verfügung als Anfechtungsobjekt (Art. 60 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 49 Abs. 2 VRPG). Die BVD ist daher zur Beurteilung der vom Beschwerdeführer erhobenen Rechtsverweigerungsbeschwerde zuständig. Der Beschwerdeführer erhob die Beschwerde zudem rechtzeitig innert 30 Tagen (vgl. Art. 49 Abs. 1 BauG) nach dem letzten Schreiben der Gemeinde.⁵ Anzeigende, die als Nachbarinnen oder Nachbarn betroffen sind, können sich als Partei am baupolizeilichen Verfahren beteiligen (Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG) und Anträge stellen.⁶ Die Schreiben des Beschwerdeführers vom 22. Dezember 2022 und vom 26. Januar 2023 sind insbesondere mit Blick auf den im vorliegenden Verfahren gestellten Antrag als baupolizeiliche Anzeige einzustufen. Der Beschwerdeführer ist Nachbar der Parzelle mit der umstrittenen Liegenschaft. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

2. Vorbringen der Parteien

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass auf Grundlage der durch den Beschwerdeführer in Auftrag gegebenen Analyse des ursprünglichen Terrains im Bereich G._____strasse 4 und 6 im Vergleich mit dem bewilligten Plan eine erhebliche Höhendifferenz der jeweiligen Messpunkte ins Auge springe. Die Baubewilligungsbehörde habe die Richtigkeit der Terrainhöhen nicht selbst überprüft, sondern habe auf Geometerdaten verwiesen, welche von der Bauherrschaft erhoben worden seien. Die Gemeinde habe die Sachlage nicht abgeklärt und insbesondere keine anfechtbare Verfügung erlassen. Zudem habe sie sich nicht mit dem Argument auseinandergesetzt, dass der Nachführungsgeometer bloss das bestehende, nicht aber das gewachsene Terrain aufgenommen habe. Indem sie kein baupolizeiliches Verfahren eröffne, liege eine Rechtsverweigerung vor.

Die Gemeinde bringt vor, die damalige Bauherrschaft habe aufgrund der Einwände der Einsprecher das massgebende Terrain durch den Geometer ein zweites Mal bestimmen lassen. Die massgebenden Messpunkte seien aufgenommen worden und die Geländeaufnahmen vom 12. März 2019 seien von den Einsprechenden nicht bestritten und von der Baubewilligungsbehörde auch nicht beanstandet worden. Es lägen keine Beweismittel und Tatsachen vor, welche die Ergebnisse des Geometers in Frage stellen würden. Das bei der Bestimmung des massgebenden Terrains für die Parzelle Nr. E._____ (G._____strasse 6) entlang der Grenze zu Parzelle Nr. F._____ andere Höhekoten vom Geometer als massgebendes Terrain evaluiert worden seien, könne durch das Interpolieren der Koten erklärt werden und es sei wohl von anderen ursprünglichen Fixhöhen ausgegangen worden. Die

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

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 91; vgl. auch Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 48 N. 3

⁵ Vgl. Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 99

⁶ Zaugg/Ludwig Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 2a

Differenz sei vorliegend nicht relevant für das ordentlich bewilligte und gebaute Gebäude an der G._____strasse 4, könne aber später durchaus Einfluss auf eine spätere Bebauung der Parzelle Nr. E._____ haben. Es bestünden keine Anhaltspunkte, insbesondere keine wesentlichen neuen Tatsachen für eine Wiederaufnahme oder eine Revision der rechtskräftig erteilten Baubewilligung. Eine Prüfung des massgebenden Terrains auf Parzelle Nr. F._____ sei daher nicht zielführend.

3. Rechtsverweigerung

a) Bürgerinnen und Bürger haben Anspruch darauf, dass die Behörden Rechtsverhältnisse zwischen ihnen und dem Gemeinwesen mit (anfechtbarer) Verfügung regeln.⁷

b) Obwohl der Beschwerdeführer mehrfach den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangte, falls die Gemeinde nichts zu tun gedenke, erliess die Gemeinde keine solche. Vielmehr teilte sie ihm mit Schreiben vom 30. März 2023 zusammenfassend mit, dass aus den damaligen Baubewilligungsunterlagen und den vorliegenden Unterlagen keine neuen Erkenntnisse hervorgegangen seien, die es rechtfertigen würden, weitere Schritte einzuleiten. Dieses Schreiben ist nicht als Verfügung bezeichnet und genügt den Anforderungen an eine solche nicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 VRPG). Da der Beschwerdeführer als Nachbar sinngemäss eine baupolizeiliche Anzeige eingereicht und ausdrücklich eine anfechtbare Verfügung verlangt hat, hätte die Gemeinde ihren Entscheid in Form einer anfechtbaren Verfügung erlassen sollen.⁸ Durch ihre Weigerung, eine Verfügung zu erlassen, hat die Gemeinde damit eine Rechtsverweigerung begangen. Insoweit wird die Beschwerde gutgeheissen.

4. Folgen der Rechtsverweigerung

a) Die Gutheissung der Rechtsverweigerungsbeschwerde führt grundsätzlich nicht zur Gutheissung des Begehrens in der Hauptsache, sondern nur zur Anweisung der fehlbaren Behörde, unverzüglich mit einem förmlichen Entscheid über die Sache zu befinden. Nur ausnahmsweise fällt die Rechtsmittelinstanz auch gleich den Entscheid in der Hauptsache. Dies fällt nach der Rechtsprechung namentlich dann in Betracht, wenn der entscheidwesentliche Sachverhalt erstellt ist, die beschwerdeführende Partei eine materielle Auseinandersetzung mit ihrem Anliegen beantragt und die Verkürzung des Instanzenzugs für die Verfahrensbeteiligten keinen erheblichen Nachteil darstellt. In diesem Fall besteht kein zusätzliches Interesse an einer separaten Feststellung der Rechtsverweigerung und rechtfertigt es sich, die Entscheidzuständigkeit der Rechtsmittelinstanz auszudehnen.⁹

b) Diese Ausnahmekonstellation ist vorliegend erfüllt: Der entscheidrelevante Sachverhalt ist erstellt und sowohl der Beschwerdeführer als auch die Gemeinde haben sich im Beschwerdeverfahren zum Streitpunkt in der Hauptsache (Einleitung eines Baupolizeiverfahrens) geäußert. Der Beschwerdeführer beantragt zudem ausdrücklich, die Gemeinde sei anzuweisen, ein baupolizeiliches Verfahren einzuleiten. Die Verkürzung des Instanzenzugs stellt für die Verfahrensbeteiligten keinen erheblichen Nachteil dar. Vielmehr würde die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz einen formalistischen Leerlauf bedeuten und lediglich bewirken, dass die Gemeinde ihre bereits bekannte Haltung mittels Verfügung bestätigen würde. Die damit

⁷ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 91

⁸ Vgl. Zaugg/Ludwig Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 2a; BGE 130 II 521 E. 2.5

⁹ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 101

verbundene Verfahrensverlängerung wäre für den Beschwerdeführer ohne Gewinn. Unter diesen Umständen ist es im Interesse der Prozessökonomie angezeigt, ungeachtet der Rechtsverweigerung auf eine Rückweisung an die Gemeinde zum Erlass einer Verfügung zu verzichten. Der Rechtsverweigerung ist im Kostenpunkt Rechnung zu tragen.

5. Keine Einleitung eines Baupolizeiverfahrens

a) Die zuständige Baupolizeibehörde hat dafür zu sorgen, dass im Bauwesen die gesetzliche Ordnung eingehalten wird. Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung nicht eingehalten (vgl. Art. 46 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 2 Bst. a BauG) hat sie von Amtes wegen ein baupolizeiliches Verfahren einzuleiten. Sie hat dementsprechend einer Anzeige nachzugehen, mit der sie auf solche Verhältnisse hingewiesen wird und mindestens zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht, ob eine Baueinstellung und/oder ein Benützungsverbot angezeigt sind und ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen ist.¹⁰

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, bei der Erteilung der Baubewilligung sei von falschen Terrainhöhen ausgegangen worden. Damit macht er nicht geltend, das Bauvorhaben sei ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder es seien Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung nicht eingehalten worden. Insbesondere bringt er nicht vor, die Baute entspreche nicht den bewilligten Plänen. Dafür bestehen auch keine Hinweise. Die Gemeinde hat folglich zu Recht kein Baupolizeiverfahren eingeleitet.

c) Mit seinen Vorbringen stellt der Beschwerdeführer im Grunde die rechtskräftige Baubewilligung in Frage. Dafür stehen allenfalls die Verfahren um Widerruf oder Wiederaufnahme zur Verfügung. Da der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer ausdrücklich nur die Einleitung eines Baupolizeiverfahrens beantragt hat, ist nicht abschliessend zu prüfen, ob Gründe für einen Widerruf oder eine Wiederaufnahme vorliegen. Ein Widerruf würde vermutlich daran scheitern, dass die mit Baubewilligung vom 20. Juni 2019 bewilligte Baute bereits fertig erstellt ist und ein Widerruf folglich nur unter den erhöhten Anforderungen von Art. 43 Abs. 2 BauG zulässig wäre. Mithin sind keine Hinweise auf eine Irreführung oder eine Verletzung besonders gewichtiger öffentlicher oder privater Interessen vorhanden. Letzteres bejaht die Rechtsprechung nur, wenn mit der Baute derart schwerwiegende Nachteile verbunden wären, dass diese keinesfalls in Kauf genommen werden dürfen.¹¹ Eine Wiederaufnahme müsste innert 60 Tagen seit Entdeckung des Wiederaufnahmegrundes beantragt werden (Art. 56 Abs. 4 VRPG) und es bräuchte entschuldbaren Gründe, weshalb der Beschwerdeführer die Analyse nicht bereits im Baubewilligungsverfahren in Auftrag gegeben und eingebracht hat.¹²

6. Verfahrenskosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 1000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹³). Im Ergebnis hat die Gemeinde vorliegend zu Recht kein Baupolizeiverfahren eingeleitet. Hingegen hätte sie ihren Entscheid in einer anfechtbaren Verfügung erlassen sollen. Die Beschwerde ist daher einzig insofern gutzuheissen, als damit eine Rechtsverweigerung geltend gemacht wird. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer drei Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 750.–, aufzuerlegen. Die Gemeinde ist nicht

¹⁰ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 2 und 3

¹¹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 43 N. 6

¹² Vgl. dazu Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 56 N. 16

¹³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

in ihren Vermögensinteressen betroffen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 250.– trägt daher der Kanton.

b) Dem erwähnten Umfang des Unterliegens entsprechend hat der Beschwerdeführer ein Anrecht auf einen Viertel der Parteikosten. Die Kostennote des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers beläuft sich auf CHF 3'523.30 (Honorar CHF 3'250.00, Auslagen CHF 21.40, Mehrwertsteuer CHF 251.90). Diese gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Parteikosten des Beschwerdeführers betragen damit CHF 3'523.30. Davon hat die Gemeinde einen Viertel zu übernehmen. Die Gemeinde hat damit dem Beschwerdeführer Parteikosten in der Höhe von CHF 880.85 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als damit eine Rechtsverweigerung geltend gemacht wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten im Betrag von CHF 750.– zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Gemeinde Zollikofen hat dem Beschwerdeführer Parteikosten im Betrag von CHF 880.85 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher D. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Zollikofen, 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.



Kanton Bern
Canton de Berne

