

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/66

Bern, 7. Januar 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.**_____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B._____

und



Herrn **C.**_____
Beschwerdegegner

vertreten durch D._____

sowie

Baupolizeibehörde der Einwohnergemeinde Saanen, Schönriedstrasse 8, Postfach 11,
3792 Saanen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Saanen vom
18. September 2018 (bbew 2016-126; Aufhebung Baustopp)

I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Saanen erteilte der Erbengemeinschaft E._____ am 20. September 2016 die Baubewilligung für folgendes Bauvorhaben an ihrem bestehenden Chalet: "Erweiterungen der Untergeschosse, energetische Sanierung, Ersatz Heizung, Giebeleinbau, diverse Fassaden-, Grundriss- und Umgebungsarbeiten." Das Chalet befindet sich auf der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. F._____. Die Parzelle liegt in

der Wohnzone W3a. Mit Entscheid vom 9. Oktober 2017 bewilligte die Gemeinde sodann eine Projektänderung "Erweiterung der Untergeschosse, Giebeleinbau sowie diverse Fassaden- und Grundrissänderungen".

2. Am 12. Juli 2018 erliess die Gemeinde eine Baueinstellungsverfügung. Darin führte sie aus, man habe aufgrund eines Hinweises von Dritten und anlässlich der durchgeführten Kontrolle festgestellt, dass die Stützmauern zur Einstellhalleneinfahrt sehr mächtig in Erscheinung treten würden. Zur Überprüfung, ob die bereits realisierte rechte innere Stützmauer den bewilligten Plänen entspreche und zur Verhinderung einer Verstärkung der möglicherweise unrechtmässigen Stützmauern durch Weiterarbeiten an der linken oder der äusseren rechten Stützmauer sei am 11. Juli 2018 um 16 Uhr auf der Baustelle ein Baustopp verfügt worden. Die Gemeinde verfügte entsprechend Folgendes: "Die Bauarbeiten an den Stützmauern im Bereich der Einstellhallen-Einfahrt nordwestseitig der Parzelle GBB F._____, G._____strasse, sind unverzüglich einzustellen."

Am 18. September 2018 erging eine E-Mail vom Bauverwalter der Gemeinde Saanen an den Projektverfasser der Bauherrschaft mit folgendem Inhalt: "Besten Dank für Ihr Schreiben und den Plan, welcher aufzeigt, wie der Rückbau resp. die Korrektur der Stützmauern entsprechend den bewilligten Plänen erfolgen soll. Gerne bestätigen wir Ihnen gestützt auf den Augenschein vom 23.07.2018, dass die Baueinstellung hiermit aufgehoben wird. Der Rückbau erfolgt gemäss Ihrem Schreiben und Plan vom 03.09.2018 innert 4 Wochen". In Kopie ging diese E-Mail unter anderem an den Beschwerdegegner (welcher inzwischen Alleineigentümer der betreffenden Parzelle ist) und die Beschwerdeführerin sowie ihren Anwalt.

3. Gegen dieses Schreiben vom 18. September 2018 reichte die Beschwerdeführerin am 17. Oktober 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung der Einwohnergemeinde Saanen vom 18. September 2018 sei nichtig zu erklären.
2. Eventuell (zu Ziff. 1): Die Verfügung der Einwohnergemeinde Saanen vom 18. September 2018 sei aufzuheben.
3. Der Beschwerdegegner und die Einwohnergemeinde Saanen seien darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Beschwerde aufschiebende Wirkung entfaltet.

4. Eventuell (zu Ziff. 3): Der Beschwerdegegner sei anzuweisen, die Bauarbeiten an den Stützmauern im Eingangsbereich umgehend einzustellen.
5. Mehrforderungen bleiben vorbehalten."

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2018 wies das Rechtsamt auf die aufschiebende Wirkung der Beschwerde hin und führte aus, die am 12. Juli 2018 durch die Gemeinde verfügte Baueinstellung bleibe vorläufig weiter bestehen.

Mit Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2018 wies das Rechtsamt ein Gesuch des Beschwerdegegners um superprovisorischen Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab. Mit Eingabe vom 9. November 2018 beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung des Gesuchs um Entzug der aufschiebenden Wirkung. Das ordentliche Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wies das Rechtsamt mit Zwischenverfügung vom 19. November 2018 ab.

Die Gemeinde beantragt in der Vernehmlassung vom 5. November 2018 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Mit Beschwerdeantwort vom 26. November 2018 stellt der Beschwerdegegner den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventuell sei die Beschwerde abzuweisen.

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

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).

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist die per E-Mail vom 18. September 2018 ergangene Aufhebung einer Baueinstellung. Dieses Schreiben hat Verfügungscharakter, da es sich um eine behördliche Anordnung im Einzelfall handelt, die sich auf öffentliches Recht stützt und eine Änderung von Rechten und Pflichten zum Gegenstand hat.² Die von der Gemeinde in der Vernehmlassung vom 5. November 2018 aufgeworfene Frage der Notwendigkeit dieser Anordnung ändert nichts am Verfügungscharakter des erwähnten Schreibens.

Es handelt sich sodann um eine Verfügung im Rahmen eines baupolizeilichen Verfahrens. Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden.

b) Der Beschwerdegegner beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Der Beschwerdeführerin fehle es an einem genügenden Rechtsschutzinteresse zur Beschwerdeführung. Die Legitimation sei nur dann zu bejahen, wenn die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang Anzeigerin sei und falls die Baupolizeibehörde zu Unrecht auf die Anordnung der Wiederherstellung verzichtet hätte. Die Legitimation der Beschwerdeführerin sei nicht gegeben, da mit der angefochtenen Verfügung ihrer Anzeige vollumfänglich Rechnung getragen und der vollständige Rückbau innert einer Frist von vier Wochen angeordnet worden sei.

Die Beschwerdeführerin hat die Gemeinde mit ihren Schreiben vom 5. Juli 2018⁴ und 10. Juli 2018⁵ auf die aus ihrer Sicht erfolgte Überschreitung der Baubewilligung im Zusammenhang mit den Stützmauern aufmerksam gemacht und die Vornahme der notwendigen baupolizeilichen Schritte beantragt. Die Baueinstellungsverfügung erging sodann am 12. Juli 2018 u.a. aufgrund "eines Hinweises von Dritten mit anschliessender Kontrolle vor Ort am 5. resp. 11. Juli 2018". Es kann damit als erstellt gelten, dass mit

² Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 8, wo für die Begriffsdefinition der Verfügung auf Art. 5 VwVG (Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren; Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verwiesen wird.

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

⁴ Beschwerdebeilage 10.

⁵ In den amtlichen Akten.

diesen "Hinweisen von Dritten" die erwähnten Eingaben der Beschwerdeführerin gemeint sind. Dies wird von der Gemeinde auch nicht bestritten. Die Beschwerdeführerin ist damit Anzeigerin im vorliegenden Verfahren und daher grundsätzlich berechtigt, gegen die erlassene Aufhebung der Baueinstellung Beschwerde zu führen. Dies scheint im Übrigen auch der Beschwerdegegner nicht ernsthaft zu bestreiten, spricht er doch selber davon, dass mit der angefochtenen Verfügung der Anzeige der Beschwerdeführerin vollumfänglich Rechnung getragen worden sei.

Nach Ansicht des Beschwerdegegners ist für die Bejahung der Beschwerdebefugnis zusätzlich verlangt, dass die Baupolizeibehörde zu Unrecht auf die Anordnung einer Wiederherstellung verzichtet hat. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. So muss es für die Beschwerdebefugnis bereits genügen, wenn diese Frage – wie vorliegend – umstritten ist. So macht die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde u.a. geltend, dass mit dem vom Beschwerdegegner eingereichten Rückbauplan⁶ der vollständige Rückbau der Stützmauern in den Zustand gemäss den baubewilligten Plänen⁷ nicht sichergestellt sei. Dies wird von der Gemeinde und dem Beschwerdegegner bestritten. Die Frage, ob vorliegend (teilweise) auf die Anordnung einer Wiederherstellung verzichtet wurde, stellt damit eine materielle Rechtsfrage dar. Als Anzeigerin und unmittelbare Nachbarin hat die Beschwerdeführerin ein besonderes Interesse an der Klärung der Frage, ob eine vollständige Wiederherstellung der Stützmauern in den ursprünglich bewilligten Zustand erfolgt. Das formelle Rechtsschutzinteresse ist zu bejahen. Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. 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.

⁶ vgl. Plan Ausführung 2.UG/Schnitt B/W-Fassade 1:100 vom 28.8.2018, rev. 30.8.2018, in den amtlichen Akten (dort allerdings ohne die rote Umrandung bei der rechten äusseren Stützmauer und den Vermerk "wird gemäss Bbew erstellt", so vorhanden in dem vom Beschwerdegegner eingereichten Plan, Beilage 2 zum Gesuch vom 25. Oktober 2018).

⁷ Vgl. die bewilligten Pläne mit Stempel "Projektänderung bewilligt, 9. Oktober 2017, Bauverwaltung Saanen", in den amtlichen Akten.

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.⁸

b) Angefochten ist vorliegend einzig die Verfügung der Vorinstanz vom 18. September 2018, mit welcher die am 12. Juli 2018 verfügte Baueinstellung hinsichtlich der Stützmauern im Bereich der Einstellhallen-Einfahrt wieder aufgehoben wurde. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist daher nur die Frage zu beurteilen, ob diese Aufhebung der Baueinstellung zu Recht erfolgt ist oder nicht. Weder Inhalt und Umfang der Baueinstellungsverfügung vom 12. Juli 2018 noch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Überschreitungen der Baubewilligung, welche nichts mit den Stützmauern im Bereich der Einstellhallen-Einfahrt zu tun haben, bilden Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

3. Von der Baueinstellung betroffene Arbeiten

a) Der Beschwerdegegner ist der Ansicht, dass die Stützmauer auf der linken Seite der Garage nicht Gegenstand der am 12. Juli 2018 verfügten Baueinstellung gewesen sei und damit auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilde.

b) Ziffer 1 der Baueinstellungsverfügung der Gemeinde vom 12. Juli 2018 hat folgenden Wortlaut: "Die Bauarbeiten an den Stützmauern im Bereich der Einstellhallen-Einfahrt nordwestseitig der Parzelle GBB F._____, G._____strasse, sind unverzüglich einzustellen." In der Begründung ist sodann von "Stützmauern im Einfahrtsbereich" die Rede, zudem wird darin festgehalten, der Baustopp sei "zur Überprüfung, ob die bereits realisierte rechte innere Stützmauer den bewilligten Plänen entspricht und zur Verhinderung einer Verstärkung der möglicherweise unrechtmässigen Stützmauern durch Weiterarbeiten an der linken oder äusseren rechten Stützmauer" veranlasst worden. Der Baustopp der Gemeinde hat sich damit gemäss diesen eindeutigen Aussagen unzweifelhaft auf sämtliche Stützmauern im Bereich der Einstellhalleneinfahrt bezogen und nicht bloss auf die Stützmauer auf der rechten Seite. Der Beschwerdegegner

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8.

zitiert Ziffer 1 der Baueinstellungsverfügung wiederholt falsch, indem er bezüglich der Stützmauern die Einzahl verwendet ("Die Bauarbeiten an der Stützmauer" statt "die Bauarbeiten an den Stützmauern"). Dass sämtliche Stützmauern im Bereich der Garage gemeint sind, unterstreicht die Gemeinde mit ihrer Eingabe vom 5. November 2018, in welcher sie sowohl auf die rechten Mauern (vordere und hintere Mauer) als auch die linke Mauer eingeht.

Da die Baueinstellungsverfügung vom 12. Juli 2018 sämtliche Stützmauern im Bereich der Garage umfasst, bezieht sich auch die hier angefochtene Aufhebung der Baueinstellung auf sämtliche Stützmauern in diesem Bereich, zumal auch im Wortlaut dieser Verfügung von "Stützmauern" die Rede ist. Damit bildet entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners auch die linke Stützmauer Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

4. Aufhebung der Baueinstellung

a) Nach Durchführung eines Augenscheins am 23. Juli 2018 reichte der Beschwerdegegner am 3. September 2018 ein Gesuch um Aufhebung der Baueinstellungsverfügung ein, unter Beilage eines Rückbauplans vom 28. August 2018.⁹ Gestützt auf dieses Gesuch erliess die Gemeinde die hier angefochtene, per E-Mail ergangene Verfügung mit folgendem Inhalt: "Besten Dank für Ihr Schreiben und den Plan, welcher aufzeigt, wie der Rückbau resp. die Korrektur der Stützmauern entsprechend den bewilligten Plänen erfolgen soll. Gerne bestätigen wir Ihnen gestützt auf den Augenschein vom 23.07.2018, dass die Baueinstellung hiermit aufgehoben wird. Der Rückbau erfolgt gemäss Ihrem Schreiben und Plan vom 03.09.2018 innert 4 Wochen."

b) Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Gemeinde nach Erlass der Baueinstellungsverfügung nicht nach Art. 46 Abs. 2 BauG vorgegangen ist und keine Wiederherstellungsverfügung erlassen hat. Die Gemeinde hätte nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Baueinstellung nicht schon bei blosser Ankündigung der Wiederherstellung durch den Beschwerdegegner aufheben dürfen. Sie rügt sodann, die Wiederherstellung in den Zustand gemäss den bewilligten Plänen vom 9. Oktober 2017 sei

⁹ vgl. Plan Ausführung 2.UG/Schnitt B/W-Fassade 1:100 vom 28.8.2018, rev. 30.8.2018, in den amtlichen Akten (dort allerdings ohne die rote Umrandung bei der rechten äusseren Stützmauer und den dazugehörigen Vermerk "wird gemäss Bbew erstellt", so vorhanden in dem vom Beschwerdegegner eingereichten Plan, Beilage 2 zum Gesuch vom 25. Oktober 2018).

hinsichtlich der rückversetzten Mauer auf der rechten Seite der Garage nicht vollständig sichergestellt und hinsichtlich der Mauer auf der linken Seite der Garage gar nicht erfolgt. Der Beschwerdegegner ist dagegen der Ansicht, dass mit dem von ihm eingereichten Rückbauplan der vollständige Rückbau in den bewilligten Zustand gemäss den Plänen vom 9. Oktober 2017 sichergestellt ist und er damit aufgezeigt habe, dass er freiwillig gewillt sei, den gesetzmässigen Zustand vollständig wiederherzustellen. Die Beschwerdeführerin hindere ihn mit ihrem widersprüchlichen und missbräuchlichen Verhalten an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.

c) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde nach Art. 46 Abs. 1 BauG die Einstellung der Bauarbeiten. Die Baupolizeibehörde ist bei entsprechender Wahrnehmung verpflichtet, die illegale Bautätigkeit zu stoppen; sie geniesst dabei keinen Beurteilungsspielraum und hat keine Interessenabwägung vorzunehmen.¹⁰ Nach Art. 46 Abs. 2 BauG setzt die Baupolizeibehörde dem jeweiligen Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber sodann eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme. Wenn der Pflichtige innert 30 Tagen seit Eröffnung der Wiederherstellungsverfügung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht, so wird diese Verfügung aufgeschoben (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG).

d) Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner die Baubewilligung vom 9. Oktober 2017 im Bereich der Stützmauern überschritten hat. Die Gemeinde erliess daher hinsichtlich dieser Mauern mit Verfügung vom 12. Juli 2018 zu Recht die Einstellung der Bauarbeiten. Da sich der Beschwerdegegner im Bezug auf den Rückbau kooperationsbereit zeigte, verzichtete die Gemeinde auf das in Art. 46 Abs. 2 BauG nach Ergehen einer Baueinstellung vorgesehene Vorgehen (Erlass einer Wiederherstellungsverfügung). Vielmehr hob sie die Baueinstellung mit der angefochtenen Verfügung vom 18. September 2018 gestützt auf den vom Beschwerdegegner eingereichten Rückbauplan wieder auf.

Da die Baupolizeibehörde bei illegaler Bautätigkeit verpflichtet ist, die Baueinstellung zu verfügen, ist auch die Aufhebung dieser Baueinstellung nur dann zulässig, wenn die vollständige Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sichergestellt ist. Droht

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 6.

dagegen weiterhin ein von der Baubewilligung vom 9. Oktober 2018 abweichender, und damit illegaler Zustand, so darf die Baueinstellung nicht aufgehoben werden. Die Gemeinde hätte damit die Baueinstellung am 18. September 2018 nur aufheben dürfen, wenn sich der Beschwerdegegner zum vollständigen Rückbau in den bewilligten Zustand bekennt und mit dem Rückbauplan tatsächlich der vollständige Rückbau sichergestellt ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn zweifelsfrei festgestellt werden kann, dass zwischen dem Rückbauplan und den bewilligten Plänen vom 9. Oktober 2017 hinsichtlich der betroffenen Stützmauern keine Abweichungen bestehen.

e) Grundsätzlich ist hier zu beachten, dass es für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hinsichtlich der Stützmauern eigentlich gar keinen Rückbauplan des Beschwerdegegners gebraucht hätte. Massgebend für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sind nämlich einzig und allein die rechtskräftig bewilligten Pläne vom 9. Oktober 2017. Mit der angefochtenen Verfügung hat die Gemeinde nun aber diesem Rückbauplan eine Verbindlichkeit für die Wiederherstellung zuerkannt. So verlangt sie nach dem klaren Wortlaut dieser Verfügung einerseits den Rückbau gemäss diesem Plan. Andererseits hält sie im ersten Satz fest, dass mit diesem Plan aufgezeigt werde, wie der Rückbau der Stützmauern entsprechend den bewilligten Plänen erfolgen solle. Sie gibt damit zu bekennen, dass aus ihrer Sicht mit diesem Rückbauplan ein vollständiger Rückbau in den bewilligten Zustand sichergestellt wird. Die von der Gemeinde gewählte Formulierung der angefochtenen Verfügung muss mit anderen Worten so verstanden werden, dass für den Rückbau einzig dieser Rückbauplan massgebend ist und dass mit diesem Plan nach Ansicht der Gemeinde die vollständige Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erfolgen wird (was auch der Ansicht des Beschwerdegegners entspricht). Daran ändern entgegen der Meinung des Beschwerdegegners (Beschwerdeantwort vom 26. November 2018, Rz. 30) auch die rot umrahmten Mauerteile im Rückbauplan¹¹ mit dem dazugehörigen Vermerk "wird gemäss BBew erstellt" nichts. So ist auf diesem Plan nur die rechte, vordere Stützmauer rot umrandet. Diese ist aber gemäss den aktuellen Fotos¹² gar noch nicht erstellt und es versteht sich von selbst, dass sie gemäss den bewilligten Plänen zu erstellen ist. Die bereits realisierten Stützmauern (rechte, hintere Stützmauer und linke Stützmauer) dagegen, welche teilweise vom

¹¹ Rückbauplan gemäss Beilage 2 zum Gesuch des Beschwerdegegners vom 25. Oktober 2018; die rote Umrandung fehlt im Rückbauplan in den amtlichen Akten.

¹² Vgl. insbesondere die Fotos in den Beilagen 20 ff. zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. November 2018.

bewilligten Zustand abweichen, weisen keine rote Umrandung und damit keinen Verweis auf die bewilligten Pläne auf.

f) Zwischen den bewilligten Plänen vom 9. Oktober 2017 und dem für den Rückbau massgebenden Rückbauplan des Beschwerdegegners vom 28. August 2018 bestehen verschiedene Abweichungen:

Der gelb eingetragene Rückbau im Rückbauplan umfasst einzig die bereits realisierte, hintere Stützmauer auf der rechten Seite der Garage. Sie soll in der Höhe gekürzt werden. Diese rückversetzte Mauer ist zwar – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – im bewilligten Grundrissplan des Untergeschosses enthalten, nicht aber im bewilligten Grundrissplan des Erdgeschosses oder im bewilligten Fassadenplan. Die Einschätzung der Gemeinde, wonach diese hinterliegende Stützmauer daher gemäss Baubewilligung ganz im Erdboden verschwinden soll, wird damit durch die bewilligten Pläne bestätigt. Der Rückbauplan aber muss dahingehend interpretiert werden, dass diese hintere Stützmauer – entgegen den bewilligten Plänen – auch nach der Kürzung noch oberirdisch in Erscheinung treten wird. So ist im Plan der Westfassade dieses Rückbauplans auch noch der untere Teil dieser Mauer erkennbar, im Grundrissplan ist diese Mauer im Kurvenbereich zudem schwarz eingefärbt. Der Beschwerdegegner entgegnet (Beschwerdeantwort vom 26. November 2018, Rz. 32), auf dem Schnitt BB dieses Rückbauplans sei erkennbar, dass die hintere Mauer auf das Niveau der vorderen Mauer gekürzt werde und damit vollständig unterirdisch verlaufe. Selbst wenn aber die hintere Mauer gemäss diesem Schnittplan auf das Niveau der vorderen Mauer gekürzt wird, so lässt sich aus diesem Plan nicht zwingend schliessen, dass die hintere Mauer unterirdisch verläuft. Stellt man – wie erwähnt – auf den Plan der Westfassade und den Grundrissplan dieses Rückbauplans ab, so ist vielmehr von einer überirdischen Linienführung dieser Mauer auszugehen. Eine solche aber ist auf den bewilligten Plänen nicht enthalten. Weitere Differenzen des Rückbauplans zu den baubewilligten Plänen bestehen bei der Länge und Linienführung dieser rückversetzten Mauer entlang der G._____strasse (teilweise wohl unterirdisch). Sodann erscheint diese Mauer auf dem Rückbauplan deutlich breiter als auf den bewilligten Plänen.

Was die Stützmauer auf der linken Seite der Garage betrifft, so stellt auch diese – wie ausgeführt (E. 3) – Gegenstand der Baueinstellungsverfügung sowie der angefochtenen Aufhebungsverfügung dar. Die Gemeinde hielt zu dieser Mauer in der

Baueinstellungsverfügung vom 12. Juli 2018 fest, der Baustopp sei zur Verhinderung einer Verstärkung der möglicherweise unrechtmässigen Stützmauern durch Weiterarbeiten an dieser linken Stützmauer erlassen worden. Im Rückbauplan des Beschwerdegegners ist bezüglich dieser Mauer kein Rückbau vorgesehen (keine gelb eingetragenen Elemente). Die Gemeinde – welche die Baueinstellung mit der Annahme aufhob, der vollständige Rückbau in den bewilligten Zustand sei mit dem Rückbauplan gewährleistet (vgl. E. 3c) – schien also davon auszugehen, dass diese bereits weitgehend realisierte Mauer¹³ den bewilligten Plänen entspricht. Ob dem so ist, erscheint zumindest zweifelhaft, zumal auch bezüglich dieser Mauer zwischen dem vom Beschwerdegegner eingereichten Rückbauplan und den bewilligten Plänen verschiedene Abweichungen bestehen. So weist diese Mauer im Grundrissplan des Rückbauplans eine andere Linienführung auf als im bewilligten Grundrissplan, indem sie näher der Parzellengrenze entlang führt. Sie ist zudem ebenfalls breiter eingezeichnet als in den bewilligten Plänen. Es muss daher vermutet (und kann aufgrund der Fotos in den Akten nicht ausgeschlossen) werden, dass der Beschwerdegegner diese Mauer so erbaut hat, wie sie im Rückbauplan vorgesehen ist, was eine Abweichung zu den bewilligten Plänen darstellt. Jedenfalls scheint die Gemeinde diesbezüglich – trotz der Differenz zwischen den bewilligten Plänen und dem Rückbauplan – nach Einreichung des Gesuchs um Aufhebung der Baueinstellung durch den Beschwerdegegner keine näheren Abklärungen getroffen zu haben. In der Vernehmlassung vom 5. November 2018 hält sie hierzu lediglich fest, die linke Mauer solle ebenfalls wie bewilligt erstellt werden. Für den Fall, dass der Beschwerdegegner dieser Mauer tatsächlich entsprechend dem Rückbauplan erstellt hat, hätte sie auch diesbezüglich eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangen müssen.

g) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners in der Beschwerdeantwort vom 26. November 2018 (Rz. 74 ff.) stellt die angefochtene Verfügung keine Wiederherstellungsverfügung im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BauG dar. Abgesehen von den diversen Formmängeln und der fehlenden Bezeichnung als Wiederherstellungsverfügung (die Verfügung trägt den Titel "Aufhebung Baustopp") hat die Gemeinde mit dieser Verfügung entgegen der Vorgabe von Art. 46 Abs. 2 BauG nicht die Wiederherstellung in den rechtmässigen Zustand entsprechend den bewilligten Plänen angeordnet. Vielmehr hat sie damit den Rückbau in den Zustand gemäss einem vom bewilligten Zustand abweichenden Rückbauplan verlangt, mit welchem sowohl bezüglich der rechten

¹³ Vgl. die zahlreichen Fotos in den Eingaben der Beschwerdeführerin vom 17. Oktober 2018 und 9. November 2018.

zurückversetzten Mauer als auch bezüglich der linken Mauer nicht die vollständige Wiederherstellung garantiert ist.

h) Damit steht fest, dass die Gemeinde im Zeitpunkt der Aufhebungsverfügung aufgrund des von den bewilligten Plänen abweichenden Rückbauplans nicht vom vollständigen Rückbau in den bewilligten Zustand ausgehen durfte. Vielmehr muss aufgrund dieses Rückbauplans angenommen werden, dass die Stützmauern nach dem Rückbau nicht den bewilligten Plänen entsprechen. Die Gemeinde hätte daher gestützt auf diesen Rückbauplan nicht die Aufhebung der Baueinstellung verfügen dürfen. Vielmehr muss die Baueinstellung bei dieser Konstellation aufrecht erhalten bleiben.

Die Verfügung vom 18. September 2018, mit welcher die Baueinstellung hinsichtlich der Stützmauern aufgehoben wurde, ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Baueinstellungsverfügung vom 12. Juli 2018 hat entsprechend weiter Gültigkeit. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die angefochtene Verfügung vom 18. September 2018 nichtig ist und ob die Gemeinde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hat. Auf die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin muss nicht näher eingegangen werden.

i) Die Gemeinde wird das mit der Baueinstellungsverfügung eingeleitete Baupolizeiverfahren weiterzuführen haben. Aufgrund der Differenzen zwischen dem bewilligten Zustand und dem vom Beschwerdegegner eingereichten Rückbauplan ist die Gemeinde gehalten, eine unmissverständliche Wiederherstellungsverfügung nach Art. 46 Abs. 2 BauG zu erlassen. Darin hat sie den Rückbau der Stützmauern in den Zustand gemäss den bewilligten Plänen vom 9. Oktober 2017 innert angemessener Frist zu verlangen, allenfalls – soweit sich der notwendige Rückbau nicht klar aus diesen Plänen ergibt – unter genauer Bezeichnung der vorzunehmenden Rückbaumassnahmen bei den bereits realisierten Stützmauern rechts und links der Garage. Sie wird in dieser Verfügung sodann die Ersatzvornahme androhen müssen, auch wenn dies – wie vom Beschwerdegegner richtig ausgeführt – nicht zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verfügung ist und diese Anordnung auch noch mit einer separaten Ersatzvornahmeverfügung erfolgen kann.¹⁴ Schliesslich gebietet Art. 46 Abs. 2 BauG, dass die Gemeinde dem Beschwerdegegner in dieser Verfügung Gelegenheit gibt, innert 30

¹⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 13.

Tagen seit Eröffnung der Wiederherstellungsverfügung ein nachträgliches Baugesuch für diese unbewilligten Arbeiten einzureichen. Auf eine Aufhebung der Baueinstellung kann die Gemeinde dann verzichten, da die Baueinstellung als vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 28 Abs. 2 VRPG¹⁵ mit dem rechtskräftigen Abschluss in der Hauptsache (hier mit der rechtskräftigen Wiederherstellungsverfügung) dahinfällt.

5. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdegegner. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁶).

b) Der Beschwerdegegner hat zudem der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Der Beschwerdegegner hat somit der Beschwerdeführerin die Parteikosten von Fr. 5'173.15 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Saanen vom 18. September 2018 wird aufgehoben.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden dem Beschwerdegegner zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 5'173.15 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

¹⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- D._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Einwohnergemeinde Saanen, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident