



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2023/57

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 21. Dezember 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Ittigen, Rain 7, Postfach 226, 3063 Ittigen

betreffend Holzzaun, Rechtsverzögerung

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer wohnt auf der Parzelle Ittigen Grundbuchblatt Nr. B. _____. Direkt angrenzend liegt die Parzelle Ittigen Grundbuchblatt Nr. C. _____. Auf dieser wurde entlang der Grenze zur Parzelle Nr. B. _____ ein Holzzaun erstellt. Die Gemeinde Ittigen erteilte dafür am 8. September 2017 eine nachträgliche Baubewilligung. Die Parzelle Nr. C. _____ liegt in der Wohnzone W2.

Mit Schreiben vom 2. Mai 2020 wandte sich der Beschwerdeführer gemeinsam mit einer weiteren Partei an die Gemeinde Ittigen und machte geltend, der Holzzaun sei nicht entsprechend den bewilligten Plänen erstellt worden. Die Gemeinde Ittigen eröffnete ein Baupolizeiverfahren und gewährte der Bauherrschaft das rechtliche Gehör. Sie führte am 23. November 2021 einen Augenschein mit Parteiteilnahme durch, an dem die jeweilige Höhe des Zauns in den verschiedenen Abschnitten durch einen Geometer aufgenommen wurde. Die Gemeinde Ittigen gab den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Bauherrschaft teilte am 30. Juni 2022 u.a. mit, dass der Zaun seit der Aufnahme durch den Geometer teilweise in der Höhe gekürzt worden sei. Mit Verfügung vom 25. Januar 2023 forderte die Gemeinde die Bauherrschaft zur Einreichung entsprechender Beweise auf. Am 6. Juli 2023 antwortete die Gemeinde per E-Mail auf die Erkundigung des Beschwerdeführers nach dem Verfahrensstand. Sie stellte weitere Instruktionshandlungen nach den Ferien in Aussicht. Am 11. Juli 2023 reichte die Bauherrschaft bei der Gemeinde Ittigen zwei Fotodarstellungen ein, welche gemäss ihren Angaben die vorgenommenen Höhenkürzungen zeigten.

2. Am 4. September 2023 reichte der Beschwerdeführer beim Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland eine Rechtsverzögerungsbeschwerde gegen die Gemeinde Ittigen ein. Er beantragt die

Anweisung an die Gemeinde Ittigen, «umgehend die anstehenden Entscheide zu fällen und die Angelegenheit nun einem Abschluss zuzuführen». Das Regierungsstatthalteramt leitete die Beschwerde am 13. September 2023 zuständigkeitshalber an die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) weiter.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, gab dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 19. September 2023 Gelegenheit, die gemäss Beschwerdeschrift verschlüsselt elektronisch übermittelten Beschwerdebeilagen in Papierform einzureichen. Der Beschwerdeführer nahm diese Gelegenheit innert der dafür angesetzten Frist wahr. Am 25. September 2023 reichte er eine weitere Eingabe mit zusätzlichen Unterlagen ein, darunter eine am 22. September 2023 ergangene verfahrensleitende Verfügung der Gemeinde Ittigen im streitigen Baupolizeiverfahren, mit der dem Beschwerdeführer u.a. die Eingabe der Bauherrschaft vom 11. Juli 2023 zugestellt wurde.

Das Rechtsamt der BVD holte die Vorakten und eine Stellungnahme der Gemeinde Ittigen ein. Die Gemeinde Ittigen beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie weist in ihrer Stellungnahme vom 2. November 2023 darauf hin, dass sie die Bauherrschaft mit der Verfügung vom 22. September 2023 zur Einreichung tauglicher Beweismittel aufgefordert und dass die Bauherrschaft am 23. Oktober 2023 eine entsprechende Eingabe eingereicht habe.

Die Bauherrschaft hat mit Schreiben vom 3. November 2023 auf eine Verfahrensbeteiligung verzichtet.

4. Der Beschwerdeführer reichte am 23. November 2023 eine weitere Eingabe mit zusätzlichen Ausführungen ein. Die Gemeinde hat auf eine weitere Stellungnahme verzichtet. Sie teilte mit Eingabe vom 7. Dezember 2023 mit, dass sie zeitnah eine nächste verfahrensleitende Verfügung erlassen werde. Mit Verfügung vom 14. Dezember 2023 stellte sie den Anzeigenden das Schreiben der Bauherrschaft vom 23. Oktober 2023 zu und kündigte an, dass das Geometerunternehmen im Auftrag der Gemeinde am 10. Januar 2024 Nachmessungen durchführen werde. Der Beschwerdeführer erachtet gemäss Stellungnahme vom 16. Dezember 2023 diese Verfügung als zu wenig präzise. Er hält an der Rechtsverzögerungsbeschwerde fest.

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Baupolizeiliche Verfügungen können gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Das Verweigern oder Verzögern einer Verfügung wird einer Verfügung gleichgestellt (Art. 49 Abs. 2 VRPG³). Eine Rechtsverzögerung im Baupolizeiverfahren kann demnach gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG mit Beschwerde bei der BVD beanstandet werden.⁴ Der Beschwerdeführer ist am Baupolizeiverfahren der Gemeinde als Anzeiger beteiligt und damit zur Rechtsverzögerungsbeschwerde legitimiert.

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)

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

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

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 48 N. 3 und Art. 49 N. 2

b) Die Rechtsverzögerung kann grundsätzlich jederzeit mit Beschwerde geltend gemacht werden, wobei der Grundsatz von Treu und Glauben, der im Verfahren von allen Beteiligten zu beherzigen ist (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV⁵), die Beschwerdeeinreichung innert nützlicher Frist gebietet. Als Anhaltspunkt dienen die für den verzögerten Akt geltenden Beschwerdefristen. Für den Beginn des Fristenlaufs ist der Zeitpunkt massgebend, in dem die betroffene Person mit zureichenden Gründen annehmen muss, dass die Behörde Recht verzögert. Auf eine Verwirkung des Beschwerderechts wegen Rechtsverzögerung ist nur mit Zurückhaltung zu schliessen.⁶

Vorliegend kann kein konkreter Zeitpunkt als Beginn des Fristenlaufs bestimmt werden. Der Beschwerdeführer hat die Rechtsverzögerungsbeschwerde am 4. September 2023 eingereicht, nachdem die letzte verfahrensleitende Verfügung der Gemeinde am 25. Januar 2023 ergangen und die mit E-Mail der Gemeinde vom 6. Juli 2023 in Aussicht gestellte weitere Instruktion (noch) nicht erfolgt war. Der Beschwerdezeitpunkt ist mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar. Auf die Rechtsverzögerungsbeschwerde ist einzutreten.

2. Rechtsverzögerung

a) Von einer Rechtsverzögerung wird gesprochen, wenn die zum Handeln verpflichtete Behörde ein Verfahren ungebührlich verschleppt und damit gegen das sogenannte Beschleunigungsgebot verstösst. Dieses besagt, dass ein Verfahren innert angemessener Frist zu beenden ist. Das Beschleunigungsgebot steht dabei in einem Spannungsverhältnis zu anderen prozessualen Grundsätzen, die ebenfalls für ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren bürgen und entsprechend Zeit in Anspruch nehmen. Dies gilt namentlich für dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 18 Abs. 1 VRPG) und den Anspruch der Parteien auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 21 Abs. 1 VRPG).⁷

Für die Bestimmung der angemessenen Verfahrensdauer ist auf die gesamten Umstände des Falles abzustellen. Zu berücksichtigen ist insbesondere die Natur der Sache. Droht beispielsweise ein wachsender Schaden oder wird eine Person oder die Umwelt schwer belastet, so muss das Verfahren energischer vorangetrieben werden als in sonstigen Angelegenheiten. Massgebend sind weiter die Art des Verfahrens, die allfällige Schwierigkeit und Komplexität der Materie sowie das Verhalten der Beteiligten.⁸

Eine Rechtsverzögerungsbeschwerde zielt auf eine Anweisung an die zuständige Behörde, unverzüglich mit einem förmlichen Entscheid über die Sache zu befinden. In der Regel entscheidet die Rechtsmittelinstanz nicht selbst in der Hauptsache.

Das Einreichen einer Rechtsverzögerungsbeschwerde hindert die mit der Sache befasste Behörde nicht, weitere Verfügungen zu erlassen oder einen abschliessenden Entscheid zu treffen. Im Gegenteil: Darin liegt das eigentliche Ziel der Beschwerde. Ergeht während der Rechtshängigkeit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde ein Sachentscheid, wird das Beschwerdeverfahren gegenstandslos und ist von der angerufenen Rechtsmittelinstanz abzuschreiben.⁹

b) Nach Eingang der Anzeige vom 2. Mai 2020 eröffnete die Gemeinde ein Baupolizeiverfahren und gewährte der Bauherrschaft mit Verfügung vom 10. November 2020 das

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

⁶ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 99

⁷ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 96

⁸ Vgl. Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 97

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

rechtliche Gehör. Auf Gesuch der Bauherrschaft hin erstreckte sie die dafür angesetzte Frist mit Verfügung vom 23. Dezember 2020. Nachdem die Bauherrschaft sich geäußert hatte, kündigte die Gemeinde mit Verfügung vom 2. Juli 2021 an, dass sie einen Augenschein durchführen und die Höhe des Zauns durch ein Geometerunternehmen nachmessen lassen werde. Sie gab ausserdem den Anzeigenden Gelegenheit, sich im Baupolizeiverfahren als Partei zu konstituieren. Die Anzeigenden nahmen diese Gelegenheit mit Eingabe vom 19. Juli 2021 wahr und machten weitere Ausführungen. Mit Verfügung vom 18. November 2021 lud die Gemeinde die Parteien zum Augenschein ein. Dieser fand am 23. November 2021 statt. Am 20. April 2022 stellte die Gemeinde den Parteien das Messprotokoll des Geometerunternehmens und eine tabellarische Darstellung der Abweichungen von den bewilligten Plänen zu. Sie gab den Beteiligten Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen und kündigte an, dass sie das Baupolizeiverfahren bis Ende Juni 2022 abschliessen wolle. Auf Gesuch der Bauherrschaft erstreckte sie die Frist für die Einreichung von Schlussbemerkungen mit Verfügung vom 7. Juni 2022 und erneut mit Verfügung vom 22. Juni 2022. Mit Eingabe vom 30. Juni 2022 teilte die Bauherrschaft mit, dass sie zwei Pfosten des Zauns in der Höhe gekürzt habe. Die Gemeinde forderte die Bauherrschaft mit Verfügung vom 25. Januar 2023 auf, dafür Belege einzureichen. Die Bauherrschaft ersuchte zweimal um Fristerstreckung, reichte jedoch innert der beantragten zweiten Verlängerung bis 30. April 2023 keine Eingabe ein. Nachdem sich der Beschwerdeführer nach dem Stand des Verfahrens erkundigt hatte, teilte ihm die Gemeinde mit E-Mail vom 6. Juli 2023 mit, dass sie die Bauherrschaft nach den Ferien erneut zur Stellungnahme auffordern werde. Nachdem er von der Gemeinde keinen weiteren Bescheid erhalten hatte, reichte der Beschwerdeführer schliesslich am 4. September 2023 die Rechtsverzögerungsbeschwerde ein.

Die Gemeinde hat demnach auf die Anzeige des Beschwerdeführers zunächst mit den in der Sache angezeigten Instruktionsschritten reagiert. Sie hat den Sachverhalt gründlich abgeklärt und den Parteien des Baupolizeiverfahrens das rechtliche Gehör in gebotenem Umfang gewährt. Bis im Sommer 2022 trieb sie das Verfahren – wenn auch teilweise eher schleppend – vorwärts. Nachdem die Bauherrschaft am 30. Juni 2022 die Kürzung zweier Pfosten behauptet, aber nicht nachgewiesen hatte, geriet das Verfahren ins Stocken. Der Beschwerdeführer erhielt mit der Verfügung vom 25. Januar 2023 Kenntnis von dieser Eingabe der Bauherrschaft und der Aufforderung der Gemeinde an die Bauherrschaft, die behaupteten Höhenkürzungen am Zaun zu belegen. Danach erfolgten keine weiteren formellen Verfahrensschritte bis zur Einreichung der Rechtsverzögerungsbeschwerde am 4. September 2023. Im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung waren demnach seit der letzten Verfügung gut sieben Monate vergangen.

c) Das Verhalten der Bauherrschaft stellte die Gemeinde zweifellos vor Herausforderungen. Dennoch wäre es möglich und im Sinne des Beschleunigungsgebots nötig gewesen, das Verfahren nach der Eingabe der Bauherrschaft vom 30. Juni 2022 zielstrebigem seinem Abschluss entgegenzuführen. Nach Art. 20 Abs. 1 VRPG ist eine Partei, die aus einem Begehren eigene Rechte ableitet, zur Mitwirkung an der diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellung verpflichtet. Die Mitwirkungspflicht betrifft auch Parteien, die in einem von Amtes wegen eingeleiteten Verfahren Anträge stellen.¹⁰ Die Bauherrschaft hat mit ihrer Eingabe vom 30. Juni 2022 beantragt, dass auf baupolizeiliche Anordnungen zu verzichten sei, und dies u.a. mit den angeblich in der Zwischenzeit vorgenommenen Kürzungen bestimmter Zaunelemente begründet. Die Bauherrschaft traf daher eine Pflicht zur Mitwirkung an der diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellung.

Soweit eine Mitwirkungspflicht der Parteien besteht, wird der Amtsbetrieb, der mit der Untersuchungspflicht verbunden ist, eingeschränkt. Die instruierende Behörde ist nicht gehalten, weitere Abklärungen zu treffen, wenn ein Sachumstand von einer Partei zu ihrem Vorteil aufgeheilt

¹⁰ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 20 N. 2

werden könnte. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Fortsetzung des Verfahrens nur möglich ist, wenn eine entsprechende Mitwirkung durch die pflichtige Partei auch tatsächlich erfolgt. Im Rahmen des Gehörsanspruchs hat diese zwar den Anspruch, dass ihr die Möglichkeit der Mitwirkung eingeräumt wird. Insofern war es richtig, dass die Gemeinde die Bauherrschaft – wenn auch mit einer dem Beschleunigungsgebot widersprechenden Verzögerung von einem halben Jahr – zur Einreichung von Belegen für die behaupteten Höhenkürzungen am Zaun aufgefordert hat. Unterlässt allerdings die mitwirkungspflichtige Partei die ihr mögliche und zumutbare Mitarbeit, so kann und muss das Verfahren dennoch fortgesetzt werden. Eine ungerechtfertigt verweigerte oder ungenügende Mitwirkung kann diesfalls bei der Beweiswürdigung zu Lasten der nicht kooperativen Partei berücksichtigt werden.¹¹

Im hier streitigen Baupolizeiverfahren war es daher spätestens im Frühling 2023 geboten, dass die Gemeinde weitere Verfahrensschritte unternimmt. Die Bauherrschaft hatte zu diesem Zeitpunkt reichlich Gelegenheit zur Wahrnehmung ihres Gehörsanspruchs gehabt, auch wenn sie diese nicht wahrgenommen hat. Ein weiteres Zuwarten auf allfällige Eingaben der Bauherrschaft war nicht gerechtfertigt.

d) Bis zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung am 4. September 2023 unternahm die Gemeinde entgegen dem Beschleunigungsgebot keine weiteren formellen Schritte im Baupolizeiverfahren. Damit hatte der Beschwerdeführer begründeten Anlass zur Einreichung der Rechtsverzögerungsbeschwerde.

e) Mittlerweile hat die Gemeinde weitere Verfahrensschritte unternommen. Nachdem die verspätete Eingabe der Bauherrschaft vom 11. Juli 2023 aus Sicht der Gemeinde ungenügend war, hat sie mittels Verfügung vom 22. September 2023 eine weitere (ebenfalls verspätet eingereichte) Eingabe der Bauherrschaft vom 23. Oktober 2023 erwirkt, die Messdokumentationen für die behaupteten Kürzungen enthält. Da damit der Sachverhalt nach Ansicht der Gemeinde noch nicht genügend aufgeklärt wird, hat sie geometrische Nachmessungen veranlasst, welche am 10. Januar 2024 stattfinden werden.

Obwohl das Baupolizeiverfahren damit einen Schritt weiter getrieben wurde, ist das Beschwerdeverfahren nicht gegenstandslos geworden. Die Beschwerde zielt darauf ab, dass die Gemeinde zum zeitnahen Abschluss des Baupolizeiverfahrens angehalten wird. Dieses Interesse ist nicht hinfällig geworden. Der Beschwerdeführer hat denn auch mit seinen Eingaben vom 25. September 2023, vom 23. November 2023 und vom 16. Dezember 2023 zu erkennen gegeben, dass er an seiner Beschwerde festhält.

f) Unter Einbezug der seit Einreichung der Rechtsverzögerungsbeschwerde vorgenommenen Schritte ist jedoch nunmehr davon auszugehen, dass die Gemeinde das Baupolizeiverfahren auch ohne Anweisungen durch die angerufene Rechtsmittelbehörde zielstrebig und zeitnah einem Abschluss zuführen wird. Der Beschwerdeführer befürchtet zwar gemäss seinen Eingaben vom 23. November 2023 und vom 16. Dezember 2023 weitere Verfahrensverzögerungen. Die von der Gemeinde angeordneten Nachmessungen sollen aber zeitnah erfolgen; sie sind zur Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhalts geeignet. Ob und inwiefern die Ergebnisse der Nachmessung eine Überschreitung der Baubewilligung aufzeigen und Anlass zu baupolizeilichen Anordnungen geben, wird die Gemeinde in ihrer abschliessenden Verfügung zu beurteilen haben. Es ist daher nicht mit weiteren Verfahrensverzögerungen zu rechnen.

¹¹ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 20 N. 7

3. Ergebnis und Kosten

a) Aufgrund des Gesagten besteht kein Anlass, der Gemeinde mit dem vorliegenden Entscheid Anweisungen zu erteilen. Im Ergebnis ist daher die Beschwerde abzuweisen.

b) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 400.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹²).

Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebietet eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Vorliegend ist als besonderer Umstand zu würdigen, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung begründeten Anlass zur Geltendmachung einer Rechtsverzögerung hatte. Dass die Beschwerde dennoch letztlich abzuweisen ist, ist darauf zurückzuführen, dass die Gemeinde unterdessen – möglicherweise beeinflusst durch die hängige Rechtsverzögerungsbeschwerde – weitere Schritte zur Fortsetzung des Baupolizeiverfahrens unternommen hat und deshalb ein zeitnaher Verfahrensabschluss nunmehr auch ohne diesbezügliche Anweisungen zu erwarten ist. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer trotz des formellen Unterliegens keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Gemeinde trägt gemäss Art. 108 Abs. 2 VRPG keine Verfahrenskosten. Die Verfahrenskosten werden daher vom Kanton getragen.

c) Ersatzfähige Parteikosten sind nicht angefallen.

III. Entscheid

1. Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 16. Dezember 2023 wird der Gemeinde Ittigen zugestellt.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Herrn A. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Ittigen, mit Beilage gemäss Dispositivziffer 1, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dispositivziffern 2 bis 4 dieses Entscheids können 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.