

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/71

Bern, 23. Mai 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Lengnau, Bau- und Werkabteilung, Pfarrgasse 2,
2543 Lengnau BE

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Lengnau vom 2. Oktober 2018 (Treppenhausanbau, Glaswindfang, Attika)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer reichte am 16. Januar 2015 bei der Gemeinde Lengnau ein Baugesuch ein für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit vier oberirdischen Parkplätzen auf Parzelle Lengnau (BE) Grundbuchblatt Nr. C. _____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone 3 (W3). Nach Rückweisung durch das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne reichte der Beschwerdeführer am 9. Februar 2015 ein angepasstes Projekt ein. Gegen das Bauvorhaben erhob unter anderem ein Nachbar Einsprache. Während des Baubewilligungsverfahrens reichte der Beschwerdeführer weitere Projektänderungen ein. Mit Gesamtentscheid vom 8. Dezember 2015 erteilte das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne die Baubewilligung. Dagegen erhob der erwähnte Einsprecher Beschwerde bei

der BVE.¹ Im Beschwerdeverfahren reichte der Beschwerdeführer am 14. März 2016 bzw. 16. April 2016 weitere Projektänderungen bzw. angepasste Pläne ein. Die BVE wies die Beschwerde mit Entscheid vom 1. Juli 2016 ab und erteilte dem Bauvorhaben gemäss den Projektänderungen die Baubewilligung und bestätigte den Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne. Das Bauvorhaben wurde nach Rechtskraft des Gesamtentscheids ausgeführt.

2. Mit "Baueinstellungsverfügung" vom 3. Oktober 2017² stellte die Gemeinde Lengnau gegenüber dem Beschwerdeführer fest, dass der Treppenhausanbau höher als baubewilligt ausgeführt werde. Dabei springe dieser Bauteil über die maximale Gebäudehöhe und über das zulässige Mass eines Steildachs hinaus. Ebenso sei festgestellt worden, dass im Erdgeschoss der verglaste Teil des Treppenhauses bis auf EG-Niveau erstellt worden sei, was nicht dem bewilligten Projekt entspreche. Anlässlich der am 3. Oktober 2017 durchgeführten Baukontrolle sei festgestellt worden, dass die Treppe im Attikageschoss "verkehrt herum erstellt" worden sei, was dazu führe, dass diese im Attikageschoss auf der Aussenseite des Gebäudes und nicht auf der Innenseite ende. Diese führe schlussendlich "zur ungerechtfertigten Erhöhung des Treppenhausanbaus". Die Gemeinde ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bezüglich Treppenhausanbau und Glaswindfang an und gab dem Beschwerdeführer Gelegenheit, innert 30 Tagen eine allfällige Projektänderung einzureichen.³

Mit "Wiederherstellungsverfügung" vom 20. November 2017⁴ stellte die Gemeinde fest, dass die Verfügung vom 3. Oktober 2017 rechtskräftig geworden sei und die Bauherrschaft keine Projektänderung eingereicht habe. Die Gemeinde ordnete bezüglich Treppenhausanbau und Glaswindfang den Rückbau bis Ende Dezember 2017 unter Androhung der Ersatzvornahme an. Die Gemeinde wies "unbesehen der Anfechtungsmöglichkeit" auf die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung hin (Ziff. 1 bis 4 der Verfügung). Mit Eingabe vom 12. Dezember 2017 ersuchte der Beschwerdeführer um Fristerstreckung von drei Monaten zur Einreichung einer Projektänderung.⁵

¹ Verfahren RA Nr. 110 2016 4

² Mit Stellungnahme der Gemeinde vom 7. Dezember 2018 eingereichte Beilage

³ a.a.O., Ziff. 1 bis 3

⁴ Mit Stellungnahme der Gemeinde vom 7. Dezember 2018 eingereichte Beilage

⁵ Vorakten Gemeinde (grüne Mappe): Schreiben des Beschwerdeführers vom 12. Dezember 2017

Mit "Fristerstreckungsverfügung" vom 14. Dezember 2017⁶ wies die Gemeinde darauf hin, dass bei einer weiteren Baukontrolle am Objekt festgestellt worden sei, dass die Erker "in der Höhe" nicht gemäss Baubewilligung, sondern bis auf die "Höhe der max. Gebäudehöhe, sprich oberkant Brüstung des Attikageschosses" reichten. Zudem sei bei der gleichen Baukontrolle festgestellt worden, dass das minimale Mass gemäss GBR von 2,50 m für den Rücksprung des Attikageschosses nicht eingehalten sei. Gemäss Messungen der Gemeinde werde das Mass allseitig um 15 cm unterschritten. Dies führe zu einer grösseren bewohnbaren Fläche des Attikageschosses und zu einer Überschreitung der Ausnützungsziffer. Die Gemeinde gewährte dem Beschwerdeführer eine Fristerstreckung bis 16. Januar 2018 und gab ihm Gelegenheit eine Projektänderung einzureichen; diese hat laut Ziffer 2 der Verfügung "mindestens folgende Elemente" zu enthalten:

- "- Lösung für den überhöhten Treppenhausaufbau
- Windfang beim Treppenhaus im Erdgeschoss
- Falsch ausgeführte Höhe der Erker
- Unterschrittener minimaler Rücksprung des Attikageschosses
- Überschreitung der AZ"

In der gleichen Verfügung wies die Gemeinde in Ziffer 3 darauf hin, dass der Beschwerdeführer für den Fall, dass keine Projektänderung eingereicht werde, die folgenden baulichen Massnahmen vorzunehmen habe, die zum Teil schon verfügt und in Rechtskraft erwachsen seien:

- "- Der überhöhte Treppenhausanbau ist auf das bewilligte Mass zurückzubauen. Am einfachsten kann das mit dem korrekt eingebauten und auch bewilligten Treppenhaus korrigiert werden.
- Der im Erdgeschoss erstellte Glaswindfang ist zurückzubauen
- Die Erker sind so auszuführen, wie sie auf den bewilligten Plänen der BVE vom 19. April 2016 dargestellt sind
- Der Rücksprung des Attikageschosses von der Hauptfassade hat das Mass gemäss Gemeindebaureglement von 2,50 m einzuhalten.
- Die max. AZ ist einzuhalten"

Schliesslich verfügte die Gemeinde in Ziffer 4 ein Nutzungsverbot für die Obergeschosse und das Attikageschoss "bis zur Bewilligung einer eingereichten Projektänderung oder

⁶ Mit Stellungnahme der Gemeinde vom 7. Dezember 2018 eingereichte Beilage

Umsetzung der geforderten baulichen Massnahmen". In Ziffer 6 der Verfügung wies sie darauf hin, dass diese unbesehen der Anfechtungsmöglichkeit "sofort vollstreckbar" sei.

Mit Datum vom 16. Januar 2018 reichte der Beschwerdeführer ein "Projektänderungsgesuch / Gesuch um Ausnahme" ein.⁷ Darauf bestätigte die Gemeinde mit "verfahrensleitender Verfügung" vom 13. Februar 2018⁸ den Eingang des Projektänderungs- bzw. Ausnahme gesuchs vom 16. Januar 2018. In dieser "verfahrensleitenden Verfügung" nahm die Gemeinde zu den umstrittenen vier Punkten (1. "Lösung für den Treppenhausanbau", 2. "Windfang beim Treppenhaus im Erdgeschoss", 3. "Anpassung der Höhe der Erker" und 4. "Unterschreiten des Rücksprungs Attika, Ausnahme gesuch") Stellung und verfügte schliesslich folgendes:

- "1. Die Ausnahme gesuche für den unterschrittenen minimalen Rücksprung des Attikageschosses und für die überschrittene Ausnützungsziffer werden nicht bewilligt.
 2. Die Projektänderungen für den Treppenhausanbau, für den Windfang beim Treppenhaus im Erdgeschoss und für die falsch ausgeführten Erker könnten bewilligt werden. Voraussetzung ist das erteilte Näherbaurecht des Grundeigentümers der Parzelle Nr. D._____, E._____ strasse 26.
 3. Das Nutzungsverbot für die Obergeschosse und für das Attikageschoss bleibt bestehen.
 4. Mit dieser verfahrensleitenden Verfügung ist das rechtliche Gehör erteilt.
-"

In der angefochtenen Verfügung verweist die Gemeinde auf die bisher ergangenen Verfügungen vom 20. November 2017, 14. Dezember 2017 sowie 13. Februar 2018. Diese seien in Rechtskraft erwachsen "ohne dass Herr Mena diesen nachgekommen" sei. Es müsse sogar festgestellt werden, dass die Wohnungen in den Obergeschossen und im Attikageschoss vermietet und bewohnt würden. Die Gemeinde sei daher gezwungen, zur Ersatzvornahme zu schreiten. Die Gemeinde werde nach in "Rechtskrafttretung dieser Ersatzvornahme die Rückbauarbeiten selber an die Hand nehmen bzw. durch eine Unternehmung vornehmen lassen." Diese betreffen gemäss Ziffer 1 die folgenden Massnahmen:

- "a) den Treppenhausanbau auf das durch die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern am 19. April 2016 bewilligte Mass zurückbauen
- b) den im Erdgeschoss erstellten Glaswindfang entfernen

⁷ Vorakten Gemeinde (grüne Mappe): Schreiben des Beschwerdeführers vom 16. Januar 2018 sowie Pläne 1 bis 12 der Projektänderung vom 15. Januar 2018 (mit Eingangsstempel vom 18.1.2018)

⁸ Mit Stellungnahme der Gemeinde vom 7. Dezember 2018 eingereichte Beilage

- c) das Attikageschoss auf das durch die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern am 19. April 2016 bewilligte Mass zurückbauen"

Zudem weist die Gemeinde darauf hin, dass die Obergeschosse und das Attikageschoss zum Zeitpunkt der Ersatzvornahme unbewohnt sein müssten, damit die Rückbau- und Wiederherstellungsarbeiten ausgeführt werden könnten (Ziff. 3). Es sei dem Beschwerdeführer jedoch auch unbenommen, die erwähnten Rückbauarbeiten selbst vorzunehmen (Ziff. 5).

3. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 7. November 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er stellt die folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung der Gemeinde Lengnau vom 2. Oktober 2018 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventuell sei das Verfahren betreffend Ersatzvornahme bis mindestens Ende März 2019 zu sistieren."

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, dass das Vorgehen der Gemeinde widersprüchlich sei, da diese in der verfahrensleitenden Verfügung vom 13. Februar 2018 die nachträgliche Bewilligung für die Projektänderungen für den Treppenhausanbau, den Windfang im Erdgeschoss sowie die Änderung der Erker im Bereich der Attika in Aussicht gestellt habe und nun unter anderem die Ersatzvornahme dieser baulichen Abweichungen fordere. Zudem sei entgegen der Auffassung der Gemeinde lediglich für den Windfang im Erdgeschoss ein Näherbaurecht nötig. Bei Projektänderungen seien die bisher am Verfahren Beteiligten anzuhören, was nicht geschehen sei. Zudem habe die Gemeinde keine Frist zur Präzisierung des Projektänderungsgesuchs gesetzt. Schliesslich bezweifelt der Beschwerdeführer, ob die Zuständigkeit der Gemeinde für die Behandlung der Projektänderung gegeben sei, da dazu kein Meinungsaustausch mit dem Regierungsstatthalteramt erfolgt sei.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁹, holte beim Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne und bei der Gemeinde Lengnau die Vorakten ein. Das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne weist in seiner Stellungnahme vom 29. November 2018 einerseits darauf hin, dass das verlangte Näherbaurecht bis heute nicht vorliege. Das Sistieren der Ersatzvornahme sei allenfalls als zielführend zu betrachten. Abgesehen vom Antrag auf Sistierung der Ersatzvornahme erachtet das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne die Rügen als unbegründet und beantragt deren Abweisung. Die Gemeinde Lengnau fasst in ihrer Stellungnahme vom 7. Dezember 2018 die Vorgeschichte des Verfahrens zusammen. Ohne zu den einzelnen Beschwerdegründen Stellung zu nehmen, beantragt die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Angefochten ist eine Ersatzvornahmeverfügung, mit welcher eine Wiederherstellungsverfügung durchgesetzt werden soll. Diese unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Verfügung in der Sache (Art. 116 Abs. 3 VRPG¹⁰).¹¹ Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG¹² 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. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene

⁹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

¹⁰ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 18, Art. 60 N. 5, Art. 116 N. 11 f.; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 47 N. 4, Art. 49 N. 4

¹² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

Vollstreckungsverfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Er hat seine Beschwerde form- und fristgerecht eingereicht. Die Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt.

2. Anfechtbarkeit von Ersatzvornahmeverfügungen

Mit Beschwerde gegen eine Ersatzvornahmeverfügung kann vorgebracht werden, die Modalitäten der Ersatzvornahmeverfügung seien nicht rechtskonform. Hingegen kann die der Ersatzvornahmeverfügung zugrunde liegende Wiederherstellungsverfügung (sog. Sachverfügung) grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden, bzw. die Rügegründe sind eingeschränkt. Es können nur Beschwerdegründe geltend gemacht werden, die nicht von der Rechtskraftwirkung der zugrunde liegenden Wiederherstellungsverfügung umfasst werden. Mit Beschwerde kann aber noch geltend gemacht werden, es fehle an einer vollstreckbaren Wiederherstellungsverfügung oder diese sei nichtig.¹³

3. Ersatzvornahme Treppenhausanbau / Glaswindfang

a) Der Beschwerdeführer hat den Treppenhausanbau entgegen der erteilten Baubewilligung in umgekehrter Richtung eingebaut und den Glaswindfang statt ab dem 1. Obergeschoss bis zum Erdgeschoss ausgeführt.

Für diese beiden Bauteile hat die Gemeinde in ihren baupolizeilichen Verfügungen (soweit interessierend) folgende Anordnungen getroffen:

- Mit Verfügung vom 3.10.2017 hat die Gemeinde den Rückbau angeordnet und eine 30-tägige Frist "gewährt", um "eine allfällige Projektänderung einzureichen".
- Mit Verfügung vom 20.11.2017 hat sie den Rückbau angeordnet mit Fristansetzung bis Ende Dezember 2017 und die Ersatzvornahme angedroht.
- Mit Verfügung vom 14.12.2017 hat sie dem Gesuch um Fristerstreckung zum Teil entsprochen und im Dispositiv festgehalten: "Der Bauherrschaft steht es nach wie vor frei, eine Projektänderung einzureichen." Der Bauherrschaft wird hierfür eine Frist bis 16.1.2018 gewährt.
- In der Verfügung vom 13.2.2018 hielt die Gemeinde im Dispositiv fest: "Die Projektänderungen für den Treppenhausanbau, für den Windfang beim Treppenhaus im Erdgeschoss und [...] könnten bewilligt werden. Voraussetzung ist das erteilte Näherbaurecht des Grundeigentümers der Parzelle Nr. D._____, E._____strasse 26."

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 116 N. 7 f., N. 11 ff. Siehe auch VGE 2010/412 vom 8. Februar 2011, E. 2.1 mit Hinweisen

- In der angefochtenen Ersatzvornahmeverfügung vom 2.10.2018 verfügt die Gemeinde betreffend Treppenhausanbau und Glaswindfang: "Die Gemeinde wird nach in Rechtskrafttretung dieser Ersatzvornahmeverfügung die Rückbauarbeiten selber an die Hand nehmen bzw. durch eine beauftragte Unternehmung vornehmen lassen."

Der Beschwerdeführer hat u.a. betreffend die beiden Bauteile Treppenhausanbau und Glaswindfang am 16. Januar 2018 eine "Projektänderung" eingereicht.¹⁴

b) Wird ein Bauvorhaben in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde laut Art. 46 Abs. 1 BauG die Einstellung der Bauarbeiten; sie kann ein Benützungsverbot erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern. Die Baupolizeibehörde setzt sodann dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung ist grundsätzlich mit einem Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zu versehen. Von dieser Regel darf nur abgewichen werden, wenn bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden ist oder wenn das Vorhaben offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist.¹⁵ Das Gesetz ermöglicht es der Bauherrschaft, innert 30 Tagen nach Erhalt der Wiederherstellungsverfügung ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Die Behörde kann die Frist aus wichtigen Gründen verlängern (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Ein rechtzeitig eingereichtes Gesuch hat zur Folge, dass die Wiederherstellungsverfügung vorläufig aufgeschoben wird.¹⁶ Im Falle der nachträglichen vollständigen oder teilweisen Bewilligung des Bauvorhabens fällt die Wiederherstellung im entsprechenden Umfang dahin (Art. 46 Abs. 2 Bst. c und Bst. d BauG). Wird das nachträgliche Baugesuch abgewiesen (Bauabschlag) hat die Baubewilligungsbehörde zugleich (erneut) darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist; sie setzt dafür eine neue Frist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Auch in diesem Fall fällt die ursprüngliche Wiederherstellungsverfügung dahin.¹⁷

¹⁴ Vgl. Vorakten Gemeinde (grüne Mappe): Schreiben des Beschwerdeführers vom 16. Januar 2018 sowie Pläne 1 bis 12 der Projektänderung vom 15. Januar 2018 (mit Eingangsstempel vom 18.1.2018) sowie Verfügung vom 13.02.2018: Einleitungssatz

¹⁵ BVR 2007 S. 164 E. 4.1

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14 bzw. N. 16

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 16

c) Betreffend Treppenhausanbau und Glaswindfang hat die Gemeinde zunächst (korrekt) die Wiederherstellung verfügt und gleichzeitig die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs gegeben.¹⁸ In der gesetzten Frist zur Einreichung des nachträglichen Baugesuchs ist offenbar kein solches eingegangen. Die Gemeinde hat daher (korrekt) erneut den Rückbau angeordnet und dafür eine Frist angesetzt unter Androhung der Ersatzvornahme.¹⁹ Sie hat damit eine vollstreckbare Wiederherstellungsverfügung erlassen. Nach Ablauf der Frist zur Wiederherstellung hat die Gemeinde aber nicht die Ersatzvornahme verfügt, sondern sie hat vor Ablauf dieser Frist ein Gesuch um Fristerstreckung für das Einreichen einer "Projektänderung" (sinngemäss eines nachträglichen Baugesuchs) für die "Lösung für den überhöhten Treppenhausaufbau" und für den "Windfang beim Treppenhaus im Erdgeschoss" erteilt und dafür eine Frist bis zum 16. Januar 2018 gewährt.²⁰ Damit hat die Gemeinde die vollstreckbare Wiederherstellungsverfügung inhaltlich übersteuert und erneut eine Frist zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs gesetzt. Ein solches wurde dann am 16. Januar 2018 fristgerecht, d.h. innert der mit Verfügung vom 14. Dezember 2017 gesetzten Frist, eingereicht.²¹

Reicht der Bauherr innert der gesetzten Frist ein nachträgliches Baugesuch ein, so hat die Baupolizeibehörde über dieses zu entscheiden, also entweder die Baubewilligung, allenfalls unter Auflagen und Bedingungen zu erteilen oder den Bauabschlag zu verfügen. Nach der Einreichung des nachträglichen Baugesuchs verfügte die Gemeinde wie erwähnt Folgendes²²: "Die Projektänderungen für den Treppenhausanbau, für den Windfang beim Treppenhaus im Erdgeschoss [...] könnten bewilligt werden. Voraussetzung ist das erteilte Näherbaurecht des Grundeigentümers der Parzelle Nr. D._____, E._____strasse 26." Diese Formulierung lässt weder auf eine Baubewilligung noch auf einen Bauabschlag schliessen. Die Gemeinde hat daher noch nicht über das nachträglich eingereichte Baugesuch entschieden. Zusammen mit dem Entscheid über das nachträgliche Baugesuch hätte sie zudem erneut über die Wiederherstellung entscheiden und hierfür eine neue Frist

¹⁸ Vgl. Verfügung vom 03.10.2017, Ziff. 3

¹⁹ Vgl. Verfügung vom 20.11.2017, Ziff. 1 und 2

²⁰ Vgl. Verfügung vom 14.12.2017, Ziff. 2

²¹ Vgl. Vorakten Gemeinde (grüne Mappe): Schreiben des Beschwerdeführers vom 16. Januar 2018 sowie Pläne 1 bis 12 der Projektänderung vom 15. Januar 2018 (mit Eingangsstempel vom 18.1.2018) sowie Verfügung vom 13.02.2018: Einleitungssatz

²² Verfügung vom 13.02.2018, Ziff. 2

ansetzen müssen (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Dies ist nicht geschehen. Der Ersatzvornahmeverfügung fehlt es somit bezüglich Treppenhausanbau und Glaswindfang an einer ihr zugrunde liegenden, rechtskräftigen Wiederherstellungsverfügung (Sachverfügung).

Die Gemeinde kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie mit Verfügung vom 20. November 2017 eine korrekte Wiederherstellungsverfügung erlassen habe, die nicht angefochten wurde und damit eine rechtskräftige, der Ersatzvornahmeverfügung zugrundeliegende Wiederherstellungsverfügung bestehe. Es wäre widersprüchlich zu behaupten, es liege eine rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung vor und gleichzeitig in der gleichen Sache mit einer späteren Verfügung eine neue Frist zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs anzusetzen. Die Gemeinde hat die Verfügung vom 20. November 2017 zwar nicht förmlich mit einer späteren Verfügung aufgehoben. Nach Treu und Glauben kann sie sich jedoch nicht auf eine frühere Verfügung – nämlich diejenige vom 20. November 2017 – berufen, wenn sie diese durch Erlass der späteren Verfügung vom 14. Dezember 2017 inhaltlich übersteuert hat.

d) Da der Ersatzvornahmeverfügung betreffend Treppenhausanbau und Glaswindfang die zugrunde liegende Wiederherstellungsverfügung fehlt, ist sie aufzuheben. Die Gemeinde muss in einem nächsten Schritt über das (fristgerecht eingereichte) nachträgliche Baugesuch betreffend Treppenhausanbau und Glaswindfang befinden. Sollte das Baugesuch mangelhaft sein und auch innert angesetzter Frist nicht verbessert werden, so gilt es als zurückgezogen (Art. 18 BewD). In diesem Fall hat die Gemeinde die Wiederherstellung neu zu verfügen. Ist das Baugesuch formell korrekt, so hat die Gemeinde inhaltlich darüber zu entscheiden. Im Falle der nachträglichen vollständigen oder teilweisen Bewilligung des Bauvorhabens fällt die Wiederherstellung im entsprechenden Umfang dahin (Art. 46 Abs. 2 Bst. c und Bst. d BauG). Wird das nachträgliche Baugesuch abgewiesen (Bauabschlag) hat die Baubewilligungsbehörde zugleich (erneut) darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, und dafür eine neue Frist zu setzen (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Diese (allfällig) zu erlassende Wiederherstellungsverfügung wird die Gemeinde, sofern der Beschwerdeführer die (allfällige) Wiederherstellung nicht selbst fristgerecht und vollständig vornimmt, mittels Ersatzvornahme durchsetzen können und müssen.

4. Ersatzvornahme Attikageschoss

a) Der Beschwerdeführer hat das Attikageschoss nicht gemäss Art. 212 Abs. 4 Bst. h GBR²³ bzw. der Baubewilligung ausgeführt, denen zufolge eine Rückversetzung um 2,50 m gefordert ist. In Abweichung zur Baubewilligung wird das geforderte Mass für den Rücksprung allseitig um 15 cm nicht eingehalten. Dies führt zu einer grösseren bewohnbaren Fläche des Attikageschosses und zu einer Überschreitung der Ausnützungsziffer.²⁴

Für das Attikageschoss hat die Gemeinde in ihren baupolizeilichen Verfügungen (soweit interessierend) folgende Anordnungen getroffen:

- Die Verfügungen vom 3.10.2017 und vom 20.11.2017 enthalten keine Anordnungen betreffend Attika.
- Mit Verfügung vom 14.12.2017 hat die Gemeinde dem Gesuch um Fristerstreckung zum Teil entsprochen und im Dispositiv Ziff. 2 festgehalten: "Der Bauherrschaft steht es nach wie vor frei, eine Projektänderung einzureichen." Der Bauherrschaft wird hierfür eine Frist bis 16.1.2018 gewährt. Weiter nennt sie die Elemente, welche die Projektänderung "mindestens" zu enthalten habe, dazu gehört auch "Unterschnittener minimaler Rücksprung des Attikageschosses". In Ziff. 3 wird sodann angeordnet: "Sollte keine Projektänderung eingereicht werden, sind folgende bauliche Massnahmen vorzunehmen, welche zum Teil schon verfügt und in Rechtskraft erwachsen sind: [...] Der Rücksprung des Attikageschosses von der Hauptfassade hat das Mass gemäss Gemeindebaureglement von 2,50 m einzuhalten [...]". Zudem wird in Ziff. 5 die Ersatzvornahme angedroht.
- In der Verfügung vom 13.2.2018 verfügte die Gemeinde: "Die Ausnahmegesuche für den unterschrittenen minimalen Rücksprung des Attikageschosses und für die überschrittene Ausnützungsziffer werden nicht bewilligt."
- In der angefochtenen Ersatzvornahmeverfügung vom 2.10.2018 verfügt die Gemeinde betreffend Rückbau Attika: "Die Gemeinde wird nach in Rechtskrafttretung dieser Ersatzvornahmeverfügung die Rückbauarbeiten selber an die Hand nehmen bzw. durch eine beauftragte Unternehmung vornehmen lassen."

²³ Baureglement (GBR) der Gemeinde Lengnau vom August 2011, genehmigt vom AGR am 11. Mai 2012

²⁴ Vgl. Vorakten Gemeinde (grüne Mappe): Plan 7, Mst. 1:50, «gedrehte Treppe 7 abschluss oben + bgf attika» vom 15.01.2018 (mit Eingangsstempel vom 18.01.2018)

Der Beschwerdeführer hat u.a. betreffend Attikageschoss am 16. Januar 2018 eine "Projektänderung" eingereicht. Er beantragte die Bewilligung des ausgeführten Attikageschosses.²⁵ Für die Unterschreitung des reglementarisch geforderten Rücksprungs um "5 bis 15 cm" und die daraus resultierende Überschreitung der Ausnützungsziffer (AZ) ersucht er um eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG.

b) Wie ausgeführt wird die Wiederherstellungsverfügung aufgeschoben, wenn der Pflichtige innert Frist ein nachträgliches Baugesuch einreicht (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist sodann zu prüfen, ob und inwiefern ein ohne Baubewilligung ausgeführtes Bauvorhaben den massgebenden öffentlichen Bauvorschriften entspricht und bewilligt werden kann (Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG).²⁶ Im Falle des Bauabschlags entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist und setzt dafür eine neue Frist an (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG).²⁷

c) Mit Verfügung vom 14. Dezember 2017 hat die Gemeinde für das Attikageschoss die Wiederherstellung angeordnet und gleichzeitig Gelegenheit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs gegeben. Der Beschwerdeführer hat in der Folge ein als "Projektänderung" bezeichnetes, nachträgliches Baugesuch eingereicht. Mit Einreichung des nachträglichen Baugesuchs wurde die mit Verfügung vom 14. Dezember 2017 angeordnete Wiederherstellung aufgeschoben (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). In der Verfügung vom 13. Februar 2018 hat die Gemeinde die "Ausnahmegesuche für den unterschrittenen minimalen Rücksprung des Attikageschosses und für die überschrittene Ausnützungsziffer nicht genehmigt" und damit dem nachträglichen Baugesuch betreffend Attika (jedenfalls sinngemäss) den Bauabschlag erteilt. Gemäss den oben genannten Vorgaben des Baugesetzes hätte die Gemeinde gleichzeitig mit dem Bauabschlag (erneut) die Wiederherstellung anordnen müssen und eine neue Frist zur Wiederherstellung setzen müssen. Diese Anordnung ist unterblieben. Es mangelt daher auch bezüglich der Ersatzvornahme für das Attikageschoss an einer zugrunde liegenden, rechtskräftigen Wiederherstellungsanordnung.

²⁵ Vgl. Schreiben zur Projektänderung vom 16. Januar 2018

²⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14

²⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 13b

Die mit Verfügung vom 14. Dezember 2017 angeordnete Wiederherstellung wurde mit Einreichung des nachträglichen Baugesuchs "aufgeschoben" (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Diese Anordnung lebt mit dem Bauabschlag nicht von selbst wieder auf: Gemäss den ausdrücklichen Vorgaben in Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG muss die Wiederherstellung gleichzeitig mit dem Bauabschlag zwingend (erneut) verfügt und es muss eine neue Frist angesetzt werden (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG).²⁸ Daher stellt auch die Verfügung vom 14. Dezember 2017 betreffend das Attikageschoss keine zugrunde liegende, rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung dar.

d) Da der Ersatzvornahmeverfügung betreffend Attikageschoss die zugrunde liegende Wiederherstellungsverfügung fehlt, ist sie aufzuheben. Die Gemeinde muss bezüglich Attikageschoss zunächst die Wiederherstellung verfügen. Dabei hat sie die Voraussetzungen der Wiederherstellung gemäss Art. 47 Abs. 6 BewD (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Vertrauensgrundsatz) zu prüfen und den Entscheid entsprechend zu begründen.²⁹ Zudem ist dem Beschwerdeführer zwingend eine angemessene Frist zu setzen, damit dieser die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands selbst vornehmen kann (Art. 46 Abs. 2 BauG).³⁰ Sollte der Beschwerdeführer die Wiederherstellung nicht selbst fristgerecht und vollständig vornehmen, wird die Gemeinde sie mittels Ersatzvornahme durchsetzen können und müssen.

5. Zusammenfassung und Kosten

a) Der Ersatzvornahmeverfügung fehlt es bezüglich aller darin geregelten Gegenstände (Treppenhausanbau, Glaswindfang und Attikageschoss) an der zugrunde liegenden Wiederherstellungsverfügung (vgl. E. 3 und 4). Sie ist daher aufzuheben. Die Gemeinde muss betreffend Treppenhausanbau und Glaswindfang zunächst über das nachträgliche Baugesuch befinden und im Falle des Bauabschlags erneut die Wiederherstellung inkl. Fristansetzung verfügen (vgl. E. 3d). Bezüglich Attikageschoss muss sie die Wiederherstellung inkl. Fristansetzung (erneut) verfügen (vgl. E. 4d).

²⁸ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 16

²⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 13b

b) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³¹). Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten 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. Beim vorliegenden Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer. Der Gemeinde Lengnau können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die gesamten Verfahrenskosten sind durch den Kanton zu tragen.

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt der Beschwerdeführer als obsiegend.

Nach Art. 11 Abs. 1 PKV³² 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 KAG³³). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich bis durchschnittlich zu werten, zumal nur ein Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses sind als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 3'250.– als angemessen. Die gesamten Parteikosten betragen damit Fr. 3'591.80 (Honorar Fr. 3'250.–, Auslagen Fr. 85.– Mehrwertsteuer Fr. 256.80.–). Da keine Gegenpartei im Verfahren ist, der diese Kosten auferlegt werden können, hat die Gemeinde als Vorinstanz die Parteikosten des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 3'591.80 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu übernehmen.³⁴

³¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³² Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

³³ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

³⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 13

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung betreffend Ersatzvornahme vom 2. Oktober 2018 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Gemeinde Lengnau hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten in der Höhe von Fr. 3'591.80 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Lengnau, Bau- und Werkabteilung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident