



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2023/47

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 3. November 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn A. _____
Beschwerdeführer 1

Frau B. _____
Beschwerdeführerin 2

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Hilterfingen, Bauverwaltung, Staatsstrasse 18,
Postfach 54, 3652 Hilterfingen

betreffend den Entscheid der Gemeinde Hilterfingen vom 20. Februar 2023 (eBau-Nr. 2022-14787 / 112031; Absturzsicherung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden reichten am 26. September 2022 bei der Gemeinde Hilterfingen ein nachträgliches Baugesuch für eine bereits erstellte Absturzsicherung auf dem Garagendach auf der Parzelle Hilterfingen Grundbuchblatt Nr. F. _____ (Bauparzelle) in der Wohnzone E1 ein. Auf Hinweis der Gemeinde, dass für die Absturzsicherung eine Ausnahme für das Überschreiten der Gebäudehöhe nötig sei, reichten die Beschwerdeführenden am 8. November 2022 ein entsprechendes Gesuch ein. Mit Entscheid vom 20. Februar 2023 erteilte die Gemeinde Hilterfingen dem Vorhaben den Bauabschlag. Der Entscheid trägt den Titel «Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung». In der Begründung des Entscheids wird die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ebenfalls erwähnt. Im Dispositiv des Entscheids wird jedoch keine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet, wobei unter dem Titel «Auflage» aber Bezug auf Wiederherstellungsmassnahmen genommen wird.

2. Dagegen erhoben die Beschwerdeführende am 20. März 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD). Sie beantragen sinngemäss die Aufhebung des Bauabschlags und die Erteilung der Baubewilligung für die erstellte Absturzsicherung.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet,¹ führte den Schriftwechsel durch und holte die Vorakten ein. In ihrer Stellungnahme vom 29. April 2023 beantragt die Gemeinde, es sei auf die Beschwerde «nicht einzutreten», wobei der Begründung dieses Schreibens zu entnehmen ist, dass die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde meint. Mit Instruktionsverfügung vom 2. Juni 2023 hielt das Rechtsamt fest, im angefochtenen Entscheid vom 20. Februar 2023 habe die Gemeinde im Dispositiv die Anordnung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unterlassen, obwohl der Begründung des Entscheids und dessen Betitelung der Wille der Gemeinde auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu entnehmen sei. Das Rechtsamt teilte den Verfahrensbeteiligten weiter mit, es erwäge bei einer allfälligen Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des Bauabschlags die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands von Amtes wegen anzuordnen, indem die Absturzsicherung zurückzubauen und die Fenstertüre in geeigneter Weise zu sichern sei. Das Rechtsamt gewährte den Verfahrensbeteiligten hierzu das rechtliche Gehör. Mit Eingabe vom 21. Juni 2023 zeigte sich die Gemeinde mit der genannten Formulierung der allfälligen Wiederherstellungsmassnahmen einverstanden. Mit undatiertem Schreiben, eingegangen beim Rechtsamt am 27. Juni 2023, nahmen die Beschwerdeführenden Stellung zum Verfahren, ohne spezifisch auf die vom Rechtsamt in Aussicht gestellten Wiederherstellungsmassnahmen einzugehen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Bauentscheide sowie baupolizeiliche Verfügungen können innert 30 Tagen seit Eröffnung nach Art. 40 bzw. Art. 49 Abs. 1 BauG² mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführenden sind einerseits als Baugesuchstellende zur Beschwerde gegen den angefochtenen Bauabschlag befugt (Art. 40 Abs. 2 BauG). Andererseits sind sie Adressaten der angefochtenen, baupolizeilichen Verfügung und als Grundeigentümer der Bauparzelle zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 65 VRPG³). Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden bringen in ihrer Beschwerde vor, dass ihnen das Schreiben der Gemeinde vom 14. Dezember 2022 mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zum in Aussicht gestellten Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung nie zugestellt worden sei. Es sei ihnen somit verwehrt worden, zum angedrohten Bauabschlag Stellung zu nehmen, was sie offensichtlich getan hätten. Damit machen sie sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Die Gemeinde bestreitet die fehlende Eröffnung des Schreibens vom 14. Dezember 2022 nicht. Sie macht jedoch geltend, dieser Mangel habe auf den Ausgang des Verfahrens keinen Einfluss, da die Beschwerdeführenden auch mit der Beschwerde keine sachlichen Gründe vorbringen würden, welche einen anderen Bauentscheid hervorgebracht hätten.

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).

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Kommt eine Baubewilligungsbehörde zum Schluss, dass ein Bauvorhaben nicht bewilligt werden kann, teilt sie dies den Gesuchstellenden mit und gibt ihnen unter Ansetzung einer Frist Gelegenheit zur Stellungnahme (Art. 24 Abs. 1 BewD⁴). Halten die Gesuchstellenden am eingereichten Gesuch fest, weist die Baubewilligungsbehörde das Gesuch ohne Bekanntmachung ab, sofern sie ihre Beurteilung nicht geändert hat (Art. 24 Abs. 2 BewD).

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2022 wollte die Gemeinde die Beschwerdeführenden über die abschlägige Beurteilung ihres Baugesuchs inkl. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands informieren und ihnen Gelegenheit geben, eine schriftliche Stellungnahme einzureichen.⁵ Gestützt auf die Äusserungen der Verfahrensbeteiligten im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführenden das genannten Schreiben nie erhalten haben. Damit erhielten die Beschwerdeführenden sozusagen «direkt» den Bauabschlag, was sowohl Art. 24 BewD als auch den allgemeinen Regeln des rechtlichen Gehörs widerspricht. Somit wurde der Anspruch der Beschwerdeführenden auf rechtliches Gehör von der Gemeinde verletzt.

c) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.⁶

d) Die Beschwerdeführenden erhielten zwar im vorinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit, sich zum in Aussicht gestellten Bauabschlag zu äussern, konnten sich aber insgesamt mehrfach äussern. Es ist daher nicht von einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen. Gemäss Art. 40 Abs. 3 BauG kommt der BVD als Beschwerdeinstanz sodann die volle Überprüfungsbefugnis zu. Die Beschwerdeführenden konnten sich zudem in vorliegendem Verfahren zur Begründung des Bauabschlags im angefochtenen Entscheid – wie auch zu den mit Instruktionsverfügung des Rechtsamts vom 2. Juni 2023 in Aussicht gestellten Wiederherstellungsmassnahmen (vgl. Erwägung 5 nachfolgend) – genügend äussern. Mit vorliegendem Beschwerdeentscheid werden der verfügte Bauabschlag und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdeführenden ausführlich geprüft. Damit haben die Beschwerdeführenden ihre Parteirechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Gemeinde kann demnach durch vorliegendes Verfahren geheilt werden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass den Beschwerdeführenden durch die Heilung der Gehörsverletzung ein Nachteil erwachsen würde. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs hatte schliesslich keinen Einfluss auf den vorinstanzlichen Verfahrensausgang, zumal – wie die Gemeinde zu Recht vorbringt – die Beschwerdeführenden auch in der Beschwerde keine Gründe vorbringen, weshalb der Bauentscheid anders hätte ausfallen sollen (vgl. die nachfolgenden Erwägungen). Eine

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁵ Vgl. das entsprechende Schreiben in den Vorakten, Register 6.

⁶ BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 9 bis 11.

Aufhebung des Bauentscheids mit Rückweisung an die Vorinstanz wäre somit reiner Selbstzweck und einzig zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung führen würde. Die Voraussetzungen zur Heilung der Gehörsverletzung sind daher erfüllt. Sie ist allerdings bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.⁷

3. Absturzsicherung und Nutzung(-smöglichkeit) des Garagendachs als Terrasse

a) Die Absturzsicherung umfasst das Garagendach bündig zur Kante. Die (bewilligte) Garage wiederum liegt auf der Ostseite direkt an der Parzellengrenze zur Nachbarliegenschaft. Zusammen mit der bestehenden Fenstertüre in der Ostfassade des Wohnhauses führt die Absturzsicherung zur Begehrbarkeit des Garagendachs. Die Nutzung des Garagendachs bzw. eine allfällige Umnutzung desselben war aber nicht Bestandteil des nachträglichen Baugesuchs der Beschwerdeführenden. Die Gemeinde erteilte den Bauabschlag für die Absturzsicherung denn auch ohne sich zur Nutzungsmöglichkeit des Garagendachs zu äussern. Im angefochtenen Entscheid vom 20. Februar 2023 führt sie hierzu lediglich aus, mit dem Dienstbarkeitsvertrag zwischen den Parzellen Nrn. F._____ (Bauparzelle) und C._____ (Nachbarsparzelle) sei belegt, dass das Dach der bestehenden Garage weder als Terrasse noch für den Aufenthalt von Menschen und Tieren benutzt werden dürfe. Folglich sei das Geländer nicht notwendig, da das Dach nicht betreten werden dürfe. Dieser Argumentation der Gemeinde kann nicht vollends gefolgt werden, da die zivilrechtliche Nutzungserlaubnis die öffentlich-rechtliche Nutzungsmöglichkeit nur bedingt zu beeinflussen vermag (vgl. sogleich). Weiter begründete die Gemeinde den Bauabschlag mit der verweigerten Ausnahmegewilligung für die Überschreitung der Gebäudehöhe der Garage inkl. dem montierten Geländer. Gestützt auf die nachfolgenden Ausführungen erübrigt es sich jedoch, näher auf diese Begründung der Gemeinde einzugehen.⁸

b) Die Beschwerdeführenden bringen zuallererst einmal vor, sie seien sich nicht bewusst gewesen, dass es für die Absturzsicherung eine Baubewilligung bedürfe. Trotzdem dass sich die Beschwerdeführenden mit Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs hierfür der Baubewilligungspflicht sozusagen unterzogen haben, sei Folgendes kurz festgehalten: Gestützt auf Art. 1b Abs. 1 BauG befreit Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD Umnutzungen von Bauten und Anlagen nur dann von der Baubewilligungspflicht, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind. Die Absturzsicherung und die damit verbundene Umnutzung des Garagendaches in eine Terrasse, welche den Bauabstand berührt (vgl. sogleich), stellt eine baubewilligungspflichtige Zweckänderung dar.⁹ Demnach ist festzuhalten, dass vorliegender Sachverhalt mit der Absturzsicherung als Bauvorhaben und der damit verbundenen Umnutzung der Dachfläche in eine Terrasse baubewilligungspflichtig ist.

c) Die Nutzung des Garagendachs als nicht explizit genannter Bestandteil des nachträglichen Baugesuchs ist auf den ersten Blick nicht vom Bauabschlag umfasst. Gemäss dem Bundesgericht kann die zulässige Nutzung einer Baute jedoch nicht unabhängig von den baulichen Massnahmen beurteilt werden.¹⁰ Umgekehrt können auch die baulichen Massnahmen nicht unabhängig von der Nutzung, die sie ermöglichen, beurteilt werden. Zwischen den baulichen Massnahmen und der damit ermöglichten Nutzung besteht somit immer ein enger Sachzusammenhang. Mit anderen Worten müssen die baulichen Gegebenheiten mit den Nutzungsmöglichkeiten kongruent sein. Die bereits erstellte Fenstertüre in der Ostfassade des Gebäudes führt direkt auf das Garagendach. Zusammen mit der nun ebenfalls bereits erstellten Absturzsicherung ermöglicht dies die Nutzung

⁷ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 21 und 39.

⁸ Vgl. hierzu jedoch Erwägung 3f.

⁹ Vgl. BDE 120/2018/25 vom 6. August 2018, E. 3.

¹⁰ Vgl. BVD 110/2020/108 vom 3. Dezember 2020, E. 2d und BGer 1C_464/2016 vom 7. Juni 2017, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen.

des Garagendachs als Sitzplatz bzw. Terrasse, mithin wird das Dach der Garage umgenutzt. Daran vermag weder die subjektive Haltung der Beschwerdeführenden, welche die Fläche nicht als Terrasse zu nutzen gedenken, noch das zivilrechtliche Verbot einer entsprechenden Nutzung gemäss der bestehenden Dienstbarkeit etwas zu ändern.¹¹ Die zivilrechtlichen Nutzungsverhältnisse und wie hier speziell eine zivilrechtliche Nutzungsbeschränkung spielen für die öffentlich-rechtliche Beurteilung des einfach zugänglichen und mit einem Geländer gesicherten Garagendachs keine Rolle. Es gilt hierfür nach ständiger Rechtsprechung ein objektiver Massstab, mithin ob die Ausgestaltung einer Baute für einen bestimmten Zweck geeignet ist oder nicht.¹² Die baulichen Massnahmen und die zulässige Nutzung müssen folglich aufeinander abgestimmt sein. Kraft Sachzusammenhang ist daher die Absturzsicherung und die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit des Garagendachs als Terrasse als gemeinsames Bauvorhaben in vorliegendem Beschwerdeverfahren zu beurteilen. Im Übrigen hatte auch die Gemeinde im vorinstanzlichen Verfahren bereits festgehalten, dass das Garagendach mit der Montage des Geländers als Absturzsicherung als Sitzplatz umgenutzt werde. Durch die Umnutzung des Garagendachs in eine Terrasse gelte dieses neu als bewohnt und müsse die baurechtlichen Vorschriften gemäss Baureglement der Gemeinde Hilterfingen einhalten. Ohne Näherbaurecht der Parzelle Nr. C. _____ erfülle die Terrasse diese Vorschriften aber nicht.¹³

d) Unbestrittenermassen liegt die bewilligte Garage direkt an der Parzellengrenze zur Nachbarliegenschaft. Den eingereichten Bauplänen und Fotos in den Vorakten ist zu entnehmen, dass die Absturzsicherung das Garagendach bündig zur Kante umfasst. Mit anderen Worten liegt die Absturzsicherung und damit verbunden auch die neu entstandene Terrasse (mindestens) teilweise im Grenzabstand. Dies gilt unabhängig davon, ob die Terrasse auf der Garage von einem privilegierten Grenzabstand von 3 m bzw. 2 m gemäss Art. 212 Abs. 4 Bst. a oder b GBR für eingeschossige Gebäude bzw. An- und Kleinbauten profitieren kann oder doch eher den regulären Grenzabstand von 5 m gemäss Art. 212 Abs. 1 GBR einzuhalten hat. Ebenfalls unbestritten zwischen den Verfahrensbeteiligten ist der Umstand, dass das vom Nachbar den Beschwerdeführenden erteilte Näherbaurecht die Nutzung des Garagendachs als Terrasse gerade nicht umfasst.¹⁴ Somit ist erstellt, dass die baubewilligungspflichtige Terrasse (vgl. Erwägung 3b) den Grenzabstand zur Nachbarsparzelle Nr. C. _____ nicht einhält und damit nicht baubewilligungsfähig ist. Gleiches gilt folglich für das erstellte Geländer als Absturzsicherung des Garagendachs, da dieses – wie gesehen – nicht unabhängig von der damit verbundenen Nutzungsmöglichkeit des Garagendachs als Terrasse beurteilt werden kann. Die Gemeinde hat demnach dem Bauvorhaben letztendlich zu Recht den Bauabschlag erteilt, wenn auch mit leicht anderer Begründung. Die Beschwerde erweist sich somit in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

e) Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass weder das erstellte Geländer als Absturzsicherung des Garagendachs noch die damit neu ermöglichte Nutzung des Garagendachs als Terrasse baubewilligt und auch nicht baubewilligungsfähig, mithin sowohl formell wie materiell rechtswidrig sind.

f) Bei dieser Ausgangslage erübrigt es sich, näher auf die von der Gemeinde verweigerte Ausnahmegewilligung für die Überschreitung der für An- und Kleinbauten zulässige Gebäudehöhe von 4 m einzugehen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Garage ursprünglich als An- und Kleinbaute bewilligt wurde. Die Terrasse auf dem Garagendach kann jedoch nicht als unbewohnte

¹¹ Vgl. den Dienstbarkeitsvertrag vom 3. Februar 2022, Urschrift Nr. 6730, in den Beschwerdebeilagen.

¹² Vgl. statt vieler BDE 110/2021/173 vom 18. Januar 2022, E. 3d oder BDE 110/2016/72 vom 7. Dezember 2016, E. 3c f.

¹³ Vgl. das Schreiben der Gemeinde an die Beschwerdeführenden vom 22. August 2022, in den Vorakten, Register 6.

¹⁴ Vgl. den Dienstbarkeitsvertrag vom 3. Februar 2022, Urschrift Nr. 6730, in den Beschwerdebeilagen.

Nebennutzung gemäss Art. 3 und 4 BMBV gelten,¹⁵ weshalb diese bereits deswegen nicht von den privilegierten baupolizeilichen Massen gemäss Art. 212 Abs. 4 Bst. b GBR profitieren kann. Anzufügen ist zudem, dass die Gewährung einer baurechtlichen Ausnahme von den Massen einer An- und Kleinbaute per se fraglich scheint, da eine baurechtliche Ausnahme nicht zur eigentlichen Normkorrektur führen darf.¹⁶ Bei Überschreitung der baupolizeilichen Massen einer An- und Kleinbaute verliert diese ihren Status als solche und demnach die damit einhergehenden Abstandsprivilegien.¹⁷ Wie es sich in einem solchen Fall mit der darunterliegenden (unbewohnten) Garage verhält, ist vorliegend jedoch nicht zu entscheiden.

4. Fenstertüre in der Ostfassade des Wohnhauses

a) Die Beschwerdeführenden machen in ihrer Beschwerde sinngemäss geltend, die Fenstertüre in der Ostfassade des Wohnhauses sei bewilligt worden.

b) Aus den vom Rechtsamt bei der Gemeinde eingeholten Akten der Baubewilligung des Wohnhauses der Beschwerdeführenden aus dem Jahr 2014¹⁸ geht hervor, dass am Ort der heute bestehenden Fenstertüre bei der Liegenschaft der Beschwerdeführenden keine solche in den bewilligten Plänen eingetragen ist.¹⁹ Daran vermögen die von den Beschwerdeführenden mit der Beschwerde vom 20. März 2023 ins Recht gelegten Baupläne vom 29. Juni 2015 und vom 20. August 2015 nichts zu ändern. Einerseits sind diese nie von der zuständigen Baubewilligungsbehörde als Projektänderung bewilligt worden, sind diese doch lediglich vom Architekten (Bauunternehmer) sowie den Beschwerdeführenden als Käufer unterzeichnet. Ohnehin ist auch diesen Plänen keine Fenstertüre zu entnehmen. Erst im Rahmen des nachträglichen Baugesuchs zur Absturzsicherung wurde eine solche offensichtlich von Hand auf diese nicht bewilligten Pläne eingetragen. Ebenfalls nicht zu hören sind die Beschwerdeführenden mit dem Vorbringen, die Fenstertüre gelte gestützt auf eine vorbehaltlose Bauabnahme von Seiten der Bauverwaltung anlässlich der Übergabe des Hauses als bewilligt. Auch eine vorbehaltlose Bauabnahme ersetzt weder eine fehlende Baubewilligung noch legalisiert sie Baumängel.²⁰

c) Nicht erfüllt sind sodann die Anforderungen an die von den Beschwerdeführenden angerufene Gleichbehandlung im Unrecht, da sämtliche Nachbarn mit dem gleichen Haus ebenfalls eine auf das Garagendach führende Fenstertüre hätten. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt den Bürgerinnen und Bürgern grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ausnahmsweise und unter strengen Bedingungen wird jedoch im Rahmen des verfassungsmässig verbürgten Gleichheitsgebots ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht anerkannt. Die Gleichbehandlung im Unrecht setzt voraus, dass die zu beurteilenden Fälle in den relevanten Sachverhaltselementen übereinstimmen und dass dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zudem zu erkennen gibt, auch künftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Schliesslich dürfen keine entgegenstehenden überwiegenden

¹⁵ Vgl. BSIG Nr. 7/721.3/1.1 vom 1. März 2018, Seite 2.

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Vorb. Zu den Art. 26-31 N. 1a sowie Art. 26 N. 2, mit weiteren Hinweisen.

¹⁷ BSIG Nr. 7/721.0/10.1: Baubewilligungsverfahren; Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben, Ziffer 2.5 und 2.6.

¹⁸ Vgl. die Akten des Baubewilligungsverfahrens Nr. 929/2013-0056 für die Liegenschaften D. _____ gässli27, 29, 31 auf der ehemaligen Parzelle Nr. F. _____.

¹⁹ Vgl. die baubewilligten Pläne «grundrisse + schnitte, mst. 1:100» vom 27. November 2013, dort den Ausschnitt des Dachgeschosses, sowie «fassaden, mst. 1:100» vom 27. November 2013, welche gemäss der Baubewilligung vom 15. Mai 2014 des Regierungsratshalteramts Thun Bestandteil derselben sind.

²⁰ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 45 N. 6.

Gesetzmässigkeitsinteressen oder Interessen Dritte bestehen.²¹ Aus den Akten des Baubewilligungsverfahrens der drei gleichen Häuser geht hervor, dass bei keinem eine Fenstertüre baubewilligt wurde.²² Anderweitige Feststellungen lassen sich den Akten nicht entnehmen und sind von den Beschwerdeführenden nicht vorgebracht. Damit handelt es sich bei den unbewilligten Fenstertüren bei den Nachbarhäusern um baupolizeiliche Sachverhalte.²³ Dafür, dass die Baupolizeibehörde Hilterfingen solche nicht baubewilligte und v.a. ungesicherte Fenstertüren in ständiger Praxis dulde, besteht kein Hinweis. Vielmehr deutet vorliegendes Verfahren gerade in die andere Richtung. Dass die Gemeinde die Abweichung von der ursprünglichen Baubewilligung aus gestalterischer Sicht als klein bezeichnet, mithin die Fenstertüre mit einer entsprechenden Absicherung zu tolerieren gedenkt, ändert daran nichts.

d) Damit ist festzuhalten, dass die Fenstertüre ebenfalls nicht baubewilligt und demnach formell rechtswidrig ist. Für die Fenstertür wurde von den Beschwerdeführenden auch kein nachträgliches Baugesuch eingereicht. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen. In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird, hat die Rechtsmittelbehörde deshalb summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte.²⁴

e) Nach Art. 21 Abs. 1 BauG müssen Bauten und Anlagen so erstellt, betrieben und unterhalten werden, dass weder Personen noch Sachen gefährdet werden. Begehbare Flächen müssen mit ausreichenden Geländern oder anderen genügenden Schutzvorrichtungen versehen werden, wenn eine Absturzgefahr für Personen besteht (Art. 58 Abs. 1 BauV²⁵). «Begehrbar» sind zunächst solche Flächen, die bei bestimmungsgemäsem Benützen einer Baute oder Anlage durch eine unbestimmte Anzahl von Personen begangen werden könnten. Massgebend ist jedoch nicht allein der bestimmungsgemässe Gebrauch, sondern es ist zu prüfen, ob es vernünftigerweise voraussehbarer Nutzung entspricht, dass Personen die Baute oder Anlage tatsächlich begehen. Unter Umständen muss bei vernünftiger Voraussicht auch damit gerechnet werden, dass Personen – insbesondere Kinder – eine Baute oder Anlage bestimmungswidrig benützen, namentlich indem sie eine Fläche betreten, die dafür nicht gedacht ist. Wenn aufgrund der Umstände mit einer bestimmungswidrigen Benützung durch Kinder zu rechnen ist, gilt die Fläche ebenfalls als «begehrbar» und – bei Absturzgefahr – als sicherungsbedürftig.²⁶ Gemäss SIA-Norm 358 (SN 543 358), Geländer und Brüstungen, Ausgabe 2010, muss jede bei Normalbenutzung begehrbare Fläche, bei der eine Gefährdung durch Absturz anzunehmen ist, durch ein Schutzelement gesichert sein. Als begehrbar gilt jede Fläche, die für Personen zugänglich ist (Ziffer 2.1.1). Eine Gefährdung ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn die Absturzhöhe mehr als 1.0 m beträgt, wobei als Absturzhöhe die am Rand der begehrbaren Fläche gemessene Höhendifferenz zur angrenzenden tieferen Fläche verstanden wird (Ziffer 2.1.2). Bei Absturzhöhen bis 1.5 m kann der Schutz auch darin bestehen, dass die Zugänglichkeit des Randes begehrbarer Flächen durch geeignete Massnahmen wie Bepflanzung oder dergleichen erschwert wird (Ziffer 2.1.4). Die Höhe der Schutzelemente bemisst sich ab der begehrbaren

²¹ BGE 146 I 105 E. 5.3.1, 139 II 49 E. 7.1 (Pra 102/2013 Nr. 33), 136 I 65 E. 5.6; BVR 2013 S. 85 E. 8.1, 2012 S. 74 E. 4.8.1 je mit Hinweisen; VGE 2017/199 vom 13. August 2018 E. 5.3.1; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 23 N. 11-13 und 18-20; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 599 ff.; Pierre Tschannen, Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, in ZBI 2011 S. 57 ff., 65 ff.

²² Vgl. die Akten des Baubewilligungsverfahrens Nr. 929/2013-0056 für die Liegenschaften D. _____ gässli 27, 29, 31 auf der ehemaligen Parzelle Nr. F. _____.

²³ Vgl. als Beleg für die Fenstertüren die Fotos in den Beschwerdebeilagen.

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a.

²⁵ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

²⁶ BVR 2011 S. 200 E. 4.4.1 mit Hinweisen.

Fläche bis zur Oberkante des jeweiligen Schutzelements (Ziffer 3.1.1). Die Mindesthöhe der Schutzelemente beträgt grundsätzlich 1.0 m (Ziffer 3.1.3).

Durch die bestehende Fenstertüre kann direkt das Garagendach betreten werden. Dieses hat für die Frage der materiellen Bewilligungsfähigkeit der Fenstertüre als ungesichert zu gelten, da die Absturzsicherung selber sowohl formell wie materiell rechtswidrig ist (vgl. Erwägung 3e vorangehend). Das Garagendach gilt gemäss seinem baubewilligten Zustand nicht als bewohnte Fläche, da eine Terrassennutzung gerade nicht bewilligt ist. Trotzdem hat diese Fläche gemäss der obigen Definition als «begehrbar» zu gelten, da aufgrund der Umstände – direkter Zugang durch die Fenstertüre – mit einer bestimmungswidrigen Benützung, insbesondere durch Kinder, zu rechnen ist. Nach dem Gesagten ist das Garagendach als begehrbare Fläche mit bestehender Absturzgefahr für Personen zu sichern. Wie gesehen unter Erwägung 3 vorangehend, ist jedoch eine Absturzsicherung mittels Geländer am Rande des Garagendachs unzulässig. Eine summarische Prüfung ergibt folglich, dass die Fenstertüre eine Absturzgefahr schafft und sie daher, so wie sie zurzeit besteht, nicht bewilligungsfähig, mithin ebenfalls materiell rechtswidrig ist.

5. Pflicht zur Anordnung der Wiederherstellung

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, setzt die jeweilige Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Für das Wiederherstellungsverfahren gilt u.a., dass bei einem nachträglichen Baugesuch im Falle eines Bauabschlags die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber entscheidet, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Folglich ist bei allen nicht bewilligungsfähigen Teilen zu entscheiden, ob und gegebenenfalls welche Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angeordnet werden. Auch ein allfälliger Wiederherstellungsverzicht ist zu verfügen.

b) Im angefochtenen Entscheid vom 20. Februar 2023 erteilte die Gemeinde dem nachträglichen Baugesuch für die Absturzsicherung den Bauabschlag. Dieser umfasst auch die durch die Absturzsicherung und den Zugang via die bestehende Fenstertüre ermöglichte Nutzung des Garagendachs als Terrasse. Gleichzeitig hielt die Gemeinde fest, die Fenstertüre in der Ostfassade des Wohnhauses sei nicht baubewilligt. Die umstrittene Absturzsicherung auf dem Garagendach und die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit des Garagendachs als Terrasse ist ebenso wie die bestehende Fenstertüre, wie in Erwägungen 3 und 4 festgehalten, formell und materiell rechtswidrig. Somit war die Gemeinde daher gehalten gewesen, zwingend über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden.

c) Zwar hat es die Gemeinde unterlassen, im Dispositiv des angefochtenen Entscheids vom 20. Februar 2023 explizit formulierte Wiederherstellungsmassnahmen konkret anzuordnen, obwohl dieser mit «Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung» betitelt ist. Daraus und aus der Begründung des Entscheids sowie der vorinstanzlichen Verfahrensführung geht jedenfalls hervor, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mitumfasst war. So hat die Gemeinde in Ziffer 3.4 der Begründung der unter dem Titel «Schlussfolgerungen» festgehalten, «[d]as Geländer [müsse] entfernt werden und die Fenstertüre verschraubt, mit einem Geländer versehen (Franz. Balkon) oder anderweitig genügend gesichert werden, so dass keine Personen auf das Dach gelangen können.» In den Erwägungen wird also die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands explizit erwähnt und konkretisiert. Zudem nimmt die Gemeinde im

Dispositiv in Ziff. 5.1.2 unter dem Titel «Auflagen» Referenz auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, in dem sie Folgendes verfügte:

- «1. Mit dem Formular Selbstdeklaration Baukontrolle SB1 (Phase A) sind die für die Baustelle verantwortliche Person, das Erfüllen der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Bauabschlags und das Vorliegen der Voraussetzungen für den Beginn der Wiederherstellung zu melden.
2. Spätestens 20 Tage nach Beendigung des Rückbaus und Sicherung der Fenstertüre ist das Formular Selbstdeklaration Baukontrolle SB2 (Phase B) der Bauverwaltung Hilterfingen einzureichen.
- [...]»

Es ist damit festzuhalten, dass der angefochtene Entscheid die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands umfasst, auch wenn dessen Dispositiv keine korrekte Anordnung der Wiederherstellungsmassnahmen enthält. Das Dispositiv muss daher im Beschwerdeverfahren ergänzt werden. Das Rechtsamt teilte den Verfahrensbeteiligten mit Instruktionsverfügung vom 2. Juni 2023 mit, es erwäge bei einer allfälligen Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des Bauabschlags die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wie folgt anzuordnen und gewährte dazu das rechtliche Gehör:

- 1.) Die Beschwerdeführenden werden aufgefordert, innert drei Monaten ab Rechtskraft vorliegenden Beschwerdeentscheids folgende Wiederherstellungsmassnahmen auf der Parzelle Hilterfingen Gbbl. Nr. F. _____ vorzunehmen:
 - a. Die Fenstertüre in der Ostfassade im Dachgeschoss ist so zu verschrauben, dass sie nicht geöffnet werden kann.
 - b. Die Beschwerdeführenden haben die Möglichkeit, anstelle der vorgenannten Massnahme unter Buchstabe a., die Fenstertüre auf den baubewilligten Zustand gemäss Baubewilligung vom 22. Mai 2014 im Verfahren Nr. 929/2013-0056 zurückzubauen oder eine anderweitige, genügende Sicherung der Fenstertüre in vorgängiger Absprache mit der Gemeinde innert derselben Frist umzusetzen (vgl. das Beispiel des französischen Balkons im Entscheid der Gemeinde vom 20. Februar 2023).
 - c. Die Absturzsicherung auf dem Dach der Garage ist zu entfernen.
 - 2.) Kommen die Beschwerdeführenden diesen Anordnungen innert der gesetzten Frist nicht vollständig und vorschriftsgemäss nach, wird die Gemeinde Hilterfingen ohne weitere Verfügung zur Ersatzvornahme schreiten, d.h. auf Kosten der Beschwerdeführenden die Wiederherstellungsarbeiten selber ausführen oder von Dritten ausführen lassen (Art. 47 BauG). Für die Fenstertüre in der Ostfassade im Dachgeschoss wird die Ersatzvornahme diesfalls gemäss Ziffer 1 Buchstabe a. vorgenommen werden (Verschrauben der Türe).
 - 3.) Widerhandlung gegen diese Verfügung sind strafbar nach Art. 50 BauG (Busse bis zu CHF 40 000.–, in besonders schweren Fällen beträgt die Busse CHF 10 000.– bis 100 000.–).
- d) Die Beschwerdeführenden haben sich nicht zu den vom Rechtsamt für den Fall der Bestätigung des Bauabschlags angedrohten Wiederherstellungsmassnahmen geäussert. Die Gemeinde ist mit der Formulierung der allfälligen Wiederherstellungsmassnahmen einverstanden.

6. Wiederherstellungsmassnahmen

- a) Die Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD). 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.²⁷ 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.²⁸ Ein blosses Benützungsverbot genügt als Wiederherstellungsmassnahme in der Regel nicht, da ein solches auf Dauer meist nur mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand kontrollierbar und durchsetzbar ist. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands müssen daher unrechtmässig erstellte Bauteile grundsätzlich beseitigt werden.²⁹ 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.³⁰ Ist die Bauherrschaft bösgläubig (im baurechtlichen Sinne), so kann auf die Wiederherstellung nur verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder in anderer Weise unverhältnismässig wäre.³¹

b) Zufolge des Versäumnisses der Gemeinde, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands korrekt im Dispositiv des Entscheids vom 20. Februar 2023 anzuordnen, eröffnete das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten die Instruktionsverfügung vom 2. Juni 2023 und die vorgesehenen Wiederherstellungsmassnahmen. Darin werden die Beschwerdeführenden aufgefordert, innert drei Monaten ab Rechtskraft vorliegenden Beschwerdeentscheids die Absturzsicherung auf dem Dach der Garage zu entfernen sowie die Fenstertüre in geeigneter Weise zu sichern, indem diese verschraubt oder anderweitig in vorgängiger Absprache mit der Gemeinde gesichert wird. Alternativ steht den Beschwerdeführenden die Möglichkeit offen, die Fenstertüre auf den baubewilligten Zustand gemäss Baubewilligung vom 22. Mai 2014 zurückzubauen. Für den Fall dass die Beschwerdeführenden innert Frist der Wiederherstellungsandrohung nicht nachkommen, wurde die Ersatzvornahme durch die Gemeinde angeordnet, wobei diesfalls die Fenstertüre verschraubt würde. Die Beschwerdeführenden äusserten sich hierzu im hängigen Beschwerdeverfahren nicht.

c) An der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen der Gemeinde an sich besteht, wie gesehen, bereits ein erhebliches öffentliches Interesse. Überdies besteht an der Einhaltung der baurechtlichen Sicherheitsbestimmungen des BauG und der BauV ein zwingendes und damit übergeordnetes öffentliches Interesse, da damit der Schutz von Leib und Leben als öffentliches Gut sichergestellt wird. Den Wiederherstellungsmassnahmen entgegenstehende öffentliche Interessen sind nicht erkennbar.

d) Gemäss der Rechtsprechung darf vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben allgemein bekannt ist. Die Bauherrschaft darf nicht darauf vertrauen, dass die beauftragte (Gartenbau-)Unternehmung die rechtlichen Vorgaben kenne.³² Die Bauherrschaft muss sich das Wissen(müssen) von ihr beigezogenen Fachpersonen (z.B. Architekten) und dasjenige ihrer Rechtsvorgänger anrechnen lassen. Dies gilt auch für die Beschwerdeführenden. Sie vermögen sich folglich nicht mit dem Verweis auf den beigezogenen Architekten für die Erstellung der Absturzsicherung zu exkulpieren. Weiter spielt es keine Rolle,

²⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a.

²⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

²⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10 mit Hinweisen auf die Praxis.

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b.

³¹ BGE 132 II 21 E. 6.4; BGer 1C_344/2017 vom 17. April 2018, E. 5.2.3 und 5.3; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Band I, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. e.

³² Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Bern 2020, Art. N. 9b/a/bb.

ob sie die Fenstertüre selber nachträglich einbauten oder wie von ihnen geltend gemacht, das Haus mit der Fenstertüre erstanden hatten. So oder anders war klar ersichtlich, dass die Fenstertüre nicht dem baubewilligten Zustand entspricht. Indem die Beschwerdeführenden ihr Bauvorhaben, mithin die Absturzsicherung und die damit verbundene Umnutzung des Garagendachs, ohne vorgängiges Einholen einer Baubewilligung ausführten, geltend sie im baurechtlichen Sinn bereits als bösgläubig. Gleiches hat nach den getätigten Ausführungen auch für die Fenstertüre zu gelten, da die Beschwerdeführenden dabei mindestens ein Übernahmeverschulden trifft. Dass schliesslich der Vertrauensgrundsatz verletzt worden wäre, ist weder geltend gemacht noch erkennbar.

e) Die Anordnung, die strittige Absturzsicherung zu entfernen, die Fenstertüre in geeigneter Weise zu sichern, indem diese verschraubt oder anderweitig in vorgängiger Absprache mit der Gemeinde gesichert wird, oder auf den baubewilligten Zustand zurückzubauen, ist weiter geeignet, den rechtmässigen Zustand (wieder)herzustellen. Eine mildere Massnahme, mit der dasselbe Ziel erreicht werden könnte, ist nicht ersichtlich. Es ist weder erkennbar noch geltend gemacht, dass ein weniger weitgehender Rückbau als der vorliegend Verlangte den rechtmässigen Zustand in gleichem Masse wiederherstellen könnte. Zudem lässt die Wiederherstellungsanordnung bezüglich der Fenstertüre den Beschwerdeführenden genügend Freiraum. Wirtschaftliche Interessen – also die Kosten des Rückbaus und verlorene Kosten der Investition – allein haben nach der Rechtsprechung zudem kaum je ausschlaggebendes Gewicht. Finanzielle Interessen, welche der Wiederherstellung entgegenstünden, werden von der Beschwerdeführerin damit zu Recht nicht vorgebracht. Angesichts des erheblichen öffentlichen Interesses und der baurechtlichen Bösgläubigkeit sind die angeordneten Massnahmen für die Beschwerdeführenden damit auch zumutbar, selbst wenn diese mit Kosten verbunden sein werden. Die gemäss Instruktionsverfügung des Rechtsamts vom 2. Juni 2023 angesetzte Frist beträgt drei Monate ab Rechtskraft des vorliegenden Beschwerdeentscheids. Die Beschwerdeführenden haben sich auch hierzu nicht geäußert. Eine dreimonatige Frist erscheint für die Durchführung der angeordneten Massnahmen als angemessen, weshalb die Frist entsprechend angesetzt wird. Damit erweist sich die angeordnete Wiederherstellung insgesamt als verhältnismässig.

f) Nichts für sich abzuleiten vermögen die Beschwerdeführenden sodann aus ihrem Hinweis auf die Besitzstandswahrung. Einerseits fällt vorliegend die Fenstertüre nicht unter das Institut der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG, da dieses nur formell rechtmässig erstellte Bauten umfasst.³³ Andererseits steht der Wiederherstellung auch nicht die Verwirkungsfrist gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG entgegen, da vorliegend mit der Gefährdung von Leib und Leben zwingende öffentliche Interessen für die Sicherung der Fenstertüre und damit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechen. Die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich demnach insgesamt als rechters und ist zu bestätigen bzw. wie angekündigt anzuordnen. Die Beschwerde ist demnach auch in diesem Punkt unbegründet und folglich abzuweisen.

³³ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Bern 2020, Art. 3 N. 2.

7. Ergebnis und Kosten

a) Insgesamt ist die Beschwerde abzuweisen und der Entscheid der Gemeinde vom 20. Februar 2023 zu bestätigen und mit der Anordnung der Wiederherstellungsmassnahmen zu ergänzen.

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 1800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁴). Zusätzliche, besondere Untersuchungen wurden nicht durchgeführt.

Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken können.³⁵ Die Beschwerdeführenden gelten als unterliegend. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt hat, indem sie ihnen keine Gelegenheit zur (abschliessenden) Stellungnahme im vorinstanzlichen Verfahren gab. Ebenfalls zu berücksichtigen ist das Versäumnis der Gemeinde, die Wiederherstellungsmassnahmen konkret im Dispositiv des angefochtenen Entscheids anzuordnen. Diese behördlichen Fehlleistungen rechtfertigen es, den Beschwerdeführenden nur die Hälfte der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 900.00, zur Bezahlung aufzuerlegen. Auf die Erhebung der restlichen Verfahrenskosten wird gestützt auf Art. 108 Abs. 1 VRPG verzichtet.³⁶

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Wie bereits ausgeführt unterliegen die Beschwerdeführenden grundsätzlich. Allerdings ist auch bei der Parteikostenverlegung zu beachten, dass die Gemeinde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt hat. Zuzugle fehlender anwaltlicher Vertretung sind den Beschwerdeführenden jedoch keine zu erstattenden Parteikosten entstanden, was auch auf die Gemeinde zutrifft (Art. 104 Abs. 1 und Abs. 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Entscheid der Gemeinde Hilterfingen vom 20. Februar 2023 wird bestätigt und dessen Ziffer 5 wie folgt angepasst bzw. ergänzt:

«5.1. Bauabschlag und Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

5.1.1

[unverändert]

³⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

³⁵ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 20.

³⁶ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 18.

5.1.1.1

- 1.) Die Beschwerdeführenden werden aufgefordert, innert drei Monaten ab Rechtskraft vorliegenden Beschwerdeentscheids folgende Wiederherstellungsmassnahmen auf der Parzelle Hilterfingen Gbbl. Nr. F. _____ vorzunehmen:
 - a. Die Fenstertüre in der Ostfassade im Dachgeschoss ist so zu verschrauben, dass sie nicht geöffnet werden kann.
 - b. Die Beschwerdeführenden haben die Möglichkeit, anstelle der vorgenannten Massnahme unter Buchstabe a., die Fenstertüre auf den baubewilligten Zustand gemäss Baubewilligung vom 22. Mai 2014 im Verfahren Nr. 929/2013-0056 zurückzubauen oder eine anderweitige, genügende Sicherung der Fenstertüre in vorgängiger Absprache mit der Gemeinde innert derselben Frist umzusetzen (vgl. das Beispiel des französischen Balkons im Entscheid der Gemeinde vom 20. Februar 2023).
 - c. Die Absturzsicherung auf dem Dach der Garage ist zu entfernen.
 - 2.) Kommen die Beschwerdeführenden diesen Anordnungen innert der gesetzten Frist nicht vollständig und vorschriftsgemäss nach, wird die Gemeinde Hilterfingen ohne weitere Verfügung zur Ersatzvornahme schreiten, d.h. auf Kosten der Beschwerdeführenden die Wiederherstellungsarbeiten selber ausführen oder von Dritten ausführen lassen (Art. 47 BauG). Für die Fenstertüre in der Ostfassade im Dachgeschoss wird die Ersatzvornahme diesfalls gemäss Ziffer 1 Buchstabe a. vorgenommen werden (Verschrauben der Türe).
 - 3.) Widerhandlung gegen diese Verfügung sind strafbar nach Art. 50 BauG (Busse bis zu CHF 40 000.–, in besonders schweren Fällen beträgt die Busse CHF 10 000.– bis 100 000.–).»
2. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten im Betrag von CHF 900.– zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
 3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A. _____ und Frau B. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Hilterfingen, Bauverwaltung, 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 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.