



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2023/62

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 4. Dezember 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **C.**_____
Beschwerdeführerin 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

Frau **E.**_____
Beschwerdeführerin 3

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____

und

Herrn **G.**_____
Beschwerdegegner 1

Frau **H.**_____
Beschwerdegegnerin 2

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ferenbalm, Gemeindehaus, 3206 Rizenbach

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ferenbalm vom 16. März 2023 (Widerruf Baubewilligung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdegegnerschaft sind Nachbarn in der Gemeinde Ferenbalm. Die Beschwerdeführerinnen besitzen als Erbengemeinschaft des Herrn A._____ die Parzelle Ferenblam, Grundbuchblatt Nr. J._____ während der Beschwerdegegner und die Beschwerdegegnerin als einfache Gesellschaft Gesamteigentümer der Nachbars-parzelle Nr. B._____ sind. Die Liegenschaften liegen in der Wohnzone W2. Mit Schreiben vom 18. November 2022 reichten die Beschwerdeführerinnen, damals vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. I._____, bei der Gemeinde Ferenbalm ein «Gesuch um Widerruf

einer Baubewilligung; Eventuell Gesuch um Erlass einer Wiederherstellungsverfügung» ein. Die Beschwerdeführerinnen beantragten darin, die Baubewilligung vom 20. November 2019 (Nr. 14/2019) der Beschwerdegegnerschaft sei zu widerrufen und eventuell sei gegen die Beschwerdegegnerschaft ein Wiederherstellungsverfahren zu eröffnen und durchzuführen.

Mit Verfügung vom 16. März 2023 entschied die Gemeinde Ferenbalm:

«Dispositiv

1. Das Gesuch um Widerruf einer Baubewilligung, eventuell ein Gesuch um Erlass einer Wiederherstellungsverfügung vom 18. November 2022 wird abgelehnt.
2. Gemäss Gebührenreglement der Einwohnergemeinde Ferenbalm beträgt die Gebühr für das Ausstellen dieser Verfügung CHF 100.00.
3. [Rechtsmittelbelehrung]»

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführerinnen, nun vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____, am 11. April 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

«Rechtsbegehren

1. Es sei die Verfügung vom 16. März 2023 aufzuheben und die Einwohnergemeinde Ferenbalm im Sinne der Erwägungen anzuweisen, unverzüglich bzw. spätestens innerhalb von 10 Tagen ein Wiederherstellungsverfahren nach Art. 46 BauG gegen [die Beschwerdegegnerschaft] zu eröffnen und durchzuführen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet,¹ führte den Schriftenwechsel durch. Dabei forderte es die Gemeinde Ferenbalm explizit auf, auch über allfällige baupolizeiliche Verfahren (hängige wie abgeschlossene) betreffend die Liegenschaft der Beschwerdegegnerschaft auf der Parzelle Nr. B._____ Auskunft zu geben. Ebenfalls holte es bei der Gemeinde die alten Bauakten Nr. 1/2019 bzw. Nr. 14/2019 betreffend die Liegenschaft der Beschwerdegegnerschaft ein. In ihrer Stellungnahme vom 15. Mai 2023 führt die Gemeinde aus, die beiden Themen Widerruf einer Baubewilligung und Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands dürften nicht vermischt werden, sondern seien strikt voneinander zu trennen. Bezüglich des Widerrufs der Baubewilligung vom 20. November 2019 [Verfahren Nr. 14/2019] hält die Gemeinde fest, dass die Voraussetzungen nach Art. 43 BauG nicht erfüllt seien. Die angefochtene Verfügung sei deswegen – soweit sie den Widerruf der Baubewilligung vom 20. November 2019 betreffe – zu bestätigen und die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen. Bezüglich der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hält die Gemeinde fest, sie sei sich durchaus bewusst, dass sie ein Verfahren hierzu nach Art. 46 BauG durchzuführen habe, sobald die entsprechenden Voraussetzungen (Bauen ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung) erfüllt seien. Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung sei daher insoweit zu präzisieren, als das Gesuch um Widerruf der Baubewilligung vom 20. November 2019 abgewiesen und das Eventualgesuch um Erlass einer Wiederherstellungsverfügung als baupolizeiliche Anzeige entgegengenommen werde. Die Beschwerdegegnerschaft ihrerseits liess sich innert der angesetzten Frist nicht vernehmen.

4. Auf Nachfrage des Rechtsamts, die Stellungnahme vom 15. Mai 2023 sei bezüglich des Themas Baupolizei / Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unklar und ob die Gemeinde ihre angefochtene Verfügung zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen im Sinne von Art. 71 Abs. 1

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).

VRPG² abzuändern gedenke, hielt die Gemeinde mit Eingabe vom 15. Juni 2023 fest, die Verfügung vom 16. März 2023 werde nicht abgeändert.

5. Mit unaufgeforderter Replik vom 21. Juni 2023 halten die Beschwerdeführerinnen an den «bisher gestellten Rechtsbegehren» fest. Die Gemeinde wiederholt in ihrer Stellungnahme vom 17. August 2023, die angefochtene Verfügung vom 16. März 2023 werde nicht abgeändert oder ergänzt. Weiter bestätigte die Gemeinde die Eröffnung eines «Projektänderungsverfahrens bezüglich dem neuen Fenster im Abstellraum». Die Bauherrschaft habe entsprechende Pläne eingereicht. Das Verfahren sei aber bis zum Entscheid der BVD vorläufig eingestellt worden. Die Beschwerdegegnerschaft liess sich erneut nicht vernehmen.

6. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2023 reichte der Vertreter der Beschwerdeführerinnen seine Kostennote ein. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine Verfügung der Gemeinde Ferenbalm, welche sowohl den Widerruf einer Baubewilligung nach Art. 43 BauG³ wie auch baupolizeiliche Elemente gemäss Art. 45 ff. BauG zum Inhalt hat. Eine Verfügung über den Widerruf einer Baubewilligung kann gemäss Art. 43 Abs.3 BauG wie ein Bauentscheid angefochten werden. Dieser Rechtsweg steht auch im Falle der Verweigerung eines beantragten Widerrufs offen.⁴ Das Eintreten auf die vorliegende Beschwerde richtet sich somit einerseits nach den Voraussetzungen gemäss Art. 40 BauG, wonach Bauentscheide innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Andererseits können Baupolizeiliche Verfügungen gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG ebenfalls innert 30 Tagen seit Eröffnung bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerinnen, deren Widerrufsgesuch und deren Gesuch um Erlass einer Wiederherstellungsverfügung abgewiesen wurden, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid formell beschwert. Zur Beschwerde gegen einen Widerrufsentscheid ist sodann nur legitimiert, wer in einer besonderen Beziehungsnähe zur Streitsache steht.⁵ Als Gesamteigentümer einer Nachbarparzelle zum Baugrundstück der Beschwerdegegnerschaft ist die verlangte besondere Beziehungsnähe ohne weiteres gegeben und die Beschwerdeführerinnen sind somit durch die Verweigerung des Widerrufs der Baubewilligung vom 20. November 2019 (Nr. 14/2019) ebenfalls materiell beschwert. Gleiches gilt für den baupolizeilichen Teil der angefochtenen Verfügung. Denn haben Nachbarn durch ihre Anzeige ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgelöst und sind sie durch einen Verzicht auf die Wiederherstellung mehr als jedermann betroffen, so sind sie in diesem Verfahren beschwerdebefugt.⁶ Die Beschwerdeführerinnen haben mittels Gesuch die Aufnahme eines Wiederherstellungsverfahrens gegen die Beschwerdegegnerschaft beantragt und sich im vorinstanzlichen Verfahren als Partei konstituieren wollen.⁷ Durch den Verzicht der Gemeinde Ferenbalm in der angefochtenen

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

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 43 N. 3.

⁵ BVR 1990 S. 424 E. 3 f.

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 49 N. 3/b.

⁷ Vgl. das Gesuch vom 8. November 2022, Rz. 31, Beschwerdebeilage 15.

Verfügung, Wiederherstellungsmassnahmen zu verhängen, sind sie als unmittelbare Nachbarn mehr als jedermann betroffen und damit materiell beschwert.

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten.

2. Allfällige Nichtigkeit der Baubewilligung vom 20. November 2019

a) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Baukommission und nicht der Bauverwalter hätte die Baubewilligung vom 20. November 2019 verfügen müssen, da das Bauvorhaben Ausnahmegewilligungen für die Unterschreitung des Grenzabstandes, zur Verletzung des Näherbaurechts sowie für die Unterschreitung des Strassenabstandes erfordert hätte. Damit habe eine unzuständige Behörde die Baubewilligung erteilt. Obwohl die Beschwerdeführenden auf die Anfechtung des im vorinstanzlichen Verfahren beantragten und von der Gemeinde abgewiesenen Widerrufs der Baubewilligung vom 20. November 2019 gemäss ihrer Replik vom 21. Juni 2023 verzichten (vgl. sogleich Erwägung 3), ist der Beschwerde mindestens sinngemäss die Schlussfolgerung zu entnehmen, die angefochtene Verfügung vom 20. November 2019 sei nichtig.⁸

b) Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Nichtigkeit wird indessen nur angenommen, wenn der Mangel der Verfügung besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Nichtigkeitsgründe sind hauptsächlich schwerwiegende Verfahrensfehler und die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde. Inhaltliche Mängel haben dagegen nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge.⁹

c) Bei der Baubewilligung vom 20. November 2019 handelt es sich um eine solche mit geringem Koordinationsaufwand gemäss Art. 33 Abs. 2 BauG i.V.m. Art. 9 BewD. Demnach war die im baurechtlichen Sinne kleine Gemeinde Ferenbalm (vgl. Art. 33 Abs. 2 BauG) zuständig für die Führung des Baubewilligungsverfahrens Nr. 14/2019 und die Erteilung der Baubewilligung vom 20. November 2019. Insoweit ist die Zuständigkeit von den Beschwerdeführerinnen auch nicht bestritten. Gemäss Art. 75 GBR¹⁰ richten sich die Zuständigkeiten im Baubewilligungsverfahren innerhalb der Gemeinde Ferenbalm nach deren Organisationsreglement¹¹. Dieses bestimmte im zum Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung vom 20. November 2019 gültigen Anhang I (altAnhang I) die Zuständigkeiten wie folgt: Die Baukommission ist zuständig für die abschliessende Durchführung von Baubewilligungsverfahren im Kompetenzbereich der kleinen Gemeinde (Art. 9 BewD). Die Bauverwalterin/der Bauverwalter ist zur abschliessenden Durchführung von Baubewilligungsverfahren nach Art. 27 BewD mit Einzelunterschrift ermächtigt, sofern a) keine Ausnahmen erforderlich sind, b) keine Veröffentlichung erfolgen muss, c) keine Einsprachen eingegangen sind.

d) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Baubewilligung vom 20. November 2019 hätte nicht ohne verschiedene Ausnahmegewilligungen erteilt werden dürfen, weshalb die Baukommission und nicht der Bauverwalter alleine gemeindeintern zuständig gewesen wäre. Ob und inwiefern diese Behauptung der Beschwerdeführerinnen zutrifft, ist eine materiell-rechtliche

⁸ Vgl. die Beschwerde vom 11. April 2023, Rz. 46-49 sowie die Replik vom 21. Juni 2023, Rz. 4.

⁹ BGE 145 III 436 E. 4, 138 II 501 E. 3.1; Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 85 ff.

¹⁰ Baureglement der Einwohnergemeinde Ferenbalm, genehmigte Fassung vom Januar 2014 (GBR).

¹¹ Organisationsreglement der Einwohnergemeinde Ferenbalm vom 30. November 2015 inkl. Teilrevisionen vom 2. Dezember 2019, vom 30. November 2020, vom 23. Mai und vom 28. November 2022 (OrG).

Frage bezüglich dem Baugesuch im Verfahren Nr. 14/2019 vor der Gemeinde Ferenbalm mit Auswirkungen auf die gemeindeinterne Zuständigkeit. Diese materiell-rechtliche Frage kann gestützt auf nachfolgende Ausführungen vorliegend aber offen gelassen werden. Die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde stellt zwar in der Regel einen schwerwiegenden Mangel und damit grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund dar. Eine Ausnahme von der Nichtigkeitsfolge macht die Praxis jedoch unter anderem für den Fall, dass der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt.¹² Gemäss Art. 75 GBR i.V.m. altAnhang I OgR ist sowohl der Bauverwalter alleine wie auch die Baukommission in Fällen, in welchen die Gemeinde Ferenbalm nach kantonalem Recht zuständig ist, gemeindeintern – je nach materiellen Erfordernissen der Baubewilligung – die zuständige Baubewilligungsbehörde. Sie sind mithin beide unterschriftsberechtigt für rechtswirksame Bauentscheide der Gemeinde Ferenbalm. Damit verfügen beide über grundsätzliche Entscheidungsgewalt auf dem Gebiet der Baubewilligungen. Eine offensichtliche Unzuständigkeit ist damit nicht erkennbar, wenn gemeindeintern in Ferenbalm je nach Erfordernis einer baurechtlichen Ausnahme die falsche Stelle (Bauverwalter anstatt Baukommission) den Bauentscheid unterzeichnet haben sollte. Fraglich ist zudem ohnehin, ob die allenfalls falsche Unterschrift durch den Bauverwalter überhaupt eine Frage der funktionellen oder sachlichen Unzuständigkeit ist oder nicht allenfalls nur das (gemeindeinterne) Unterschriftserfordernis betrifft. Dies kann jedoch ebenfalls offen gelassen werden, liegt die Nichtigkeit der Baubewilligung vom 20. November 2019 nach dem Gesagten jedenfalls nicht vor. Ob die vorgebrachten formellen Mängel allenfalls die Anfechtbarkeit der Baubewilligung vom 20. November 2019 zu begründen vermocht hätten bzw. deren Widerruf zu begründen vermöchten, ist vorliegend nicht zu beantworten (vgl. Erwägung 3 nachfolgend).

3. Anfechtungsobjekt und Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.¹³

b) Die Gemeinde hat in der angefochtenen Verfügung vom 16. März 2023 das Gesuch der Beschwerdeführenden vom 18. November 2022 integral «abgelehnt», mithin abgewiesen. Das Gesuch beinhaltete einerseits das Begehren um Widerruf der Baubewilligung vom 20. November 2019 (Nr. 14/2019). Andererseits ersuchten die Beschwerdeführenden um Eröffnung eines Wiederherstellungsverfahrens gegen die Beschwerdegegnerschaft. Dass letzteres Begehren mit dem einleitenden Worten «Eventuell sei...» beginnt, gibt diesem den Anschein eines Eventualbegehrens, welches nur im Falle eines Unterliegens im Hauptbegehren zu prüfen sei. Aus der Begründung des Gesuchs vom 18. November 2022 ergibt sich jedoch das Gegenteil. Die Beschwerdeführenden verlangten im damaligen Gesuch an die Gemeinde unabhängig vom Widerruf der Baubewilligung vom 20. November 2019 die Eröffnung eines Wiederherstellungsverfahrens, nämlich bezogen auf sämtliche von ihnen aufgezeigten Bauvorhaben oder Teile davon auf der Parzelle der Beschwerdegegnerschaft, welche ohne Baubewilligung oder in Überschreitung derjenigen vom 20. November 2019 erstellt worden sein sollen.¹⁴ Zudem beantragten sie mindestens sinngemäss, dass für den Fall des Widerrufs der

¹² Vgl. BVR 2005/321, E. 2.4, mit Hinweisen. Vgl. auch BDE 110 2002 167 vom 30. Mai 2003, E. A 2 mit Hinweisen.

¹³ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 bis 14.

¹⁴ Vgl. das Gesuch vom 8. November 2022, u.a. Rz. 14, 26-30, Beschwerdebeilage 15.

Baubewilligung vom 20. November 2019 und wenn das Vorhaben im Rahmen des erneut zu fällenden Bauentscheids nicht oder nur teilweise bewilligt werden könne, für sämtliche davon betroffenen Bauvorhaben ein Wiederherstellungsverfahren zu eröffnen sei.¹⁵ Damit ist festzuhalten, dass sowohl der Widerruf der Baubewilligung vom 20. November 2019 im Baubewilligungsverfahren Nr. 14/2019 sowie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf der Parzelle der Beschwerdegegnerschaft Streitgegenstand im vorinstanzlichen Verfahren waren und mittels Verfügung vom 16. März 2023 von der Gemeinde beurteilt wurden. Letztere ist das Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren und damit bilden grundsätzlich auch die beiden Themen Widerruf und Wiederherstellung den möglichen Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

c) Die Beschwerdeführenden beantragen in ihrer Beschwerde einerseits die (integrale) Aufhebung der Verfügung vom 16. März 2023 und andererseits die Anweisung an die Gemeinde, unverzüglich bzw. spätestens innerhalb von 10 Tagen ein Wiederherstellungsverfahren gegen die Beschwerdegegnerschaft zu eröffnen und durchzuführen. In ihren Rechtsbegehren äussern sie sich nicht explizit zum ursprünglich im Gesuch vom 18. November 2022 ersuchten Widerruf der Baubewilligung vom 20. November 2019. In der Replik vom 21. Juni 2023 bestätigen die Beschwerdeführerinnen ihre gestellten Rechtsbegehren. Sie bringen zum Umfang der Beschwerde vor, dass aus dem Rechtsbegehren und insbesondere auch den rechtlichen Ausführungen der Beschwerde vom 11. April 2023 klar zum Ausdruck komme, dass die Beschwerdeführerinnen die unverzügliche Eröffnung eines Wiederherstellungsverfahrens nach Art. 46 BauG, nicht aber den Widerruf der an sich rechtswidrigen Baubewilligung vom 20. November 2023 verlangt hätten. Die Beschwerdeführenden haben damit den Streitgegenstand auf die Frage des Erlasses einer Wiederherstellungsverfügung bzw. die Einleitung eines baupolizeilichen Verfahrens beschränkt.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Die Beschwerdeführerinnen verlangen in ihrer Beschwerde die Einleitung eines baupolizeilichen Verfahrens nach Art. 46 BauG. Aus der Begründung der Beschwerde geht hervor, dass verschiedenen Bauvorhaben bzw. Teile davon die Baubewilligung vom 20. November 2019 überschreiten würden, mithin formell nicht baubewilligt seien. So monieren die Beschwerdeführerinnen, der in den damaligen Bauplänen eingezeichnete Abstellraum sei entgegen den ausgeführten Arbeiten fensterlos und auf dem Flachdach sei keine Absturzsicherung eingezeichnet.¹⁶ Ebenfalls sei auf dem Dach des Velounterstandes keine Absturzsicherung eingezeichnet.¹⁷ Beide Flachdächer würden als Terrassen mit Sitzgelegenheiten gebraucht, wofür keine Baubewilligung vorläge, obwohl eine solche Nutzung bewilligungspflichtig sei.¹⁸ Weiter bestehe an der Südfassade des Wohnhauses ein seitlich geschlossener und gedeckter Anbau. Es sei unklar, ob und wann dieser Anbau bewilligt worden sei.¹⁹ Sämtliche dieser vier monierten Sachverhalte (Fenster im Abstellraum, Absturzsicherungen, Terrassennutzungen sowie südlicher Anbau) bemängelten die Beschwerdeführerinnen bereits in ihrem Gesuch vom 18. November 2022. Die Gemeinde wies dieses Gesuch um Erlass einer Wiederherstellungsverfügung in der angefochtenen Verfügung ab, ohne näher darauf einzugehen. Immerhin hielt sie bezüglich der Absturzsicherung sowie dem Fenster im Abstellraum fest, diese seien in Abweichung der Baubewilligung erstellt worden. Diese Abweichungen würden im Rahmen «einer nachträglichen Projektänderung abgehandelt». In ihrer Beschwerdeantwort vom 15. Mai

¹⁵ Vgl. das Gesuch vom 8. November 2022, Rz. 25, Beschwerdebeilage 15.

¹⁶ Vgl. die Beschwerde vom 11. April 2023, Rz. 8 und 15.

¹⁷ Vgl. die Beschwerde vom 11. April 2023, Rz. 11.

¹⁸ Vgl. die Beschwerde vom 11. April 2023, Rz. 16, 19, 78 80.

¹⁹ Vgl. die Beschwerde vom 11. April 2023, Rz. 38.

2023 räumt die Gemeinde ein, es «sei ihr durchaus bewusst, dass sie ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach Art. 46 BauG durchzuführen habe, sobald die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt» seien. Es habe sich zudem im Nachhinein gezeigt, dass auf den Plänen zum Baugesuch die Absturzsicherung eingetragen gewesen seien, wenn auch fälschlicherweise nicht mit rot gekennzeichnet. In der angefochtenen Verfügung habe sie mit der Formulierung, die Abweichungen würden im Rahmen einer nachträglichen Projektänderung abgehandelt werden, zum Ausdruck bringen wollen, die Bewilligungsfähigkeit der unbewilligten Bauten würden im Rahmen eines baupolizeilichen Verfahrens bzw. eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens beurteilt werden. Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung sei daher insoweit zu präzisieren, als das Gesuch um Widerruf der Baubewilligung vom 20. November 2019 abgewiesen und das Eventualgesuch um Erlass einer Wiederherstellungsverfügung als baupolizeiliche Anzeige entgegengenommen werde.

b) Mit der Formulierung in der Beschwerdeantwort, Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung sei im oben genannten Umfang zu präzisieren, kommt die Gemeinde indirekt auf ihre Verfügung vom 16. März 2023 zurück. Zwar ist die Beschwerdeantwort nicht als neue Verfügung zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen einzustufen,²⁰ jedoch unterzieht sich die Gemeinde damit der Beschwerde der Beschwerdeführerinnen, soweit diese die Durchführung eines baupolizeilichen Verfahrens beantragen. Bezüglich des Fensters im Abstellraum ist gemäss der Replik der Beschwerdeführerinnen vom 21. Juni 2021 sowie der Stellungnahme der Gemeinde vom 17. August 2023 ein «Projektänderungsverfahren» hängig. Damit dürfte ein nachträgliches Baugesuch gemeint sein. Ein solches ist nach den ordentlichen Regeln zu veröffentlichen bzw. gegebenenfalls den betroffenen Nachbarn direkt mitzuteilen (vgl. Art. 27 BewD). Gemäss Mitteilung der Beschwerdeführerinnen in vorliegendem Verfahren ist letzteres am 3. Mai 2023 geschehen.²¹ Die Beschwerdeführerinnen monieren mit Einsprache vom 30. Mai 2023 gegen das Gesuch um «Projektänderung», auf dieses sei nicht einzutreten, da die gleiche Sache hängig vor der BVD sei.²² Daraufhin schrieb die Gemeinde per E-Mail an die Beschwerdegegnerschaft, die «Bearbeitung der Projektänderung [werde] im Moment sistiert und die entsprechende Beurteilung» [der BVD] abgewartet.²³

c) Die Beschwerdeführerinnen stellen sich gegenüber der Gemeinde damit auf den Standpunkt der Unzuständigkeit zufolge Rechtshängigkeit der gleichen Sache bei der BVD. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Mit Einreichung der Beschwerdeschrift vom 11. April 2023 wurde das Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung der Gemeinde vom 16. März 2023 bei der BVD rechtshängig gemäss Art. 16 Abs. 2 VRPG. Der Beginn der Rechtshängigkeit bedeutet die Ausschlusswirkung für andere Behörden. Diesen ist es verwehrt, hinsichtlich des gleichen Verfahrens- oder Streitgegenstandes tätig zu werden. Ein Verfahren der ursprünglichen oder nachträglichen Verwaltungsrechtspflege kann mithin nicht gleichzeitig bei zwei Behörden hängig sein.²⁴ Damit ist es der Gemeinde vor Abschluss vorliegenden Beschwerdeverfahrens verwehrt, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren in der – zumindest teilweise – gleichen Sache zu führen.

d) Die BVD stellt somit fest, dass die Gemeinde die im vorinstanzlichen wie in vorliegendem Verfahren gerügten baupolizeilichen Sachverhalte seitens der Beschwerdeführerinnen teilweise anerkennt (Fenster im Abstellraum), teilweise als baubewilligt zu betrachten scheint (Absturzsicherung) sowie teilweise unkommentiert belassen hatte (Terrassennutzung sowie Anbau südlich des Wohnhauses der Beschwerdegegnerschaft). Weiter ist festzuhalten, dass die

²⁰ Vgl. die Instruktionsverfügung des Rechтамts vom 30. Mai 2023.

²¹ Vgl. Beilage 16 der Stellungnahme vom 21. Juni 2023.

²² Vgl. Beilage 18 der Stellungnahme vom 21. Juni 2023.

²³ Vgl. Beilage 19 der Stellungnahme vom 21. Juni 2023.

²⁴ Reto Feller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 16 N. 6.

Gemeinde kein eigentliches baupolizeiliches Verfahren durchführte, welches die vier genannten Bauvorhaben umfasst, sondern das Begehren der Beschwerdeführerinnen um die Durchführung eines solchen Verfahrens in der angefochtenen Verfügung ohne Begründung pauschal abwies. Dass die Beschwerdegegnerschaft ein nachträgliches Baugesuch für einen Teil dieser Bauvorhaben (Fenster im Abstellraum) eingereicht hat, ändert daran nichts. Gestützt auf die Rechtshängigkeit der gleichen Sache bei der BVD ist es der Gemeinde wie gesehen verwehrt, darüber gleichzeitig ein Verfahren zu führen. Mit ihren Äusserungen im Beschwerdeverfahren hat sich die Gemeinde jedoch der Beschwerde – was den baupolizeilichen Sachverhalt betrifft – komplett unterzogen, mithin auch bezüglich der Absturzsicherung. Die Beschwerde ist mit anderen Worten bezüglich des baupolizeilichen Teils der Verfügung vom 16. März 2023 zufolge Unterziehen der Gemeinde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist folglich diesbezüglich aufzuheben und die Gemeinde anzuweisen, bezüglich der genannten Bauvorhaben ein baupolizeiliches Verfahren unverzüglich zu eröffnen und durchzuführen. Die Gemeinde wird dabei die vier genannten, baupolizeilichen Vorwürfe prüfen und danach in einer baupolizeilichen Verfügung festhalten müssen, welche Bauvorhaben bzw. welche Teile baubewilligt sind und welche nicht. Für letztere hat sie sodann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen und dabei die Beschwerdegegnerschaft auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hinzuweisen. Die Beschwerdeführerinnen ihrerseits haben bereits in ihrem Gesuch vom 18. November 2022 sowie auch in vorliegendem Beschwerdeverfahren unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, in einem allfälligen baupolizeilichen Verfahren Parteistellung zu beanspruchen. Damit hat die Gemeinde die Beschwerdeführerinnen von Anfang an als Parteien am baupolizeilichen verfahren zu beteiligen.

5. Zusammenfassung und Kosten

a) Nach dem Gesagten unterzieht sich die Gemeinde der Beschwerde der Beschwerdeführerinnen soweit diese die Abweisung ihres Gesuchs um Erlass einer Wiederherstellungsverfügung monierten. Die angefochtene Verfügung vom 16. März 2023 ist demnach insoweit aufzuheben und die Sache an die Gemeinde zurückzuweisen. Letztere hat ein baupolizeiliches Verfahren gegen die Beschwerdegegnerschaft bezüglich den vier monierten Bauvorhaben (Fenster im Abstellraum, Absturzsicherungen und Terrassennutzung der Dachflächen des Veloraumes und des Abstellraumes, Anbau im Süden des Wohnhauses) durchzuführen und die Beschwerdeführerinnen dabei von Anfang an als Parteien zu beteiligen. Bezüglich dem Widerruf der Baubewilligung vom 18. November 2019 ziehen die Beschwerdeführerinnen in der Replik ihren Antrag auf integrale Aufhebung der Verfügung vom 16. März 2023 zurück. Das Verfahren ist somit diesbezüglich als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis der BVD abzuschreiben. Die Beschwerdeführerinnen gelten sodann im Umfang des Rückzugs als unterliegend (Art. 110 Abs.1 VRPG). Was die Beschwerdeführerinnen hierzu in der Replik vorbringen – das Rechtsbegehren sei von Anfang an auf den baupolizeilichen Aspekt beschränkt gewesen –, überzeugt nicht. Die Beschwerdeführerinnen sind anwaltlich vertreten und haben beantragt, die Verfügung vom 16. März 2023 sei aufzuheben. Eine Beschränkung nur auf den baupolizeilichen Aspekt ist weder dem Antrag zu entnehmen noch geht sie aus der Begründung der Beschwerde hervor. Vielmehr ist dieser detailliert zu entnehmen, weshalb die damalige Baubewilligung vom 18. November 2019 nicht rechters sei, mithin die angefochtene Verfügung den Widerruf falsch beurteilt hätte. Gleiches gilt bezüglich der aufgeworfenen Frage der Nichtigkeit dieser Baubewilligung. Auch wenn die Beschwerdeführerinnen keinen expliziten Antrag diesbezüglich gestellt haben, ist ein solcher der Begründung der Beschwerde (und auch der Replik) mindestens implizit zu entnehmen. Die Beschwerdeführerinnen sind anwaltlich vertreten und können sich nicht mit dem Hinweis auf einen fehlenden Antrag von einer allfälligen Kostenpflicht befreien und trotzdem die Prüfung der Nichtigkeit mit dem Hinweis auf die Prüfung von Amtes wegen verlangen. Sie gelten demnach

auch diesbezüglich als unterliegend. Insgesamt ist bei diesem Ausgang des Verfahrens von einem hälftigen Obsiegen der Beschwerdeführerinnen auszugehen.

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.– bis CHF 4000.– erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV²⁵). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale im vorliegenden Fall auf CHF 1200.– festgesetzt.

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).²⁶ Die Beschwerdegegnerschaft als notwendige Partei in vorliegendem Verfahren hat im Rahmen des Obsiegens der Beschwerdeführerinnen als unterliegend zu gelten. Sie können sich nicht von der Kostenpflicht befreien, indem sie keinen Antrag gestellt hatten.²⁷ Sie haben daher die Verfahrenskosten im Rahmen ihres Unterliegens zu tragen. Die Beschwerdeführerinnen haben demnach ebenso wie die Beschwerdegegnerschaft je die hälftigen Verfahrenskosten (Art. 108 Abs. 1 VRPG), ausmachend je CHF 600.–, zu tragen. Sowohl die Beschwerdeführerinnen wie auch die Beschwerdegegnerschaft haften für ihren Betrag jeweils solidarisch (Art. 106 VRPG).

c) Die Beschwerdegegnerschaft hat zudem den Beschwerdeführenden die hälftigen 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 PKV²⁸ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.– bis CHF 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 KAG²⁹). Die Beschwerdeführerinnen machen in der Kostennote ihres Rechtsvertreters vom 16. Oktober 2023 einen Parteikostenersatz von total CHF 5455.– geltend (Honorar CHF 5390.–, Auslagen CHF 65.–). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als knapp durchschnittlich zu werten. Angesichts der Dimensionen der mutmasslichen Baukosten und den umstrittenen Rechtsfragen sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von total CHF 3500.– als angemessen. Zuzüglich Auslagen von CHF 65.– ergeben sich Parteikosten in der Höhe von CHF 3565.–. Davon hat die Beschwerdegegnerschaft den Beschwerdeführerinnen die Hälfte, ausmachend CHF 1782.50 zu ersetzen.

d) Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind zudem die vorinstanzlichen Kosten betroffen. Es rechtfertigt sich vorliegend, die Gebühren der Gemeinde von CHF 100.– um die Hälfte auf CHF 50.– zu reduzieren. In diesem Umfang bleiben sie den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

²⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

²⁶ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 8.

²⁷ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 5.

²⁸ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

²⁹ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde vom 11. April 2023 wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Ferenbalm vom 16. März 2023 wird – soweit sie den Verzicht auf Wiederherstellungsmassnahmen betrifft – aufgehoben und die Gemeinde Ferenbalm angewiesen, im Rahmen der Erwägungen ein baupolizeiliches Verfahren gegen die Beschwerdegegnerschaft zu eröffnen.

Soweit weitergehend und damit den verneinten Widerruf der Baubewilligung vom 20. November 2019 betreffend, wird die Beschwerde vom 11. April 2023 zufolge Rückzugs des entsprechenden Begehrens als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

2. Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten werden sowohl den Beschwerdeführerinnen wie auch der Beschwerdegegnerschaft je zur Hälfte, ausmachend jeweils CHF 600.–, auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen wie die Beschwerdegegnerschaft haften solidarisch für den ihnen auferlegten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von CHF 100.– werden auf CHF 50.– reduziert und den Beschwerdeführerinnen zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig. Einen allfälligen Überschuss von bereits bezahlten Gebühren hat die Gemeinde Ferenbalm den Beschwerdeführerinnen innert 30 Tagen ab Rechtskraft vorliegenden Entscheids auszusahlen.
4. Die Beschwerdegegnerschaft hat den Beschwerdeführenden Parteikosten im Betrag von CHF 1782.50 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt F. _____, eingeschrieben
- Frau H. _____ und Herrn G. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ferenbalm, 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 5 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.