

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/82

Bern, 7. Mai 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

Frau **C.** _____
Beschwerdeführerin 3



und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, Landorfstrasse 1, 3098 Köniz

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz vom 19. November 2018 (Erweiterung Wohnraum im EG - Gutachten, Kostenverfügung)

I. Sachverhalt

1. Im August 2013 erteilte die Einwohnergemeinde Köniz der Beschwerdeführerin 1 die Baubewilligung für die Aufstockung des Dachgeschosses ihres Einfamilienhauses und den Bau eines Wintergartens auf dem Garagendach der Parzelle Köniz Gbbl. Nr. D. _____. Nach mehreren Hinweisen aus der Nachbarschaft, wonach das Bauvorhaben nicht wie bewilligt ausgeführt werde, und zwei Wiederherstellungsverfahren, führte die Gemeinde am 8. Oktober 2014 einen Augenschein durch. Dabei stellte sie unter anderem fest, dass die Beschwerdeführerin 1 im Erdgeschoss südwestlich der Garage eine Wohnraumerweiterung vorgenommen hatte. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 1. Juni

2015 ordnete sie – nebst anderen Massnahmen – den Rückbau des Erweiterungsbaus mit Entfernung der südwestlichen und nordwestlichen Fassaden entsprechend dem bewilligten Plan Erdgeschoss sowie die thermische Trennung des Wohnzimmers entlang der verlängerten Innenwand der Garage an. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin 1 Beschwerde bei der BVE (120/2015/40). Nach Abweisung der Beschwerde in Bezug auf den Erweiterungsbau zog die Beschwerdeführerin 1 den Entscheid an das Verwaltungsgericht weiter. Dieses beteiligte die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 von Amtes wegen am Verfahren, nachdem die Beschwerdeführerin 1 ihnen die Liegenschaft geschenkt hatte. Das Verwaltungsgericht bestätigte den von den Vorinstanzen angeordneten Rückbau des Erweiterungsbaus, hielt jedoch fest, der heutigen Beschwerdeführerin 1 müsse Gelegenheit gegeben werden, allenfalls erforderliche Massnahmen zur Sicherstellung der Tragfähigkeit der Betondecke, auf welcher der bewilligte Wintergarten im Obergeschoss stehe, zu treffen. Sobald die Tragfähigkeit der Decke sichergestellt sei, habe die Gemeinde eine neue Frist zum Rückbau des Erweiterungsbaus anzusetzen. Mit diesen verbindlichen Weisungen wies es das Verfahren zurück an die Gemeinde.¹ Das Bundesgericht trat auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht ein, da es das Urteil des Verwaltungsgerichts als nicht anfechtbaren Zwischenentscheid qualifizierte.²

Mit Verfügung vom 24. Juli 2017 nahm die Gemeinde Köniz das baupolizeiliche Verfahren wieder auf und verpflichtete die Beschwerdeführerinnen, ein Gutachten einer anerkannten Fachperson für Baustatik zur Frage einzureichen, ob und falls ja, welche statischen Massnahmen zur Sicherstellung der Tragfähigkeit getroffen werden müssen, da die neu erstellten Fassadenwände im Erweiterungsbau im Erdgeschoss entfernt werden müssten. Das Gutachten habe zudem zu klären, welches die kostengünstigste Massnahme sei und wie diese konkret umzusetzen sei. Die Gemeinde drohte den Beschwerdeführerinnen zudem an, sie werde das Gutachten auf Kosten der Beschwerdeführerinnen von einer von ihr bestimmten Fachperson erstellen lassen, sofern das Gutachten nicht innerhalb der angesetzten Frist vollständig ausgeführt werde.

Die Gemeinde erachtete gemäss Schreiben vom 19. Juli 2018 das von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Gutachten sowie dessen Ergänzung als ungenügend. Sie holte daher ein eigenes Gutachten ein. Mit Verfügung vom 19. November 2018

¹ VGE 2016.52 vom 20.12.2016, insb. E. 5.3.3

² BGer 1C_59/2017 vom 14.06.2017, E. 1.4 ff.

verpflichtete die Gemeinde Köniz die Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit, der Gemeinde die Kosten dieses Gutachtens in der Höhe von Fr. 1'952.05 innert 30 Tagen ab Eröffnung der Verfügung zu bezahlen. Gestützt auf das eingeholte Gutachten verfügte die Gemeinde mit Wiederherstellungsverfügung vom 10. Dezember 2018 den Rückbau. Diese Verfügung haben die Beschwerdeführerinnen separat angefochten (120/2019/4). Mit Entscheid vom 24. April 2019 hat die BVE diese Beschwerde gutgeheissen, den Wiederherstellungsentscheid aufgehoben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde zurückgewiesen.

2. Gegen die Kostenaufverfügung vom 19. November 2018 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 20. Dezember 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellen folgendes Rechtsbegehren:

"Die angefochtene Verfügung des Bauinspektorats Köniz vom 19.11.2018 sei aufzuheben, und es sei festzustellen dass

- I. die Expertise der Weber + Brönnimann AG vom 12.10.2018 ungenügend ist, und dass dieser nicht gefolgt werden kann/muss
- II. die Kosten dieser Expertise vom Bauinspektorat Köniz zu tragen seien,
- III. sich das Bauinspektorat Köniz auf die Expertise der IBK Ingenieurbüro Peter Kienle GmbH zu stützen hat."

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, forderte die Beschwerdeführerin 3 auf, die Beschwerde rechtsgültig zu unterzeichnen, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Beschwerdeführerin 3 reichte eine rechtsgültig unterzeichnete Beschwerde nach. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

³ 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)

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Nach Art. 49 BauG⁴ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 46 bis 49 BauG und damit zusammenhängende Kostenverfügungen innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Den Beschwerdeführerinnen wurden in der angefochtenen Verfügung Kosten auferlegt. Sie sind somit beschwert (Art. 65 VRPG⁵) und zur Beschwerde legitimiert. Sie haben die Beschwerde form- und fristgerecht eingereicht. Die Eintretensvoraussetzungen sind daher erfüllt. Da jedoch Kassationsgründe vorliegen, die von Amtes wegen geprüft werden, genügt es, dass die Beschwerde rechtzeitig bei der BVE als zuständige Rechtsmittelbehörde anhängig gemacht wurde.⁶

2. Kostenaufverlage

a) Das Verwaltungsgericht bestätigte mit Urteil vom 20. Dezember 2016 den von den Vorinstanzen angeordneten Rückbau des Erweiterungsbaus, hielt jedoch fest, der heutigen Beschwerdeführerin 1 müsse Gelegenheit gegeben werden, allenfalls erforderliche Massnahmen zur Sicherstellung der Tragfähigkeit der Betondecke, auf welcher der bewilligte Wintergarten im Obergeschoss stehe, zu treffen. Sobald die Tragfähigkeit der Decke sichergestellt sei, habe die Gemeinde eine neue Frist zum Rückbau des Erweiterungsbaus anzusetzen. In diesem Sinne wies es das Verfahren an die Gemeinde zurück.⁷ Mit Verfügung vom 24. Juli 2017 nahm die Gemeinde Köniz das baupolizeiliche Verfahren wieder auf und verpflichtete die Beschwerdeführerinnen, ein Gutachten einer anerkannten Fachperson für Baustatik zur Frage einzureichen, ob und falls ja, welche statischen Massnahmen zur Sicherstellung der Tragfähigkeit getroffen werden müssen, da die neu erstellten Fassadenwände im Erweiterungsbau im Erdgeschoss entfernt werden müssten. Das Gutachten habe zudem zu klären, welches die kostengünstigste Massnahme

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

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

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 40 N. 1-3

⁷ VGE 2016.52 vom 20.12.2016, insb. E. 4.3.3, 4.4.3 und 5.3.3

sei und wie diese konkret umzusetzen sei. Die Gemeinde drohte den Beschwerdeführerinnen zudem an, sie werde das Gutachten auf Kosten der Beschwerdeführerinnen von einer von ihr bestimmten Fachperson erstellen lassen, sofern das Gutachten nicht innerhalb der angesetzten Frist vollständig ausgeführt werde. Da die Gemeinde das von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Gutachten sowie dessen Ergänzung als ungenügend erachtete, holte sie ein eigenes Gutachten ein.⁸ Die Kosten für dieses Gutachten auferlegt sie mit der vorliegend angefochtenen Verfügung den Beschwerdeführerinnen. Sie begründet die Kostenaufanlage in der angefochtenen Verfügung damit, die Beschwerdeführerinnen als "in der Verfügung vom 24. Juli 2017 verpflichtete Personen" hätten die Kosten der Ersatzvornahme unter solidarischer Haftbarkeit zu tragen. Sie verweist auf Art. 46 f. BauG sowie Art. 117 Abs. 2 VRPG.

b) Nach Art. 107 Abs. 1 VRPG setzt die Behörde allfällige Verfahrenskosten in der Verfügung fest. Nach Art. 103 Abs. 1 VRPG bestehen die Verfahrenskosten aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden. Gemäss Art. 103 Abs. 3 VRPG trägt vorläufig das Gemeinwesen die Kosten für behördlich angeordnete Beweismassnahmen, wobei die Behörde angemessenen Kostenvorschuss verlangen kann, wenn die Beweismassnahme von einer Partei beantragt worden ist.

c) Die Gemeinde hat das Gutachten in Auftrag gegeben, um zu klären, ob und wenn ja welche Massnahmen zur Stabilisierung der Betondecke nötig sind, bevor sie die Wiederherstellung des Erweiterungsbaus verfügen kann. Damit handelt es sich bei den Kosten für dieses Gutachten um Kosten für Beweismassnahmen im Wiederherstellungsverfahren und nicht um Kosten für die Ersatzvornahme rechtskräftig verfügter Massnahmen gemäss Art. 46 f. BauG. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführerinnen mit dem angefochtenen Entscheid zuerst die Kosten für das Gutachten auferlegt. Erst mit Verfügung vom 10. Dezember 2018 hat sie die Wiederherstellung verfügt. Damit hat die Gemeinde den Beschwerdeführerinnen die Beweiskosten auferlegt, bevor sie über die Wiederherstellung entschieden hat. Mit Entscheid vom 24. April 2019 hat die BVE zudem die Beschwerde gegen die Wiederherstellungsverfügung gutgeheissen, diese aufgehoben und das Verfahren im Sinne

⁸ Schreiben vom 19. Juli 2018, pag. 47 Vorakten

der Erwägungen an die Gemeinde zurückgewiesen, weil die Gemeinde die Wiederherstellungsmassnahmen zu wenig konkretisiert hat.

Gemäss Art. 103 Abs. 3 VRPG muss das Gemeinwesen die Beweiskosten vorläufig tragen. Ausgenommen sind Vorschüsse für Beweismassnahmen, welche die Parteien ausdrücklich beantragt haben. Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdeführerinnen die Beweismassnahme nicht beantragt. Die Überbindung der Beweiskosten an die Beschwerdeführerinnen, bevor die Vorinstanz über die Herstellung des rechtmässigen Zustandes verfügt hat, widerspricht daher Art. 103 Abs. 3 VRPG.

3. Aufhebung von Amtes wegen

Die BVE ist befugt, ein Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren von Amtes wegen aufzuheben, wenn wesentliche Verfahrensgrundsätze derart verletzt sind, dass die richtige Beurteilung unmöglich oder wesentlich erschwert wird (Art. 40 Abs. 1 VRPG). Das Verfahren ist bis zum begangenen Fehler zurück aufzuheben.⁹

Die Vorinstanz hat gegen Art. 103 Abs. 3 VRPG verstossen, indem sie den Beschwerdeführerinnen die Kosten für das Gutachten nicht zusammen mit dem Entscheid über die Wiederherstellung auferlegt hat. Die Kostentragungspflicht hat einen direkten Zusammenhang mit dem Endentscheid in der Sache, weshalb darüber zusammen entschieden werden muss. Dies gilt auch für den vorliegenden Fall. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Angelegenheit an die Gemeinde zurückzuweisen. Die Gemeinde wird in der Endverfügung des Wiederherstellungsverfahrens die Verfahrenskosten neu verlegen müssen.

4. Verfahrenskosten

Die Verfahrenskosten werden auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.-- bestimmt (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁰).

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 40 N. 7

¹⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Zur Kostenliquidation enthält Art. 40 VRPG keine besondere Regel, weshalb die allgemeinen Grundsätze für die Kostenverlegung gelten. Für Kassationsentscheide gestützt auf Art. 40 VRPG sind in der Regel weder Verfahrenskosten zu erheben noch Parteikosten zu sprechen.¹¹ Es werden daher keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen, da keine Partei durch einen Anwalt vertreten war.

III. Entscheid

1. Die Verfügung der Gemeinde Köniz vom 19. November 2018 wird von Amtes wegen aufgehoben. Die Sache geht zurück an die Vorinstanz zur weiteren Behandlung im Sinne der Erwägungen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau A._____, eingeschrieben
- Frau B._____, eingeschrieben
- Frau C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 40 N. 11.

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident