

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2014/140

Bern, 30. März 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Gsteig, Gemeindeverwaltung, Gsteigstrasse 9,
3785 Gsteig b. Gstaad

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Gsteig vom
6. November 2014 (Baugesuch Nr. 1623/2014; Parkplatzerweiterung, Abschreibung)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner begann bei seiner Liegenschaft auf Parzelle Gsteig Gbbl. Nr. E. _____ weitere Parkplätze zu erstellen. Das Grundstück liegt in der Gewerbe- / Wohnzone GW3. Nachdem die Gemeinde Kenntnis der unbewilligten Bauarbeiten erhalten hatte, verfügte sie die Baueinstellung. Am 24. April 2014 reichte der Beschwerdegegner ein nachträgliches Baugesuch ein für die Erweiterung des südseitigen Parkplatzes von sieben

auf elf Parkplätze. Dagegen erhob unter anderem der Beschwerdeführer am 28. Mai 2014 Einsprache. Mit E-Mail vom 22. August 2014 forderte der Beschwerdeführer die Gemeinde auf, dem Beschwerdegegner unter Androhung von Straffolgen zu gebieten, die bereits ausgeführten Arbeiten auf der Parzelle Nr. E._____ rückgängig zu machen und die auf der Parzelle Nr. F._____ gelagerten Gegenstände zu entfernen. Die Gemeinde verwies auf das laufende Baubewilligungsverfahren betreffend die Parzelle Nr. E._____ und erklärte, dass kein Handlungsbedarf bestehe. Was die Gegenstände auf der Parzelle Nr. F._____ anbelange, seien diese in der Zwischenzeit geräumt worden. Mit E-Mail vom 18. September 2014 bekräftigte der Beschwerdeführer gegenüber der Gemeinde seine Forderung nach Wiederherstellung des Terrains auf Parzelle Nr. E._____. Die Gemeinde verwies wiederum auf den baldigen Bauentscheid. Am 8. Oktober 2014 forderte die Gemeinde den Beschwerdegegner auf, seine Baueingabe zu verbessern. Am 13. Oktober 2014 zog der Beschwerdegegner sein Baugesuch schriftlich zurück. Mit Abschreibungsverfügung vom 6. November 2014 schrieb die Gemeinde Gsteig das Baugesuch als erledigt vom Geschäftsverzeichnis ab, und eröffnete die Verfügung auch den Einsprechern.

2. Mit E-Mail vom 8. November 2014 informierte der Beschwerdeführer die Gemeinde, dass der Beschwerdegegner weiter baue. Erneut verlangte er ein unverzügliches Einschreiten der Baupolizeibehörde, den Erlass eines Baustopps und die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Die Gemeinde teilte dem Beschwerdeführer mit Brief vom 11. November 2014 mit, dass sie ihn bedauerlicherweise nicht über die weiteren Schritte informiert habe. Sie habe mit dem Beschwerdegegner nach Erlass der Abschreibungsverfügung vor Ort die Wiederherstellung der begonnenen Arbeiten besprochen. Sie gab dem Beschwerdeführer die einzelnen Massnahmen bekannt und hielt fest, es bestehe kein weiterer Handlungsbedarf. Mit E-Mail vom 1. Dezember 2014 an die Gemeinde rügte der Beschwerdeführer, dass die Abschreibungsverfügung erlassen worden sei, ohne den Einsprechern das rechtliche Gehör zu gewähren. In der Abschreibungsverfügung seien keine Wiederherstellungsmassnahmen angeordnet worden, und die vom Beschwerdegegner vorgenommenen Arbeiten entsprächen auch nicht der Vereinbarung mit der Gemeinde. Er beantragte, dass die Abschreibungsverfügung in Wiedererwägung gezogen werde und ein neuer Entscheid erlassen werde. Mit E-Mail vom 8. Dezember 2014 antwortete die Gemeinde, eine Wiedererwägung dränge sich nicht auf. Es sei richtig, dass die geforderten Massnahmen noch nicht oder nur als Provisorien

ausgeführt worden seien. Sie habe deshalb mit dem Beschwerdegegner die Massnahmen konkretisiert und als Ausführungstermin Freitag, 19. Dezember 2014 bestimmt.

3. Am 6. Dezember 2014 reichte der Beschwerdeführer gegen die Abschreibungsverfügung Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

- «Die angefochtene Abschreibungsverfügung sei aufzuheben, eventuell nichtig zu erklären.
- Das Baugesuch Nr. 1623/2014 von Herrn C._____ sei abzuweisen.
- Es sei vom dafür zuständigen Amt eine Expertise über die Sicherheit der geplanten Einfahrt der Strasse G._____ in die Kantonsstrasse anzuordnen.»

Weiter beantragt er, die Abschreibungsverfügung sei zur Vervollständigung an die Vorinstanz zurückzuweisen, da Anordnungen fehlten, wie und wann der rechtmässige Zustand wiederherzustellen sei.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Der Beschwerdegegner stellt mit Beschwerdeantwort vom 8. Januar 2015 folgende Rechtsbegehren:

1. «Die Beschwerde von A._____ betreffend die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs sei abzuweisen.
2. Soweit A._____ weitergehende Rügen vorbringt, sei darauf nicht einzutreten. Eventualiter seien die weitergehenden Rügen abzuweisen.»

Die Gemeinde nahm mit Eingabe vom 8. Januar 2015 Stellung zur Beschwerde, ohne einen expliziten Antrag zu stellen. Gestützt auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 11. Februar 2015 gab das Rechtsamt den Parteien Gelegenheit zu einem weiteren Schriftenwechsel. Der Beschwerdegegner äusserte sich mit Eingabe vom 20. Februar 2015, der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 26. Februar 2015. Gestützt auf diese Eingaben reichten der Beschwerdegegner am 16. März 2015 und die Gemeinde am 18.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

März 2015 eine Stellungnahme ein. Die Gemeinde beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die übrigen Beteiligten halten an ihren Anträgen fest.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine Abschreibungsverfügung, die gestützt auf den Rückzug des nachträglichen Baugesuchs erging. Gegen die Abschreibungsverfügung steht das gleiche Rechtsmittel wie gegen den Sachentscheid offen (Art. 39 Abs. 2 VRPG²). Bauentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer war als Einsprecher am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Die Beschwerdelegitimation setzt weiter voraus, dass der Beschwerdeführer durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat (Art. 40 Abs. 5 BauG i.V.m. Art 65 Bst. b und c VRPG). Der Beschwerdeführer ist Eigentümer von mehreren Stockwerkeinheiten auf der Parzelle Nr. H._____, die gegenüber dem Bauvorhaben liegt, und insofern in seinen Interessen betroffen.

c) Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht. Bei fristgebundenen Eingaben müssen auch der Antrag und die Begründung innert der Frist eingereicht sein (Art. 33 Abs. 3 VRPG). Der Beschwerdeführer hat seinen Eventualantrag, die Abschreibungsverfügung sei nichtig zu erklären, in der Beschwerde in keiner Weise begründet. Die Beschwerde genügt insofern der Begründungspflicht nicht. In seiner

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

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

Stellungnahme vom 26. Februar 2015 hat er eine Begründung für dieses Eventualbegehren nachgereicht. Dies ist verspätet, darauf ist nicht einzutreten. Die Rüge des Rechtsmissbrauchs hat der Beschwerdeführer erstmals in der Stellungnahme vom 26. Februar 2015 erhoben. Auch darauf kann nicht eingetreten werden. Unter diesem Vorbehalt ist grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten. Ob auf die einzelnen Rügen eingetreten werden kann, ist in den Erwägungen zu prüfen.

2. Abschreibungsverfügung

a) Der Beschwerdeführer rügt, dass er vor dem Erlass der Abschreibungsverfügung nicht angehört worden sei, was sein rechtliches Gehör verletze. Ausserdem seien in der Abschreibungsverfügung keine Anordnungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verfügt worden. Die vom Beschwerdegegner erstellte Abgrenzung entspreche nicht der Vereinbarung mit der Gemeinde. Zudem rügt er eine mangelnde Verkehrssicherheit eines weiteren Parkplatzes bei der Einmündung der Strasse G._____ in die Kantonsstrasse.

b) Die Abschreibungsverfügung erging gestützt auf den Rückzug des nachträglichen Baugesuchs. Wird mit der Ausführung eines baubewilligungspflichtigen Bauvorhabens begonnen, bevor eine Baubewilligung eingeholt wird, sieht das Baugesetz vor, dass die Gemeinde eine Baueinstellungsverfügung erlässt (Art. 46 Abs. 1 BauG) und danach mit einer Wiederherstellungsverfügung eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands setzt (Art. 46 Abs. 2 BauG). Mit der Wiederherstellungsverfügung ist der Bauherrschaft Gelegenheit zu geben, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist gegebenenfalls zu prüfen, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann (Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG). Bei vollständiger oder teilweiser Bewilligung des Bauvorhabens fällt die Wiederherstellungsverfügung im entsprechenden Umfang dahin (Bst. d). Im Falle des Bauabschlags entscheidet die Baubewilligungsbehörde darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, sie setzt dafür gegebenenfalls eine neue Frist (Bst. e).

c) Mit dem Institut des nachträglichen Baugesuchs räumt der Gesetzgeber den unrechtmässig Bauenden die Möglichkeit ein, das Bauvorhaben formell legalisieren zu

lassen, da es unverhältnismässig wäre, eine an sich materiell bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der förmlichen Baubewilligung beseitigen zu lassen.⁴ Bei Verfahren, die nur auf Gesuch hin durchgeführt werden, wie beispielsweise dem Baubewilligungsverfahren, gilt vollumfänglich die Dispositionsmaxime.⁵ Ob der Bauherr ein nachträgliches Baugesuch einreichen will oder nicht, liegt deshalb in seinem Ermessen. Ebenso steht es der Bauherrschaft frei, ein eingereichtes Baugesuch wieder zurückzuziehen. Dies gilt auch bei einem nachträglichen Baugesuch, allerdings sind die weiteren Folgen nicht gleich wie beim Rückzug eines ursprünglichen Baugesuchs. Der Unterschied besteht darin, dass bei Letzterem das gesamte Verfahren beendet ist, während bei einem nachträglichen Baugesuch nur das Baubewilligungsverfahren dahinfällt, aber noch ein Wiederherstellungsverfahren durch- bzw. weitergeführt und zu einem Abschluss gebracht werden muss. Der Beschwerdegegner hat mit dem Rückzug seines Baugesuchs somit nur darauf verzichtet, für die Nutzung der inzwischen bereits befestigten Fläche als Parkplatz eine Baubewilligung einzuholen. Er nimmt damit in Kauf, dass die ausgeführten Arbeiten nur noch im Rahmen der Verhältnismässigkeit von Wiederherstellungsmassnahmen summarisch auf ihre materielle Rechtmässigkeit geprüft werden.⁶ Dies stellt kein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar.

e) Mit dem Rückzug des Baugesuchs ist das rechtserhebliche Interesse am Erlass eines Bauentscheides dahingefallen. Die Gemeinde muss dem Rückzug stattgeben und das Baubewilligungsverfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG). Dazu werden die weiteren Verfahrensbeteiligten nicht angehört, zumal es sich bei der Abschreibung nur um eine verfahrensrechtliche Erledigung handelt und der Rückzug des Baugesuchs ohnehin alleinige Entscheidung des Baugesuchstellers ist. Das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV⁷) der Einsprecher wird daher nicht verletzt, wenn sie vor der Abschreibungsverfügung nicht über den Rückzug des Baugesuchs informiert werden. Weil der Gemeinde der Verfahrensgegenstand entzogen wurde, wäre es ihr verwehrt, trotzdem einen Bauentscheid zu erlassen.⁸ Das Baugesetz bestimmt nur für den Fall, dass dem nachträglichen Baugesuch der Bauabschlag erteilt wird, dass zugleich über

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 14

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 50 N. 2

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 15a

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 50 N. 2; Art. 39 N. 1-2, 4

die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes entschieden werden muss (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Gemeinde hätte zeitgleich mit der Abschreibungsverfügung auch eine Wiederherstellungsverfügung erlassen können, verpflichtet dazu war sie aber nicht, zumal es sich um zwei separate Verfügungen handelt.

f) Ein Grossteil der Vorbringen des Beschwerdeführers bezieht sich auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bzw. deren Umsetzung. Dies geht über den Gegenstand hinaus, der mit der angefochtenen Abschreibungsverfügung geregelt wurde bzw. geregelt werden konnte. Darauf kann nicht eingetreten werden. Die Gemeinde hat mit dem Beschwerdegegner bereits Vereinbarungen über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes getroffen, soweit bekannt aber bisher noch keine Wiederherstellungsverfügung erlassen. Sofern der Beschwerdeführer durch die baurechtswidrigen Verhältnisse in schutzwürdigen Interessen betroffen ist, kann er sich im Wiederherstellungsverfahren als Partei beteiligen (Art. 12 VRPG; Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG).⁹

g) Zusammenfassend gehen die Rügen zum Bauabschlag und zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes über den Streitgegenstand hinaus, der mit der angefochtenen Abschreibungsverfügung geregelt wurde. Darauf kann nicht eingetreten werden. Aus gleichem Grund kann auch auf die Rüge zum Parkplatz bei der I. _____ -strasse / Kantonsstrasse nicht eingetreten werden. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden konnte.

3. Kosten

a) 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 Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁰).

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 2a

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

b) Der Beschwerdeführer hat zudem dem Beschwerdegegner die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV¹¹ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– 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 KAG¹²). Im vorliegenden Fall ist die Bedeutung der Sache und die Schwierigkeit der umstrittenen Rechtsfragen als deutlich unterdurchschnittlich, der gebotene Zeitaufwand aufgrund der weiteren Stellungnahme als durchschnittlich zu werten. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 3'500.– als angemessen. Hinzu kommen Fr. 116.– Auslagen sowie 8% Mehrwertsteuer im Betrag von Fr. 289.30, ausmachend insgesamt Fr. 3'905.30.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Die Abschreibungsverfügung der Gemeinde Gsteig bei Gstaad vom 6. November 2014 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Der Beschwerdeführer hat dem Beschwerdegegner die Parteikosten im Betrag von Fr. 3'905.30 (inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen) zu ersetzen.

¹¹ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

¹² Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, mit Gerichtsurkunde
- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Gsteig, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer,
Regierungspräsidentin