

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2017/58

Bern, 8. Januar 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Frau Rechtsanwältin C. _____



und

Herrn **D.** _____
Beschwerdegegner 1

Frau **E.** _____
Beschwerdegegnerin 2

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher F. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Aarwangen, Gemeindeverwaltung,
Langenthalstrasse 4, Postfach 72, 4912 Aarwangen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde Aarwangen vom 27. September 2017 (Sistierungsverfügung)

I. Sachverhalt

1. Im Juni 2015 informierte eine von der Beschwerdegegnerschaft beauftragte Gartenbauunternehmung die Gemeinde Aarwangen über die Absicht der Beschwerdegegnerschaft, auf ihrem Grundstück (Parzelle Aarwangen Grundbuchblatt Nr. G._____) Sichtschutzwände zu errichten. Der Bauverwalter der Gemeinde machte in seiner Antwort auf die Weisung "Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG" (BSIG Nr. 7/725.1/1.1) der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern aufmerksam, wonach Sichtschutzwände bis zu einer Höhe von 2 m und einer Länge von 4 m bewilligungsfrei seien. Die Beschwerdeführenden zeigten der Gemeinde im August 2015 an, dass die Beschwerdegegnerschaft Sichtschutzwände errichtet habe, welche diese Masse überstiegen. Die Gemeinde führte am 26. Oktober 2015 eine Begehung durch und stellte fest, dass die Sichtschutzwände insgesamt 4,70 m lang und 2 m hoch seien, wobei das Terrain, auf dem die Sichtschutzwände erstellt wurden, gegenüber dem natürlichen Terrainverlauf verändert worden sei. Am 24. März 2016 monierten die Beschwerdeführenden bei der Gemeinde, dass die Sichtschutzwände unverändert geblieben seien und die Gemeinde keine Schritte dagegen unternommen habe.

Mit Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 forderte die Gemeinde Aarwangen die Beschwerdegegnerschaft auf, die auf ihrer Parzelle errichteten Sichtschutzwände bis spätestens am 11. September 2017 auf eine maximale Gesamtlänge von 4 m zu reduzieren. Die sichtbare Höhe dürfe 2 m nicht überschreiten. Gleichzeitig wies die Gemeinde auf die Möglichkeit hin, bis spätestens am 11. September 2017 ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Zudem drohte sie eine Busse bei Nichtbefolgung an. Die Verfügung vom 12. Juli 2017 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerdegegnerschaft hat innert der angesetzten Frist kein nachträgliches Baugesuch eingereicht. Am 11. September 2017 teilte sie der Gemeinde ihre Absicht zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuches mit; die Ausgestaltung des Bauvorhabens hänge jedoch von der Terraingestaltung auf dem Nachbargrundstück (Parzelle Nr. H._____, welche den Beschwerdeführenden gehört) ab. Die Beschwerdeführenden hätten gegen die von der Gemeinde verfügte Wiederherstellung einer Terrainaufschüttung Beschwerde eingereicht; dieses Verfahren sei noch hängig (RA 120/2017/46). Die Beschwerdegegnerschaft beantrage daher, das Verfahren betreffend Sichtschutzwände bis

zur Erledigung des Beschwerdeverfahrens betreffend Terrainveränderungen auf dem Grundstück der Beschwerdeführenden zu sistieren.

Mit Verfügung vom 27. September 2017 sistierte die Gemeinde Aarwangen das Verfahren "Sichtschutz D._____" bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens betreffend die Wiederherstellung der Terrainveränderung auf Parzelle Nr. H._____.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 26. Oktober 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen deren Aufhebung mit der Begründung, die verfügte Sistierung sei unzulässig; zudem machen sie geltend, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Aarwangen beantragt mit Stellungnahme vom 27. November 2017 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 beantragen mit Beschwerdeantwort vom 27. November 2017 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine Sistierungsverfügung. Sistierungsverfügungen sind als Zwischenverfügungen² nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie entweder einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der

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)

² Art. 61 Abs. 1 Bst. c Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde.³

Vorliegend wurde das Wiederherstellungsverfahren bereits mit einem rechtskräftigen Endentscheid abgeschlossen und kann nicht mehr sistiert werden. Die Sistierung betrifft demnach das Vollstreckungsverfahren. Die Beschwerdeführenden erleiden mit der Sistierungsverfügung den Nachteil, dass die zu reduzierende Sichtschutzwand entgegen der rechtskräftigen Wiederherstellungsverfügung vorläufig fortbesteht und ihre Aussicht entsprechend eingeschränkt bleibt. Dieser Nachteil ist nicht wieder gutzumachen.

b) Demnach können die Beschwerdeführenden die streitige Verfügung selbständig anfechten. Der Rechtsmittelweg entspricht demjenigen in der Hauptsache; massgebend ist also vorliegend Art. 49 BauG.⁴ Danach können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist demnach zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

Die Beschwerdeführenden sind Adressaten der angefochtenen Verfügung. Sie haben als Anzeiger im Wiederherstellungsverfahren ein schützenswertes Interesse an deren beförderlicher Vollstreckung. Sie sind durch die angefochtene Sistierungsverfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Sistierung

a) Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass das Verfahren angesichts der bereits eingetretenen Rechtskraft der Wiederherstellungsverfügung nicht mehr sistiert werden könne. Art. 38 VRPG, welcher die Sistierung ("Einstellung") in Verfahren der kantonalen Verwaltungsrechtspflege regelt, bezieht sich nach seiner Formulierung und der Gesetzessystematik auf Verfahren auf Erlass einer Sachverfügung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts rechtfertigt sich aber eine Verfahrenssistierung jeweils dann, wenn damit der Verfahrensökonomie besser gedient ist als mit der Verfahrensfortsetzung. Dies gilt insbesondere, wenn ein anderes Verfahren von

³ Art. 61 Abs. 3 VRPG

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

präjudizieller Bedeutung ist und mit dem Abwarten des entsprechenden Verfahrensergebnisses Aufwand bzw. Kosten im sistierten Verfahren eingespart werden können.⁵ Dies ist auch im Vollstreckungsverfahren denkbar.⁶ Beim Sistierungsentscheid steht der Behörde grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu. Das Ermessen muss aber sachgerecht und pflichtgemäss ausgeübt werden.⁷ Eine unbegründete Sistierung des Verfahrens stellt eine unzulässige Rechtsverzögerung dar.⁸

b) Die Gemeinde begründet die angefochtene Sistierungsverfügung mit dem hängigen Verfahren betreffend Terrainveränderung auf der Parzelle der Beschwerdeführenden. Nach den Ausführungen der Beschwerdegegnerschaft hängt die von ihr gewünschte Ausgestaltung des Sichtschutzes vom Ergebnis dieses Verfahrens ab. Sinngemäss geht es also darum, dass die Beschwerdegegnerschaft das beabsichtigte nachträgliche Baugesuch für den Sichtschutz erst nach Abschluss des Verfahrens betreffend Terrainveränderung einzureichen gedenkt, weil die gewünschte Ausgestaltung des Sichtschutzes von der Gestaltung des Terrains auf dem Nachbargrundstück abhängt.

Bezüglich des streitigen Sichtschutzes ist über die Wiederherstellungspflicht, deren Umfang und die dafür eingeräumte Frist bereits verbindlich und rechtsbeständig entschieden worden (*res iudicata*). Die Rechtskraft der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 ist mit dem unbenutzten Verstreichen der dreissigtägigen Anfechtungsfrist eingetreten. Entgegen der Darstellung der Beschwerdegegnerschaft vermochte ihr Sistierungsgesuch vom 11. September 2017 die Rechtskraft nicht mehr zu hemmen. Die Widerrechtlichkeit der bestehenden Sichtschutzwand steht damit fest.

Auf die Widerrechtlichkeit der bestehenden Sichtschutzwand kann sich die Terraingestaltung auf Parzelle Nr. H._____ daher nicht mehr auswirken. Ebenfalls ist bereits entschieden, dass die Beschwerdegegnerschaft verpflichtet ist, die bestehende Sichtschutzwand auf eine maximale Länge von 4 m, bei einer sichtbaren Höhe von maximal 2 m, zu reduzieren. Im Vollstreckungsverfahren sind einzig noch die Vollstreckungsmodalitäten (bspw. Zeit, Ort und Art der Ersatzvornahme bei unbenutztem Ablauf der Wiederherstellungsfrist) festzulegen. Auf diese wirkt sich das

⁵ BGE 130 V 90 E. 5; Urteil des Bundesgerichts 2A.167/2002 vom 7. August 2002, E. 5

⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_154/2010 vom 29. April 2010, E. 3

⁷ BVR 1990 374, S. 376

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 38 N. 10, Art. 49 N. 66

Beschwerdeverfahren betreffend Terrainveränderung auf Parzelle Nr. H. _____ nicht aus. Insbesondere hängt auch die gemäss Wiederherstellungsverfügung zulässige Höhe der Sichtschutzwand (sichtbare Höhe von maximal 2 m) nicht von der Gestaltung des Terrains auf dem Nachbargrundstück ab. Das Verfahren betreffend Terraingestaltung auf Parzelle Nr. H. _____ hat für das vorliegende Vollstreckungsverfahren keine präjudizielle Bedeutung. Entsprechend erübrigt sich auch der von der Gemeinde beantragte Beizug der diesbezüglichen Verfahrensakten.

Daran ändert nichts, dass das Bedürfnis der Beschwerdegegnerschaft nach Sichtschutz gegenüber der Parzelle Nr. H. _____ von der dortigen Terraingestaltung abhängt und die Beschwerdegegnerschaft daher den Ausgang des entsprechenden Verfahrens abwarten möchte, bevor sie ein Baugesuch für den Sichtschutz einreicht. Dieses Vorgehen ist ihr unbenommen; nach Entfernung des unbewilligten Sichtschutzes bzw. dessen Reduktion auf das bewilligungsfreie Mass kann die Beschwerdegegnerschaft jederzeit ein Baugesuch für einen Sichtschutz einreichen und dafür die Dimensionen so wählen, dass der definitiven Terraingestaltung auf Parzelle Nr. H. _____ Rechnung getragen wird. Die Absicht zur künftigen Einreichung eines entsprechenden Baugesuchs rechtfertigt aber nicht den Aufschub der Wiederherstellung für den bestehenden, rechtskräftig als widerrechtlich beurteilten Sichtschutz. Nach Ablauf der für das nachträgliche Baugesuch angesetzten Frist wird die Vollstreckbarkeit durch Einreichung eines Baugesuchs nicht mehr gehemmt.⁹

Demnach liegt hier kein anderes Verfahren vor, dessen Ausgang für das streitige Vollstreckungsverfahren von präjudizieller Bedeutung ist. Ebenso wenig sprechen andere Gründe der Prozessökonomie für eine Sistierung. Die Sistierung führt daher zu einer Verzögerung, die nicht durch Ersparnisse an Verfahrensaufwand oder -kosten gerechtfertigt wird.

c) Auch im Rahmen der Vollstreckung muss der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gewahrt werden.¹⁰ Es besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Wiederherstellung unbewilligter Bauwerke und entsprechend auch an der zeitnahen Umsetzung der entsprechenden Anordnungen, sobald diese rechtskräftig geworden sind. Für die Beschwerdegegnerschaft stellt die Reduktion des Sichtschutzes auf das

⁹ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15b und 16

¹⁰ Vgl. BGE 108 Ia 216 ff. E. 4c

bewilligungsfreie Mass eine geringe Belastung dar. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz bleibt daher auch ohne Sistierung der Vollstreckung gewahrt.

d) Im Ergebnis sprechen damit keine genügenden Gründe für einen Vollstreckungsaufschub: Weder sind die Voraussetzungen einer Sistierung gegeben, noch sprechen andere Gründe der Verhältnismässigkeit gegen eine unverzügliche Vollstreckung. Mit der angefochtenen Sistierung hat die Gemeinde ihren Ermessensspielraum überschritten. Diese ist nicht rechtmässig; die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

e) Damit erübrigt es sich, die Rüge der Gehörsverletzung zu prüfen.

3. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerschaft. Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 900.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹¹). Über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens ist nicht zu entscheiden, da diese in der angefochtenen Verfügung nicht verlegt wurden.

Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haben zudem den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden macht Parteikosten im Umfang von Fr. 3'394.45 (Honorar Fr. 2'978.50, Auslagen Fr. 164.50, Mehrwertsteuer Fr. 251.45) geltend. Dies gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haben somit den Beschwerdeführenden die Parteikosten von Fr. 3'394.45 zu ersetzen.

III. Entscheid

¹¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Aarwangen vom 27. September 2017 wird aufgehoben.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 900.– werden dem Beschwerdegegner 1 und der Beschwerdegegnerin 2 zur Bezahlung auferlegt. Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haben den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 3'394.45 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin C._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher F._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Aarwangen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin

