



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2021/31

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 8. Juli 2021

Das Verwaltungsgericht ist auf eine erhobene Beschwerde gegen diesen Entscheid nicht eingetreten (VGE 2021/249 vom 11.11.2021).

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **C.** _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt A. _____

und

Herrn **F.** _____
Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt G. _____

sowie

Gemeinde Ins, Gemeindeverwaltung, Dorfplatz 2, 3232 Ins

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ins vom 25. August 2017 (Baugesuch Nr. 2017-0024) sowie die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Ins vom 27. Januar 2021 (Sitzplatzüberdachung)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner ist Eigentümer des Grundstücks Ins Grundbuchblatt Nr. J. _____, welches im Perimeter der Überbauungsordnung Nr. 5 «B. _____» (UeO Nr. 5) liegt. Auf dem Grundstück befindet sich ein bereits bestehendes Wohnhaus, das sich über drei weitere Grundstücke zu einem Reihnhaus erstreckt. Am 21. Juli 2017 reichte der Beschwerdegegner bei der Gemeinde Ins ein Baugesuch ein für eine Vergrösserung seiner Sitzplatzüberdachung.¹ Gleichzeitig reichte er auch das Formular ZN «Schriftliche Zustimmung der Nachbarn» ein.² In der Folge erteilte die Gemeinde Ins am 25. August 2017 ohne vorgängige

¹ Vorakten, pag. 1-3.

² Vorakten, pag. 4.

Veröffentlichung des Gesuchs die kleine Baubewilligung.³ Die Bauarbeiten starteten am 9. April 2018.⁴ Der Beschwerdegegner reichte der Gemeinde Ins am 6. Mai 2018 das Formular SB2 «Selbstdeklaration Baukontrolle» ein und bestätigte damit die Bauausführung nach Baubewilligung.⁵ Mit Beschluss vom 9. Juli 2018 hat die Baukommission auf eine Baukontrolle verzichtet.

2. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2020 gelangte die Beschwerdeführerin an die Baubehörde der Gemeinde Ins und zeigte eine illegale Baute auf dem Grundstück des Beschwerdegegners an, die Lärm verursache. Weiter verlangte sie die vollständige Entfernung dieser Baute. Gestützt darauf führte der Gemeindeschreiber einen kurzen Augenschein vor Ort durch und teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 29. Dezember 2020 mit, er habe weder eine illegale Baute im Garten festgestellt noch eine Lärmquelle wahrgenommen und bat die Beschwerdeführerin um genauere Angaben zum Störobjekt. Dieser Aufforderung kam die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. Januar 2021 nach und führte aus, der mit Plexiglas gedeckte Sitzplatz samt Holzboden und eine über 2 m hohe Holzwand verursache Lärm. Zudem stellte sie die Brandgefahr dieser Holzkonstruktion infrage. Weiter hielt sie fest, die Baute befinde sich weniger als 20 cm von ihrer Grundstücksgrenze entfernt. Die Gemeinde führte am 7. Januar 2021 im Beisein des Beschwerdegegners einen informellen Augenschein durch. Am 22. Januar 2021 informierte sie die Beschwerdeführerin unter anderem über die am 27. August 2017 erteilte Baubewilligung für die Vergrösserung der Sitzplatzüberdachung und verwies dabei gleichzeitig auf die Zustimmung per Unterschrift der betroffenen Nachbarin Frau D. _____ auf dem Formular ZN. Die Beschwerdeführerin teilte dem Gemeinderat am 23. Januar 2021 mit, sie sei seit 2016 Eigentümerin des Grundstücks und habe das Formular nicht unterzeichnet. Demnach sei die Baubewilligung unrechtmässig ausgestellt worden und die Baute entspreche auch nicht dem Baugesuch. Abschliessend hielt sie fest, werde ihrem Antrag nicht entsprochen, so sei ihr dies in einem beschwerdefähigen Entscheid zu eröffnen.

3. Mit Verfügung vom 27. Januar 2021 rekapitulierte die Baupolizeibehörde den Sachverhalt und eröffnete der Beschwerdeführerin wie auch dem Beschwerdegegner folgenden Beschluss:

1. Eine Kopie der Baubewilligung vom 25. August 2017 für die Vergrösserung der Sitzplatzüberdachung auf dem Grundstück K. _____ weg 31, Parzelle Nr. J. _____, wird der Anstösserin hiermit nachträglich eröffnet.
2. [Verfahrenssprache]
3. [Rechtsmittelbelehrung gegen diese Verfügung und/oder die Baubewilligung vom 25. August 2017]
4. [Eröffnung]

4. Am 26. Februar 2021 reichte die nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) eine «Baubeschwerde gemäss Art. 40 BauG verbunden mit einem Gesuch um Erlass einer Verfügung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes» ein. Als Betreff gibt sie «die Verfügung vom 27. Januar 2021 und die am 25. August 2017 erteilte kleine Baubewilligung» an und stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Die von der Beschwerdeführerin [recte: Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ins] am 25. August 2017 dem Beschwerdeführer [recte: Beschwerdegegner] erteilte kleine Baubewilligung sei zu widerrufen;

³ Vorakten, pag. 12.

⁴ Vorakten, pag. 13.

⁵ Vorakten, pag. 14.

2. Die Beschwerdeführerin [recte: Baupolizeibehörde der Gemeinde Ins] sei anzuweisen, die Wiederherstellung [recte: Wiederherstellung] des rechtmässigen Zustandes gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG zu verfügen;

Eventualiter

3. Die angefochtene Verfügung vom 27. Januar 2021 sei aufzuheben und die Baupolizeibehörde von Ins anzuweisen, die Rechtmässigkeit der am 6. Mai 2018 als fertiggestellt gemeldeten und im Dezember 2020 vervollständigten Baute an Ort und Stelle unter Anwesenheit der Parteien zu prüfen, bzw. derer Unrechtmässigkeit festzustellen, und anschliessend die Wiederherstellung [recte: Wiederherstellung] des rechtmässigen Zustandes zu verfügen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Wesentlichen bringt sie vor, statt ihre Mutter als Nachbarin hätte sie als Eigentümerin dem Bauvorhaben des Beschwerdegegners zustimmen müssen. Die Gemeinde habe die kleine Baubewilligung ohne Kontrolle der Eigentumsverhältnisse im Grundbuch erteilt. Die Baute sei nicht gemäss den Bauplänen erstellt worden und der Grenzabstand werde nicht eingehalten. Zudem werde die gute Gesamtwirkung verletzt. Da die kleine Baubewilligung zu Unrecht erteilt worden sei, müsse sie widerrufen werden. Der rechtmässige Zustand sei wiederherzustellen.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁶, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde führt in ihrer Stellungnahme vom 29. März 2021 aus, sie habe bei der Überprüfung der Bauakten aus dem Jahr 2017 festgestellt, dass nicht die Beschwerdeführerin als Eigentümerin, sondern ihre Mutter als Nachbarin die Zustimmung zum Bauvorhaben unterzeichnet habe. Dies sei im Baubewilligungsverfahren übersehen worden, weshalb sie der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. Januar 2021 die Baubewilligung nachträglich eröffnet habe. Die Gemeinde verweist zudem auf gewisse Abweichungen zwischen den bewilligten Plänen und der aktuellen Situation vor Ort. Hierzu hält sie fest, möglicherweise seien aber nicht alle diese Abweichungen für sich baubewilligungspflichtig. Weiter macht sie geltend, es könne davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin von der Baute nicht erst im Dezember 2020 Kenntnis erhalten habe und unter diesem Aspekt die Beschwerde verspätet sei. Mit Beschwerdeantwort vom 1. April 2021 beantragt der Beschwerdegegner, auf die Rechtsbegehren sei nicht einzutreten. Im Eventualbegehren beantragt er die Abweisung der Rechtsbegehren. In formeller Hinsicht stellt er die Frage nach dem Anfechtungsobjekt der Beschwerde. Er führt aus, bei der Verfügung vom 27. Januar 2021 handle es sich um eine verfahrensleitende Verfügung. Diese sei nicht anfechtbar, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden könne. Bezüglich der kleinen Baubewilligung vom 25. August 2017 hält er fest, dass die Beschwerdefrist abgelaufen sei und deshalb auch auf dieses Anfechtungsobjekt nicht eingetreten werden könne. In materieller Hinsicht macht er geltend, dass die kleine Baubewilligung mit Zustimmung der betroffenen Nachbarin und Nutzniesserin erfolgt sei. Zudem könne die Rüge von weiteren Arbeiten im Dezember 2020 nicht gehört werden, da Gegenstand einer allfälligen Baubeschwerde nur die ursprüngliche Baubewilligung sein könne. Nachträgliche Arbeiten seien demnach nicht Gegenstand des Baugesuchs. Im Übrigen sei ihm die Baubewilligung erteilt worden, da sämtliche relevanten öffentlich-rechtlichen Bestimmungen eingehalten seien.

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

⁶ 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

a) Angefochten ist eine von der Baupolizeibehörde der Gemeinde Ins erlassene Verfügung, mit welcher sie der Beschwerdeführerin nachträglich eine Kopie der kleinen Baubewilligung vom 25. August 2017 für die Vergrösserung der Sitzplatzüberdachung auf dem Grundstück des Beschwerdegegners (Parzelle Ins Grundbuchblatt Nr. J. _____) eröffnet hat. Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁷ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Nachbarparzelle Ins Grundbuchblatt Nr. L. _____ und kann sich daher am baupolizeilichen Verfahren beteiligen (Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG). Da ihrem Antrag auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht Folge geleistet worden ist, ist sie durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung befugt (Art. 65 Abs. 1 VRPG⁸). Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Rechtskraft der Baubewilligung vom 25. August 2017

a) Der Beschwerdegegner reichte am 21. Juli 2017 ein Baugesuch ein für die Vergrösserung der Sitzplatzüberdachung auf seiner Parzelle Ins Grundbuchblatt Nr. J. _____. Die Gemeinde Ins hat das Baugesuch des Beschwerdegegners weder publiziert noch den Nachbarinnen und Nachbarn mitgeteilt, da der Beschwerdegegner seinem Baugesuch die schriftliche Zustimmung der Nachbarn eingereicht hat. In der Folge wurde am 25. August 2017 die kleine Baubewilligung ohne Veröffentlichung gemäss Art. 27 BewD⁹ erteilt.

Mit Schreiben vom 23. Januar 2021 teilte die Beschwerdeführerin dem Gemeinderat der Gemeinde Ins mit, sie sei seit 2016 Eigentümerin der Parzelle Ins Grundbuchblatt Nr. L. _____ und habe nichts unterschrieben. Sie führte weiter aus, das Verfahren sei nicht eingehalten worden und somit sei keine Baubewilligung ergangen. Die Baupolizeibehörde der Gemeinde Ins eröffnete der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. Januar 2021 nachträglich eine Kopie der kleinen Baubewilligung vom 25. August 2017 (vgl. Ziff. III./1.). Gleichzeitig hat sie diese Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung zur Anfechtung der Verfügung und/oder der Baubewilligung vom 25. August 2017 versehen (vgl. Ziff. III./3.).

b) Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin führt in ihrer als «Baubeschwerde gemäss Art. 40 BauG» benannten Eingabe vom 26. Februar 2021 aus, die kleine Baubewilligung vom 25. August 2017 sei zu Unrecht erfolgt. Sie sei demzufolge zu widerrufen.

Der Beschwerdegegner hält in seiner Beschwerdeantwort fest, soweit die Beschwerdeführerin die kleine Baubewilligung vom 25. August 2017 als Anfechtungsobjekt betrachte, habe sie die Beschwerdefrist verpasst. Auf ihre Beschwerde vom 26. Februar 2021 könne nicht eingetreten werden.

Auch die Gemeinde kommt in ihrer Stellungnahme zum Schluss, die Beschwerde sei verspätet.

⁷ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

c) Bauentscheide können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 BauG). Die BVD ist daher zur Beurteilung der eingereichten Beschwerde zuständig. Zur Baubeschwerde befugt sind gemäss Art. 40 Abs. 2 BauG die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde. Personen, die zur Einsprache befugt gewesen wären, aber unverschuldeterweise am erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren nicht teilnehmen konnten, können einen Bauentscheid gegebenenfalls nachträglich anfechten (Art. 65 Abs. 1 VRPG).¹⁰ Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Parzelle Ins Grundbuchblatt Nr. L._____. Direkt daran angrenzend liegt die Parzelle Ins Grundbuchblatt Nr. J._____, die im Eigentum des Beschwerdegegners liegt. Durch Bauvorhaben auf dem beschwerdegegnerischen Grundstück ist sie unmittelbar in ihren eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen. Daher wäre die Beschwerdeführerin im Baubewilligungsverfahren zur Einsprache befugt gewesen (vgl. Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG). Da sie dem Bauvorhaben weder zugestimmt noch davon eine Mitteilung erhalten hat (vgl. Art. 27 Abs. 1 und 4 BewD), war die Beschwerdeführerin unverschuldet nicht am Baubewilligungsverfahren beteiligt. Sie kann daher grundsätzlich noch nachträglich Beschwerde bei der BVD erheben.

d) Da eine zu Unrecht erfolgte Nichtbeteiligung einer einspracheberechtigten Person am Baubewilligungsverfahren in aller Regel auch eine mangelhafte Eröffnung des Bauentscheids an diese Person nach sich zieht, richtet sich der Fristenlauf für eine nachträgliche Baubeschwerde nach den für eine mangelhafte oder fehlende Eröffnung einer Verfügung geltenden Regeln.¹¹ Einspracheberechtigte, die im Baubewilligungsverfahren keine Gelegenheit erhalten haben, Einsprache zu erheben, können sich demzufolge innert 30 Tagen seit Kenntnis des massgebenden Sachverhalts mit Baubeschwerde gegen die Baubewilligung zu Wehr setzen. Die Baubewilligung entfaltet in diesen Fällen sogenannte "hinkende Rechtskraft". Die Kenntnis des massgebenden Sachverhalts ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts dann gegeben, wenn die beschwerdeberechtigte Person im Besitz der für die erfolgreiche Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Informationen ist bzw. bei gebührender Aufmerksamkeit hätte sein können. Dabei ist nicht erforderlich, dass sie alle Einzelheiten der behördlichen Anordnung erfährt. Es genügt vielmehr, dass sie Kenntnis von den wesentlichen Elementen erhält. Sie ist dann nach Treu und Glauben verpflichtet, die ihr zumutbaren Schritte zur Fristwahrung zu unternehmen. Welches Mass an Aufmerksamkeit der übergangenen Partei zugemutet werden darf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.¹²

e) Die Beschwerdeführerin hat dem Bauvorhaben weder zugestimmt noch wurde ihr dieses mitgeteilt. Die von der Gemeinde erteilte kleine Baubewilligung vom 25. August 2017 entfaltet somit hinkende Rechtskraft. Als übergangene Partei ist die Beschwerdeführerin daher legitimiert, innert 30 Tagen seit Kenntnis des massgebenden Sachverhalts Beschwerde einzureichen. Die Beschwerdeführerin hat erstmals mit Schreiben vom 27. Dezember 2020 gegenüber der Gemeinde Ins eine illegal erstellte Baute auf dem Grundstück des Beschwerdegegners angezeigt. Die Gemeinde Ins hat in ihrem Schreiben vom 22. Januar 2021 auf die kleine Baubewilligung bezüglich der Sitzplatzüberdachung sowie der Unterschriften der betroffenen Nachbarn verwiesen. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin spätestens am 23. Januar 2021 Kenntnis von den wesentlichen Informationen erlangt.¹³ Somit begann die 30-tägige Beschwerdefrist für die Beschwerdeführerin am 24. Januar 2021 zu laufen und endete am 22. Februar 2021. Die

¹⁰ BVR 2008 S. 251 ff. E. 4.1; 2010 S. 433 ff. E. 4.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c N. 11, Art. 38-39 N. 26, Art. 40-41 N. 4.

¹¹ VGE 22767 vom 29. November 2006 E. 3.1.

¹² BVR 2010 S. 433 ff. E. 4.1, 2008 S. 251 ff. E. 4.1; VGE 22767 vom 29. November 2006 E. 3.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 11, Art. 38-39 N. 26 mit weiteren Hinweisen.

¹³ Sie bezieht sich in ihrem Schreiben vom 23. Januar 2021 (Vorakten, pag. 23) explizit auf das Schreiben vom 22. Januar 2021.

Beschwerdeführerin hat ihre Baubeschwerde jedoch erst am 26. Februar 2021 bei der Post aufgegeben. Wegen Fristablauf kann auf diese Baubeschwerde nicht eingetreten werden. Die kleine Baubewilligung vom 25. August 2017 ist somit in Rechtskraft erwachsen. Anzuführen ist, dass die Beschwerdeführerin weder beantragt, die Bewilligung vom 25. August 2017 sei auf Beschwerde hin aufzuheben, noch ergibt sich ein solches Begehren aus der Beschwerdebegründung. Vielmehr verlangt die Beschwerdeführerin den Widerruf der Baubewilligung.

3. Widerruf der Baubewilligung vom 25. August 2017

a) Die Beschwerdeführerin begründet ihren Antrag auf Widerruf der kleinen Baubewilligung vom 25. August 2017 unter anderem damit, dass weder der Grenzabstand eingehalten noch eine privatrechtliche Vereinbarung über ein Näherbaurecht abgeschlossen worden sei und sie ebenso wenig dem Bauvorhaben zugestimmt habe. Aus all diesen Gründen sei die kleine Baubewilligung zu Unrecht erteilt worden.

Der Beschwerdegegner hält fest, es sei kein zivilrechtliches Näherbaurecht erforderlich gewesen, da die Zustimmung der Nachbarin vorgelegen habe. Er könne sich auf eine rechtskräftige Baubewilligung berufen.

b) Rechtskräftige Verfügungen zeichnen sich durch Rechtsbeständigkeit aus. Ein rechtskräftig erledigtes Verwaltungsverfahren kann nur unter besonderen Voraussetzungen wiederaufgenommen werden. Für das bernische Verwaltungsverfahren regelt Art. 56 VRPG die Voraussetzungen einer Wiederaufnahme des Verfahrens im Allgemeinen. Art. 43 BauG geht dieser Norm als Spezialnorm vor.¹⁴ Eine Baubewilligung kann gemäss Art. 43 Abs. 1 BauG von der Baubewilligungsbehörde widerrufen werden, wenn sie im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilt worden ist (ursprünglicher Mangel) oder bei ihrer Ausübung mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar ist (nachträglicher Mangel). Allerdings ist nicht jede fehlerhafte Baubewilligung widerrufbar. Da die Baubewilligung aufgrund eines ausgebauten Verfahrens mit weitgehenden Prüfungs-, Einsprache- und Beschwerdemöglichkeiten zustande gekommen ist, darf sie nicht leichthin infrage gestellt werden, weil sonst die Rechtssicherheit beeinträchtigt würde. Der Widerruf einer rechtskräftig gewordenen Baubewilligung setzt daher voraus, dass die Ausführung des Bauvorhabens wesentliche schutzwürdige Interessen verletzen würde.¹⁵ Die Wendung «mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar» ist restriktiv zu verstehen und bedeutet nicht jede Rechtswidrigkeit. Vorab ist damit eine erhebliche Bedrohung der Sicherheit und Gesundheit von Personen oder Tieren gemeint. In Frage kommt sodann eine erhebliche Gefährdung der Umwelt.¹⁶ Das Widerrufsinteresse muss also im Verhältnis zum Interesse an der Rechtssicherheit überwiegen. Beim Entscheid, ob eine Baubewilligung widerrufen werden soll, geniesst die Behörde ein gewisses Entscheidungsermessen («kann»-Vorschrift).¹⁷ Sind aufgrund der Baubewilligung bereits erhebliche Arbeiten ausgeführt, so ist der Widerruf nach Art. 43 Abs. 2 BauG nur zulässig, wenn überwiegende, besonders wichtige Interessen ihn gebieten (d.h. mit dem Bauvorhaben derart schwerwiegende Nachteile verbunden wären, dass sie keinesfalls in Kauf genommen werden dürfen) oder wenn die gesuchstellende Person die Bewilligung durch Irreführung erwirkt hat.¹⁸

¹⁴ BVR 2000 S. 77 E. 4b; VGE 2016/235 vom 30. November 2018 E. 4.b, Markus Müller in: Kommentar zum bernischen VRPG, 2020, Art. 56 N. 24.

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 4.

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 5 mit Hinweisen.

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 3.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen: VGE 2019/122 vom 27. März 2020, E. 3.1.

c) Wie vorstehend unter Erwägung 2e dargelegt, ist die kleine Baubewilligung vom 25. August 2017 in Rechtskraft erwachsen. Diese Baubewilligung wurde in einem vereinfachten Verfahren ohne Veröffentlichung des Baugesuchs erteilt (vgl. Art. 32b BauG sowie Art. 27 BewD), da der Beschwerdegegner mit seinem Baugesuch die schriftliche Zustimmung der Nachbarn eingereicht hat. Unbestritten ist, dass auf dem Formular ZN «Schriftliche Zustimmung der Nachbarn» nicht die Beschwerdeführerin und Eigentümerin der Parzelle Ins Grundbuchblatt Nr. L. _____ unterschrieben und die Zustimmung zum Bauvorhaben gegeben hat, sondern die Mutter der Beschwerdeführerin und Nutzniesserin dieser Parzelle. Vorliegend ist somit fraglich, ob die kleine Baubewilligung im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilt worden ist und dementsprechend an einem ursprünglichen Mangel leidet. Zuständig für die Prüfung des Widerrufs einer Baubewilligung ist die Baubewilligungsbehörde (Art. 43 Abs. 1 BauG). Es ist daher an ihr zu prüfen, ob Widerrufsgründe vorliegen. Das Verfahren ist mit einer (anfechtbaren) Verfügung abzuschliessen. Das Widerrufsbegehren wurde erstmals in der Beschwerde an die BVD vorgebracht. Die Beschwerde wird daher gestützt auf Art. 4 Abs. 1 VRPG zur Behandlung des Widerrufsbegehrens zuständigkeitshalber an die Gemeinde Ins (Baubewilligungsbehörde) weitergeleitet. Eine Kopie der Beschwerde wurde der Gemeinde bereits am 1. März 2021 mit Verfügung des Rechtsamts der BVD zugestellt.

4. Abweichen der Sitzplatzüberdachung von der Baubewilligung

a) Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung der Überbauungsordnung Nr. 5 «B. _____» geltend. Ihrer Ansicht nach sei zum einen der Grenzabstand von 1.5 m in mehrfacher Weise nicht eingehalten und zum anderen sei durch die Baute die architektonische Gestaltung verletzt. Zur Begründung führt sie aus, im Dezember 2020 habe der Beschwerdegegner hinter der an der Parzellengrenze zum Grundstück Ins Grundbuchblatt Nr. L. _____ stehenden Trennwand noch eine ca. 2 m hohe Holzwand angebracht. Der Grenzabstand betrage nordseitig 19 cm und südseitig 16 cm. Weiter werde die Holzwand von einem seitlichen Kunstglasdach gedeckt, das mit einem vertikalen Kunstglasstück verbunden und verlängert sei. Der vergrösserte Gartensitzplatz sei somit gegenüber der Parzelle Ins Grundbuchblatt Nr. L. _____ von der vergrösserten Abdeckung bis zum Balkon des Beschwerdegegners geschlossen. Auch sei die ganze Fläche des Sitzplatzes mit einem Holzboden überdeckt. Weder im Baugesuch noch in den eingereichten Plänen seien die Holzwand, das seitliche und vertikale Kunstglasstück oder der Holzboden vorgesehen resp. erwähnt worden. Aus dem ursprünglichen Sitzplatz sei nun eine dreiseitig geschlossene Gartenhalle entstanden, die wie ein Resonanzkasten wirke. Zudem habe sich der Beschwerdegegner nicht um eine gute Gesamtwirkung bemüht.

Der Beschwerdegegner hält in seiner Beschwerdeantwort fest, die Rüge betreffend im Dezember 2020 ausgeführten Arbeiten sei nicht zu hören. Gegenstand einer allfälligen Baubeschwerde könne nur die ursprüngliche Baubewilligung sein. Werde behauptet, eine Baute sei nicht im Einklang mit der Baubewilligung erstellt worden, wäre dies baupolizeilich abzuklären. Nachträgliche Arbeiten seien nicht Gegenstand des Baugesuchs und es seien auch keine baubewilligungspflichtigen Arbeiten ausgeführt worden. Weiter bestreitet er Grenzabstandsverletzungen.

Die Gemeinde verweist in ihrer Stellungnahme auf den informellen Augenschein vor Ort vom 7. Januar 2021 und führt aus, es seien ohne Weiteres gewisse Abweichungen gegenüber den bewilligten Plänen festgestellt worden. Möglicherweise seien aber nicht alle Abweichungen für sich baubewilligungspflichtig. Da die Beschwerdeführerin bereits mit ihrem Schreiben vom 27. Dezember 2020 die vollständige Entfernung forderte und nicht eine Abweichung von den

bewilligten Plänen geltend gemacht habe, sei auf eine förmliche Baukontrolle und die genaue Erhebung der Abmessungen verzichtet worden.

b) Ein Wiederherstellungsverfahren ist von der zuständigen Baupolizeibehörde von Amtes wegen einzuleiten, sobald sie Kenntnis von wesentlichen baurechtswidrigen Tatbeständen erhält. Sie hat dementsprechend einer Anzeige nachzugehen, mit der sie auf solche Verhältnisse hingewiesen wird. Dabei hat sie mindestens zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht und ob die Wiederherstellung zu verfügen ist.¹⁹ Bei der Definition des rechtmässigen Zustandes ist abzustellen auf das rechtskräftig bewilligte Bauprojekt. Die Baupolizeibehörde schliesst das baupolizeiliche Verfahren mit anfechtbarer Verfügung ab (Art. 49 Abs. 1 BauG i.V.m. Art. 52 VRPG).

c) Der Beschwerdegegner hat das Bauvorhaben im Baugesuchformular 1.0 wie folgt umschrieben: «Vergrössern Sitzplatzabdeckung, resp. kleines Dach aus Sicherheitsglas oder Plexiglas an Balkon montierten. 2 Pfosten für Stabilität setzen». Die genauen Dimensionen lassen sich aus den Planunterlagen ablesen.²⁰ Mit der kleinen Baubewilligung vom 25. August 2017 wurde die ersuchte Vergrösserung der Sitzplatzüberdachung auf der Parzelle Ins Grundbuchblatt Nr. J. _____ bewilligt.

Gestützt auf die Anzeige der Beschwerdeführerin vom 27. Dezember 2020 hat der Gemeindeschreiber einen kurzen Augenschein von der Strasse her in den Garten des Beschwerdegegners vorgenommen.²¹ Nachdem die Beschwerdeführerin ihre Anzeige mit Schreiben vom 4. Januar 2021 konkretisiert hat, erfolgte am 7. Januar 2021 durch Vertreter der Gemeinde in Anwesenheit des Beschwerdegegners ein informeller Augenschein vor Ort. Aus der Aktennotiz ergeht, dass der Beschwerdegegner im Dezember 2020 zwischen den Parzellen Ins Grundbuchblatt Nrn. J. _____ und L. _____ auf seiner Grundstückseite an die bestehende Sichtschutzwand eine neue, grössere Sichtschutzwand aufgestellt hat. Weiter wurde festgestellt, dass gegenüber den bewilligten Plänen zusätzliche Holzpfosten aufgestellt und ein Holzboden verlegt wurde.²²

d) Die Beschwerdeführerin hat bei der Gemeinde einen aus ihrer Sicht baurechtswidrigen Zustand angezeigt. Die Gemeinde selber hat zudem am informellen Augenschein vom 7. Januar 2021 einen baurechtswidrigen Zustand festgestellt. Sie hätte daher ein baupolizeiliches Verfahren eröffnen und prüfen müssen, ob Wiederherstellungsmassnahmen zu verfügen sind. Zudem wäre der als Nachbarin betroffenen Anzeigerin Gelegenheit zur Teilnahme als Partei einzuräumen (Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG) sowie den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren und das Verfahren mit einer Verfügung abzuschliessen.

Die Gemeinde hat sich weder in der Verfügung vom 27. Januar 2021 noch in der Stellungnahme vom 29. März 2021 zu einer Anhandnahme des baupolizeilichen Verfahrens geäussert. Dadurch hat sie implizit die Verweigerung zur Eröffnung eines Wiederherstellungsverfahrens zum Ausdruck gebracht. Es ist nicht Sache der BVD als Rechtsmittelbehörde, erstmals ein Wiederherstellungsverfahren durchzuführen. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens an die Gemeinde Ins (Baupolizeibehörde) zurückgewiesen (Art. 72 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen.

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 2.

²⁰ Vgl. Vorakten, pag. 6-11.

²¹ Vorakten, pag. 15 (Anzeige der Beschwerdeführerin vom 27. Dezember 2020) und pag. 16 (Schreiben Gemeinde vom 29. Dezember 2020).

²² Vorakten, pag. 18 (Aktennotiz zum informellen Augenschein) sowie pag. 19-21 (Fotos).

5. Zusammenfassung und Kosten

a) Nach dem Gesagten wird die Beschwerde betreffend Widerruf der kleinen Baubewilligung vom 25. August 2017 an die Gemeinde (Baubewilligungsbehörde) zur Behandlung weitergeleitet. Eine Kopie der Beschwerde wurde der Gemeinde bereits durch das Rechtsamt der BVD mit Verfügung vom 1. März 2021 zugestellt. Im Übrigen ist die Beschwerde betreffend baupolizeiliches Verfahren gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Sache ist zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde (Baupolizeibehörde) zurückzuweisen. Die Verfügung vom 27. Januar 2021 kann als verfahrensleitende Verfügung stehen bleiben.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdegegner. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²³).

c) Der Beschwerdegegner hat zudem der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Der Beschwerdegegner hat somit der Beschwerdeführerin die Parteikosten von CHF 3053.30 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird betreffend Widerruf der kleinen Baubewilligung vom 25. August 2017 zur Behandlung an die Gemeinde Ins weitergeleitet.
2. Die Beschwerde wird betreffend baupolizeiliches Verfahren gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde zurückgewiesen.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 800.– werden dem Beschwerdegegner zur Bezahlung auferlegt. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
4. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von CHF 3053.30 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt A. _____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt G. _____, eingeschrieben
- Gemeinde Ins, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

²³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

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. Soweit es sich um einen Rückweisungsentscheid handelt, kann er nur angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier 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.