

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2015/46

Bern, 30. November 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Fürsprecher C._____



und

D._____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Saanen, Bau- und Planungskommission, 3792 Saanen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Saanen vom 19. Juni 2015
(Baugesuch: B2.2.2.2005-141; Anbau)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer 1 erstattete 2014 eine baupolizeiliche Anzeige bei der Gemeinde Saanen betreffend eine widerrechtliche Übernahme von Bruttogeschossfläche. Gestützt auf diesen widerrechtlichen Vorgang sei dem Rechtsvorgänger der

Beschwerdegegnerin eine Baubewilligung für einen Anbau zwecks Erweiterung des Wohnbereichs erteilt worden. Daher würden der Widerruf der Baubewilligung und die Schleifung des Anbaus verlangt.

Mit Verfügung vom 19. Juni 2015 stellte die Gemeinde Saanen fest, dass die Baubewilligung vom 7. Februar 2006 in Rechtskraft erwachsen sei, der Anbau gemäss den bewilligten Plänen erstellt worden sei und ein baupolizeiliches Verfahren somit nicht möglich sei.

2. Gegen diese Verfügung reichte der Parteivertreter der Beschwerdeführenden am 22. Juli 2015 namens der beiden Beschwerdeführenden sowie zweier weiterer Personen Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Mit der Beschwerde wird beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben. Die Beschwerdegegnerin sei unter Androhung der Ersatzvornahme anzuweisen, den rechtmässigen Zustand betreffend Anbau innert behördlich zu bestimmender Frist wiederherzustellen. Eventualiter sei die Gemeinde Saanen anzuweisen, betreffend den Anbau die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme innert behördlich zu bestimmender Frist anzuordnen. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung und zur Durchführung eines Widerrufsverfahrens an die Gemeinde Saanen zurückzuweisen. Der Beschwerde lagen die Anwaltsvollmachten der beiden Beschwerdeführenden bei, hinsichtlich der Anwaltsvollmachten der beiden weiteren Personen kündigte der Parteivertreter deren Nachreichung an.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde Saanen in ihrer Vernehmlassung vom 31. August 2015 und die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vom 11. September 2015 beantragten die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Nachdem das Rechtsamt mit Verfügung vom 15. Oktober 2015 die fehlenden Anwaltsvollmachten nachgefordert hatte, teilte der Parteivertreter der Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 9. November 2015 mit, dass die zwei weiteren Personen am vorliegenden Verfahren nicht (länger) teilnehmen würden.

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

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

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Angefochten ist eine baupolizeiliche Verfügung nach Art. 45 bis 48 BauG². Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG können solche Verfügungen innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Der Parteivertreter der Beschwerdeführenden hat in seiner Eingabe vom 8. Juli 2014 an die Vorinstanz geschrieben, dass ihn der Beschwerdeführer 1 mit seiner Interessenwahrung beauftragt habe.³ Auch in der Eingabe vom 28. Mai 2015 an die Vorinstanz spricht der Parteivertreter nach wie vor von "Namens und auftrags meines Mandanten".⁴ Somit ist der Beschwerdeführer 1 als Anzeiger durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 65 Abs. 1 VRPG⁵). Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

c) Demgegenüber ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 2 zweifelhaft, hat sich diese doch anscheinend nicht als Anzeigerin am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Da auf die gemeinsame Beschwerde der Beschwerdeführenden ohnehin einzutreten ist, muss dies jedoch nicht abschliessend geprüft werden. Es wird aber darauf hingewiesen, dass in einem allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren die Legitimation der Beschwerdeführerin 2 nachgewiesen werden müsste.

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

³ Vorakten, pag. 3

⁴ Vorakten, pag. 23

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

2. Wiederherstellung

a) Streitobjekt im vorliegenden Verfahren ist ein Anbau auf der Südwestseite des Wohngebäudes Nr. H._____, Saanen Grundbuchblatt Nr. F._____, welches der Rechtsvorgänger der Beschwerdegegnerin vor rund zehn Jahren erstellt hat. Die Beschwerdeführenden beantragen im Haupt- und Eventualbegehren die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, sprich den Rückbau des Anbaus. Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, setzt die Baupolizeibehörde dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Relevant für den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung ist also einzig das Fehlen einer Baubewilligung, mithin die formelle Rechtswidrigkeit. Für die materielle Rechtmässigkeit, also die Baubewilligungsfähigkeit einer Baute, interessiert sich das Baupolizeiverfahren dagegen nicht.⁶

b) Für den umstrittenen Anbau wurde am 7. Februar 2006 von der Gemeinde Saanen eine nachträgliche kleine Baubewilligung erteilt, welche in Rechtskraft erwachsen ist. Der Anbau entspricht diesen bewilligten Plänen. Beides ist unbestritten. Demnach ist der Anbau formell rechtmässig. Somit besteht grundsätzlich kein Raum für eine Wiederherstellungsverfügung.

Die Beschwerdeführenden machen jedoch geltend, die Baubewilligung sei nichtig. Dies weil im Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung auf der Parzelle Nr. F._____ nicht mehr ausreichend Nutzungsreserven vorhanden gewesen seien. Die zulässige Baufläche für die Parzelle betrage 168.00 m². Ohne Anbau seien davon bereits 166.48 m² verbaut gewesen. Somit sei nur noch eine Reserve von 1.52 m² Baufläche vorhanden gewesen, was für den Anbau nicht ausgereicht habe. Der von der Baubewilligungsbehörde angenommene Nutzungstransfer ab der Strassenparzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. G._____ zugunsten der Bauparzelle Nr. F._____ habe nie stattgefunden, weder 2006 für den Anbau noch 1985 für ein anderes Bauvorhaben. Demnach hätte der Anbau gemäss den Beschwerdeführenden 2006 nicht bewilligt werden dürfen. Die unter

⁶ Siehe dazu Martin Miescher, Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei formell rechtswidrigen Bauten, in KPG-Bulletin 1/2012 S. 28 ff. Ziff. 2 und 3

Missachtung zwingenden öffentlichen Rechts erfolgte Baubewilligung sei daher nichtig. Damit fehle es für den Anbau an einer Baubewilligung, weshalb eine Wiederherstellungsverfügung zu erlassen sei.

c) Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Fehlerhafte Verwaltungsakte sind aber in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig. Nichtigkeit wird nach der sogenannten Evidenztheorie 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. Offenkundig ist ein Fehler, der einer durchschnittlich, nicht juristisch gebildeten Person auffallen sollte. Nichtigkeitsgründe sind hauptsächlich schwerwiegende Verfahrensfehler und die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde. Die funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit führt indes dann nicht zur Nichtigkeit des Entscheids, wenn der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge; erforderlich ist hierzu ein ausserordentlich schwerwiegender Mangel.⁷

d) Vorliegend werden von den Beschwerdeführenden weder Verfahrensmängel geltend gemacht noch die Zuständigkeit der Gemeinde Saanen für die Erteilung der kleinen Baubewilligung angezweifelt. Zur Diskussion steht ein inhaltlicher Mangel, nämlich die Überschreitung der zulässigen Baufläche durch den Anbau. Der Anbau mit einer Länge von 4.28 m und einer Breite von 1.32 m weist eine Fläche von 5.65 m² auf. Da gemäss Darstellung der Beschwerdeführenden noch eine Nutzungsreserve von 1.52 m² vorhanden war, machen sie eine Überschreitung der zulässigen Baufläche durch den Anbau um gut 4 m² geltend. Bei einer zulässigen Baufläche auf der Bauparzelle Nr. F. _____ von 168.00 m² beträgt die gerügte Übernutzung somit lediglich gut 2 %. Hierbei handelt es sich nicht um einen ausserordentlich schwerwiegenden inhaltlichen Mangel, der ausnahmsweise die Nichtigkeit zur Folge haben könnte.

Ob die Darstellung der Beschwerdeführenden korrekt ist, braucht unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden. Selbst wenn man auf ihre Darstellung abstellt und der

⁷ BGer 1C_423/2012 vom 15. März 2013 E. 2.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 55 ff.

Nutzungstransfer nicht stattgefunden hat, ist die Baubewilligung vom 7. Februar 2006 nicht nichtig. Somit bleibt es dabei, dass der fragliche Anbau formell rechtmässig ist. Die Gemeinde Saanen hat daher zu Recht auf ein Wiederherstellungsverfahren verzichtet. Sollte der Nutzungstransfer entgegen der Darstellung der Beschwerdeführenden doch stattgefunden haben, hätte keine Übernutzung vorgelegen. Dann wäre der Anbau nicht nur formell, sondern auch materiell rechtmässig, womit eine Wiederherstellungsverfügung ebenfalls nicht in Frage käme. Die Beschwerde erweist sich hinsichtlich des Haupt- und Eventualbegehrens als unbegründet und wird abgewiesen.

3. Widerruf

a) Subeventualiter verlangen die Beschwerdeführenden, die Sache sei zur Durchführung eines Widerrufverfahrens an die Gemeinde Saanen zurückzuweisen. Die Bewilligung sei im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilt worden, weshalb gemäss Art. 43 BauG ein Widerruf der Baubewilligung hätte geprüft und verfügt werden müssen.

b) Eine im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilte oder bei ihrer Ausübung mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbare Baubewilligung kann von der Baubewilligungsbehörde – gegebenenfalls von der nach Artikel 48 zuständigen Behörde – widerrufen werden (Art. 43 Abs. 1 BauG). Sind aufgrund der Baubewilligung bereits erhebliche Arbeiten ausgeführt, so ist der Widerruf nur zulässig, wenn überwiegende Interessen ihn gebieten oder wenn der Gesuchsteller die Bewilligung durch Irreführung erwirkt hat (Art. 43 Abs. 2 BauG).

c) Die Gemeinde hat den Widerruf der Baubewilligung in der angefochtenen Verfügung nicht geprüft. Sie hat in der Begründung der Verfügung lediglich ausgeführt, dass sie in dieser Angelegenheit nichts mehr vorkehren werde. Daraus kann höchstens implizit geschlossen werden, dass die Gemeinde auch keinen Widerruf zu prüfen gedenkt. In ihrer Stellungnahme vom 31. August 2015 äussert sich die Gemeinde nun aber explizit zu einem möglichen Widerruf der Baubewilligung. Sie führt aus, dass sie keinen Anlass für einen Widerruf sehe und begründet dies eingehend. Da sich die Gemeinde zu einem Widerruf der Baubewilligung damit klar geäussert hat, käme es einem Verfahrensleerlauf gleich, die Sache an die Gemeinde zur Durchführung eines Widerrufverfahrens zurückzuweisen. Aus

prozessökonomischen Überlegungen ist der Widerruf daher direkt durch die BVE zu prüfen.

d) Zunächst ist zu untersuchen, welcher Absatz von Art. 43 BauG anwendbar ist. Da es sich bei der kleinen Baubewilligung vom 7. Februar 2006 um eine nachträgliche Baubewilligung gehandelt hat, der Anbau also zunächst ohne Bewilligung erstellt wurde, hat der Rechtsvorgänger der Beschwerdegegnerin den Anbau nicht gutgläubig im Vertrauen auf die Baubewilligung erstellt.⁸ Auch wenn der Anbau seit Jahren besteht und somit bereits erhebliche Arbeiten ausgeführt wurden, kommt hier deshalb Absatz 2 nicht zur Anwendung.

e) Zu prüfen ist daher, ob ein Widerruf gestützt auf Art. 43 Abs. 1 BauG in Frage kommt. Nicht jede fehlerhafte Baubewilligung kann von der Baubewilligungsbehörde nach Eintritt der Rechtskraft zum Nachteil der Bauherrschaft geändert werden. Die Baubewilligung darf nicht leichthin in Frage gestellt werden, das würde die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Ein Widerruf setzt deshalb voraus, dass die Ausführung des Bauvorhabens wesentliche schutzwürdige Interessen verletzen würde.⁹

Mit der Überschreitung der zulässigen Baufläche um gut 4 m² werden keine solchen wesentlichen schutzwürdigen Interessen verletzt. Dabei handelt es sich lediglich um eine geringfügige Übernutzung um gut 2 %, was keinen Widerruf zu rechtfertigen vermag.

f) Zwar machen die Beschwerdeführenden geltend, der von der Baubewilligungsbehörde angenommenen Nutzungstransfer ab der Strassenparzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. G._____ zugunsten der Bauparzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. F._____ stelle einen massiven Eingriff in das Eigentum des Grundeigentümers der Strassenparzelle dar. Ein Nutzungstransfer hat aber gemäss den Beschwerdeführenden nie stattgefunden. Ein solcher ist ohne Mitwirkung und Zustimmung des Beschwerdeführers 1 als Grundeigentümer der Strassenparzelle denn auch nicht möglich, erfordert ein Nutzungstransfer doch einen Dienstbarkeitsvertrag unter den beteiligten Grundeigentümern (vgl. Art. 94 BauV¹⁰ und Art. 32 BMBV¹¹). Wenn also

⁸ Vgl. Zaugg/ Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 43 N. 6

⁹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 43 N. 4

¹⁰ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

¹¹ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

tatsächlich kein Nutzungstransfer stattgefunden hat, dann liegt auch kein Eingriff in das Eigentum des Beschwerdeführers 1 als Grundeigentümer der Strassenparzelle vor. Auch das Eigentum des Beschwerdeführers 1 stellt hier somit kein wesentliches schutzwürdiges Interesse dar, das einen Widerruf der Baubewilligung zu rechtfertigen vermögen würde.

Sollte der Nutzungstransfer entgegen der Darstellung der Beschwerdeführenden doch stattgefunden haben, wäre das Eigentum des Beschwerdeführers 1 zwar betroffen. Dann aber hätte keine Übernutzung vorgelegen und der Anbau wäre nicht nur formell, sondern auch materiell rechtmässig, weshalb ein Widerruf der Baubewilligung erst Recht nicht in Frage käme. Die Beschwerde erweist sich damit auch hinsichtlich des Subeventualbegehrens als unbegründet und wird auch in diesem Punkt abgewiesen.

4. Kosten

a) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.-- bis Fr. 4'000.-- je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV¹²). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale auf Fr. 800.-- festgelegt.

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). Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben somit die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- zu tragen und haften solidarisch für den gesamten Betrag.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die unterliegenden Beschwerdeführenden haben der obsiegenden Beschwerdegegnerin somit deren Parteikosten zu ersetzen.

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

Der Parteivertreter der Beschwerdegegnerin hat zwei Kostennoten eingereicht, eine vom 7. September 2015 für den August 2015 und eine vom 12. Oktober 2015 für den September 2015. Insgesamt belaufen sich die geltend gemachten Kosten auf Fr. 13'743.70 (Honorar: Fr. 12'355.--, Auslagen: Fr. 370.65, Mehrwertsteuer: Fr. 1'018.05). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV¹³ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG¹⁴). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Angesichts des Streitgegenstands und den umstrittenen Rechtsfragen sind auch die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 3'000.-- als angemessen. Da die Beschwerdegegnerin nicht mehrwertsteuerpflichtig ist,¹⁵ ist die Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes zu berücksichtigen.¹⁶ Die Beschwerdeführenden werden demnach verpflichtet, der Beschwerdegegnerin die Parteikosten in Höhe von Fr. 3'640.30 (Honorar: Fr. 3'000.--, Auslagen: Fr. 370.65, Mehrwertsteuer: Fr. 269.65) zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Saanen vom 19. Juni 2015 wird bestätigt.

¹³ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

¹⁴ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

¹⁵ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

¹⁶ Vgl. VGE 2013/137 vom 26. Mai 2014, E. 6

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 3'640.30 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt E._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Saanen, Bau- und Planungskommission, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin