

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2019/1

Bern, 23. April 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

und

B. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte

sowie



Baupolizeibehörde der Gemeinde Neuenegg, Gemeindeverwaltung, Dorfstrasse 16,
3176 Neuenegg

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Neuenegg vom
3. Dezember 2018 (Ristorante Pizzeria C. _____; Kosten Baupolizeiverfahren)

I. Sachverhalt

1. Mit Verfügung des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland vom 30. Mai 2016 erhielt der Beschwerdeführer rückwirkend ab 1. April 2016 die Gastgewerbebewilligung (Betriebsbewilligung A nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a GGG¹) für das Ristorante Pizzeria C. _____.² Dieses Restaurant befindet sich auf der Parzelle Neuenegg Grundbuchblatt Nr. E. _____, welche sich bis Ende 2018 im Eigentum von Frau F. _____ befand.

¹ Gastgewerbegesetz vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11)

² Pag. 113 BP 2016-392

Heute haben G._____, H._____ und I._____ als einfache Gesellschaft Gesamteigentum an dieser Parzelle. Baurechtsinhaberin ist die J._____ AG (Grundstück Nr. K._____). Aufgrund von Beschwerden von Nachbarn intervenierte die Gemeinde ab August 2016 mehrfach. Die Gemeinde führte ein erstes baupolizeiliches Verfahren durch wegen eines Zeltes, welches einen Bildschirm und eine Musikanlage schützte. Das zweite baupolizeiliche Verfahren betraf den unbewilligten Betrieb einer Shisha Bar in einem geschlossenen Nebengebäude, welches die Gemeinde als zweiseitig offene Pergola bewilligt hatte. Zudem entdeckte die Gemeinde unbewilligte Werbeelemente. Gemäss Schreiben vom 4. April 2018 betrachtete die Gemeinde beide baupolizeilichen Verfahren als abgeschlossen und stellte dem Beschwerdeführer baupolizeiliche Aufwendungen von Fr. 1'752.-- in Rechnung. Der Beschwerdeführer informierte die Gemeinde telefonisch darüber, dass er nicht bereit sei, die Rechnung zu bezahlen und verwies auf die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte als Verantwortliche. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2018 stellte die Gemeinde fest, die Aufwandgebühren für die baupolizeilichen Angelegenheiten im Zeitraum Ende August 2016 bis Juli 2018 würden Fr. 2'137.-- betragen (Ziffer 1). Diese Kosten auferlegte die Gemeinde dem Beschwerdeführer und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten und verlangte deren Bezahlung innert 30 Tagen (Ziffer 2).

2. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 3. Januar 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er stellt sinngemäss den Antrag, die angefochtene Verfügung sei in Bezug auf ihn aufzuheben.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, beteiligte die B._____ von Amtes wegen am Verfahren, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Mit Verfügung vom 24. Januar 2019 stellte das Rechtsamt fest, dass die Post die Verfügung vom 7. Januar 2018 der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten nicht zustellen konnte, da "der Empfänger unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden konnte". Zustellungen an die gemäss Handelsregister gültige Adresse der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte sind demgemäss nicht möglich.

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)

Nachforschungen bei der Gemeinde Neuenegg haben ergeben, dass sich der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten, Herr L._____, bei der Gemeinde Neuenegg abgemeldet hat, ohne eine neue Adresse zu hinterlassen. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Verfügung vom 7. Januar 2018 als zugestellt gelten muss, da die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte die Zustellung im Sinne von Art. 138 Abs. 3 Bst. b ZPO⁴ i.V. mit Art. 44 Abs. 3 VRPG⁵ verweigert hat.⁶ Zudem wies das Rechtsamt den Antrag der Gemeinde auf Übersetzung der in französischer Sprache verfassten Beschwerde ab. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Kostenverfügungen der Baupolizei können nach Art. 49 BauG⁷ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Dem Beschwerdeführer wurden in der angefochtenen Verfügung Kosten auferlegt. Er ist somit beschwert (Art. 65 VRPG) und zur Beschwerde legitimiert. Die BVE tritt daher grundsätzlich auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ein.

2. Tragung der Kosten der baupolizeilichen Verfahren

a) Auf dem Grundstück Neuengg Grundbuchblatt Nr. E._____ befindet sich das Hauptgebäude Nr. 36, in welchem sich das Restaurant befindet, das Nebengebäude Nr. 36a, welches die Gemeinde 1990 als Pergola bewilligt hatte,⁸ sowie ein Tennisplatz.

⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272)

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

⁶ Vgl. Huber, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Hrsg: Brunner/Gasser/Schwander, 2. Auflage 2016, N. 67 zu Art. 138 ZPO

⁷ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁸ Vgl. pag. 203 ff. und 243 f. BP 2016-409

Das vorübergehend aufgestellte Zelt, welches das erste Baupolizeiverfahren und die entsprechenden Kosten auslöste, befand sich ebenfalls auf diesem Grundstück.⁹ Eigentümerin des Grundstücks Nr. E._____ war bis Ende 2018 Frau F._____. Heute haben G._____, H._____ und I._____ als einfache Gesellschaft Gesamteigentum an dieser Parzelle. Bezüglich des Restaurants, der Pergola (Nebengebäude Nr. 36a) und des Tennisplatzes besteht ein selbständiges Baurecht (Grundstück Nr. K._____). Baurechtsinhaberin ist die J._____ AG. Sie trat in Bezug auf die Pergola und die Erweiterung des Restaurants als Baugesuchstellerin auf.¹⁰ Sie war Vertragspartei des Miet-/Pachtvertrages mit der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten, welche das Ristorante Pizzeria C._____ im vorliegend relevanten Zeitraum betrieb.¹¹ Aus den Vorakten ist ersichtlich, dass die Gemeinde bereits in den Jahren 2015/2016 ein Baupolizeiverfahren geführt und dabei die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte als Verantwortliche betrachtet hatte.¹² Der Beschwerdeführer war ab 1. April 2016 Inhaber der Gastgewerbebewilligung. Ab Mitte Februar 2017 bis Mitte Januar 2018 war er zudem Gesellschafter und Geschäftsführer der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten.¹³

Die Gemeinde verlangt vom Beschwerdeführer und von der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten die Zahlung der Aufwendungen für die Baupolizeiverfahren BP 2016-392 und BP 2016-409 von Fr. 2'137.-- (Aufwandgebühr von Fr. 2'125.-- sowie Porto und Spesen von Fr. 12.--¹⁴).

b) Der Beschwerdeführer bestreitet seine Zahlungspflicht und bringt zusammengefasst sinngemäss vor, das Ristorante Pizzeria C._____ gehöre seit der Eröffnung der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten. Zu der Zeit der baupolizeilichen Verfahren, also in den Jahren 2016 bis 2018, sei er nicht Gesellschafter dieser Firma gewesen, weshalb die

⁹ Pag. 49, 57 f und 65 BP 2016-392

¹⁰ Pag. 157 ff. und 203 ff. BP 2016-409

¹¹ Der Beschwerdeführer behauptet, die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte habe das Ristorante Pizzeria C._____ betrieben. Die Gemeinde bestreitet dies nicht und nahm diese schlussendlich in der angefochtenen Verfügung in Pflicht. In den Vorakten gibt es zudem mehrere Hinweise, welche die Behauptung des Beschwerdeführers stützen (vgl. insb. pag. 196 BP 2016-409, wonach der M._____ Verein den Mietvertrag zwischen der B._____ und der J._____ AG sowie den Untermietvertrag zwischen der B._____ und dem M._____ Verein beim Regierungsstatthalteramt einreichen solle).

¹² Pag. 115 BP 2016-409

¹³ Pag. 113 BP 2016-392 und pag. 23 f. BP 2016-409

¹⁴ Vgl. Rechnung von 26. Juli 2018 (Beilage zur Stellungnahme der Gemeinde)

Gemeinde nicht auf ihn greifen könne. Die baulichen Veränderungen der Pergola seien vor der Zeit ausgeführt worden, als die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte das Restaurant übernommen habe. Nicht er, sondern die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte habe eine vertragliche Beziehung zur Sisha Bar, welche sich neben dem Ristorante Pizzeria C. _____ befinde.

c) Die Gemeinde ist der Ansicht, der Beschwerdeführer habe die baupolizeilichen Aufwendungen als verantwortliche Person gemäss der Gastgewerbebewilligung verursacht.

d) Im ersten Verfahren (BP 2016-392) forderte die Gemeinde vom Beschwerdeführer den Rückbau eines Zeltes, welches einen Bildschirm und eine Musikanlage schützte.¹⁵ Sie teilte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 6. September 2016 mit, dieses dürfe gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. m BewD¹⁶ maximal drei Monate pro Kalenderjahr aufgestellt werden. Da es seit Beginn der Fussballeuropameisterschaft (Beginn 10. Juni 2016) stehe, müsse es innert 14 Tagen zurückgebaut werden. Nach einer abschlägigen Antwort aufgrund von Abklärungen über die mögliche Bewilligungsfähigkeit dieses Zeltes, einer erneuten Aufforderung zum Rückbau sowie einer Fristverlängerung, stellte die Gemeinde im Protokoll der Bau- und Planungskommission vom 7. Dezember 2016 fest, dass der Rückbau erfolgt sei und das Geschäft als geschlossen beurteilt werde.

Das zweite baupolizeiliche Verfahren (BP 2016-409) betraf die Pergola (Nebengebäude Nr. 36a). Die Gemeinde leitete das Verfahren aufgrund von Lärmklagen wegen einer Shisha Bar ein, welche der dafür gegründete M. _____ Verein gestützt auf einen Untermietvertrag mit der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten seit Mitte Dezember 2016 in diesem Nebengebäude ohne Bewilligung betrieb.¹⁷ Dieses Nebengebäude hatte die Gemeinde im Jahr 1990 auf Ersuchen der J. _____ AG als zweiseitig offenen Sitzplatz (Pergola) bewilligt.¹⁸ Gemäss Aktennotiz einer Besprechung vor Ort vom 7. September 2017 wollte die J. _____ AG bis 20. September 2017 die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs prüfen (Zweckänderung und bauliche Änderungen). Zudem sollte der M. _____ Verein das Meldeformular Vereinslokale bis 23. September

¹⁵ Fotos pag. 57 f. Vorakten BP 2016-392

¹⁶ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁷ pag. 195 f. und 237 BP 2016-409

¹⁸ Vgl. insb. pag. 203 ff., 221, 241 Vorakten BP 2016-409

2017 beim Regierungsstatthalteramt einreichen, damit allenfalls ein Vereinslokal bewilligt werden könnte. Im Folgenden beschloss die J._____ AG, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Der M._____ Verein löste sich offenbar aufgrund der bestehenden finanziellen Risiken und den unklaren Aussichten auf eine Bewilligung auf.¹⁹

Am 13. Dezember 2017 entdeckte die Gemeinde zudem unbewilligte Werbeelemente. Mit Schreiben vom 10. Januar 2018 forderte sie den Beschwerdeführer auf, diese innert 90 Tagen zu entfernen oder innert 30 Tagen ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.²⁰ Gemäss Protokoll der Bau- und Planungskommission erkundigte sich der Beschwerdeführer telefonisch, welche Werbeelemente nicht bewilligt seien. Er sagte zu, die das Ristorante Pizzeria C._____ betreffende weisse Werbung, mangels Zuständigkeit nicht hingegen das Werbeelement ("N._____") zu entfernen.²¹ Dieses Werbeelement wollte die J._____ AG zuerst in das nachträgliche Baugesuch integrieren.²² Gemäss Protokoll der Bau- und Planungskommission vom 7. März 2018 waren beide Werbeelemente entfernt worden.²³

e) Laut Art. 39 des Gebührenreglements der Gemeinde Neuenegg kann die Gemeinde für die Verfahrensinstruktion und die Verfügung baupolizeilicher Massnahmen eine Aufwandgebühr II erheben, die laut Gebührentarif Fr. 120.-- pro Stunde beträgt. Gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG ist die Wiederherstellungsverfügung an den jeweiligen Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber zu richten. Diese Regelung ist auf den Normalfall zugeschnitten, in dem die widerrechtlich handelnde Bauherrschaft zugleich Eigentümerin oder Baurechtsinhaberin des Baugrundstücks ist. Sind aber Bauherrschaft und Grundeigentümer nicht identisch und ist die Rechtswidrigkeit auf ein Handeln der Bauherrschaft zurückzuführen, so empfiehlt es sich, die Wiederherstellungsverfügung an beide zu richten. Denn nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts ist die Wiederherstellungsverfügung an den Störer zu richten. Als Störer gilt sowohl diejenige Person, die die Baurechtswidrigkeit verursacht hat (Verhaltensstörerin), also in der Regel die Bauherrschaft, als auch diejenige Person, die über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat

¹⁹ Vgl. pag. 169 f. BP 2016-409

²⁰ Pag. 141 ff. BP 2016-409

²¹ Fotos pag. 145 f. BP 2016-409

²² Pag. 129 BP 2016-409

²³ Pag. 119 ff. BP 2016-409 (mit Fotos)

(Zustandsstörerin), also in der Regel die Grundeigentümerin oder der Grundeigentümer.²⁴ Eine juristische Person als Grundeigentümerin kann sowohl Verhaltens- als auch Zustandsstörerin sein. Unter Umständen kann auch ein schuldhaft handelndes Organ als Verhaltensstörer zur Verantwortung gezogen werden (Art. 55 Abs. 3 ZGB²⁵ analog).²⁶ Sind mehrere Störerinnen und Störer gleich fähig oder geeignet, die Störung zu beseitigen, hat in erster Linie der Verhaltensstörer oder die Verhaltensstörerin für deren Beseitigung zu sorgen.²⁷ Die entstandenen Kosten werden gemäss dem Verursacherprinzip verlegt. Sie sind anteilmässig auf die einzelnen Verursacher zu verlegen und einzeln einzufordern.²⁸

f) Das erste baupolizeiliche Verfahren betraf die Wiederherstellung des Zeltes, welches einen Bildschirm und eine Musikanlage beherbergte. Dieses musste gemäss der Aufforderung der Gemeinde nach drei Monaten entfernt werden. Der Beschwerdeführer war in diesem Zeitraum nur Inhaber der Gastgewerbebewilligung. Diese wird für ein bestimmtes Grundstück erteilt und legt die Betriebsart und den Umfang des bewilligten Betriebs fest (Art. 6 Abs. 1 GGG). Die gemäss Gastgewerbegesetz verantwortliche Person sorgt für Ruhe und Ordnung in ihrem Betrieb und führt den Betrieb so, dass für die Nachbarschaft keine übermässigen Einwirkungen entstehen. Zudem hält sie ihre Gäste dazu an, in der Umgebung des Betriebs keinen unnötigen Lärm zu verursachen, macht die Gäste rechtzeitig auf die Schliessungsstunde aufmerksam und fordert sie rechtzeitig zum Verlassen des Betriebs auf. Sie kann Personen wegweisen, die ihren Anforderungen nicht Folge leisten oder durch ihr Benehmen öffentliches Ärgernis erregen (Art. 21 Abs. 1 und 2 GGG). Der Beschwerdeführer war damit zwar für die Einhaltung der Vorgaben des GGG verantwortlich. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte führte jedoch das Ristorante Pizzeria C. _____, ihr fiel damit der Entscheid für die Anschaffung und das Aufstellen des Zeltes sowie den entsprechenden Nutzen zu. Sie und nicht der Beschwerdeführer als ihr Angestellter ist daher Verursacherin im baurechtlichen Wiederherstellungsverfahren. Der Beschwerdeführer kann daher nicht persönlich als Verursacher der Kosten des ersten

²⁴ BVR 2007 S. 362 E. 4.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12

²⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)

²⁶ BGer 1C_67/2012 vom 25. Juli 2012 E. 3.4; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12b; Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band II, Bern 2014, N. 441

²⁷ BGer 1A.51/2005 vom 29. November 2005 E. 4.1, mit weiteren Hinweisen; BVR 2007 S. 362 E. 4.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 2628

²⁸ Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 56 N. 40 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 2629

baupolizeilichen Verfahrens ins Recht gefasst werden, auch wenn die Gemeinde ihn als Ansprechperson kannte. Dies ist als Konsequenz unserer Rechtsordnung, welche Gesellschaften als eigenständige Rechtspersönlichkeiten anerkennt, hinzunehmen.

Das zweite baupolizeiliche Verfahren betraf die Pergola (Nebengebäude Nr. 36a). Baurechtlich fehlte die Bewilligung für die Nutzung sowie für nachträgliche bauliche Änderungen zur 1990 erteilten Bewilligung für eine zweiseitig offene Pergola. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Beschwerdeführer für die Kosten des baupolizeilichen Verfahrens ins Recht gefasst werden könnte, da ein eigens dafür gegründeter Verein die Bar betrieb. Der Untermietvertrag bestand zwischen dem Verein und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten und musste aufgrund des Eröffnungsdatums Mitte Dezember 2016 zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden sein, als der Beschwerdeführer noch nicht Organ der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten war.²⁹ Mit den baulichen Änderungen der Pergola kann der Beschwerdeführer auch nicht in Verbindung gebracht werden. Er ist daher nicht Verursacher der entsprechenden Kosten. Gleiches muss für die Wiederherstellung in Bezug auf die unbewilligten Reklamen gelten. Eine der Reklamen betraf nicht das Ristorante Pizzeria C. _____ sondern die Tennisanlage. Bezüglich der zweiten Reklame gilt grundsätzlich das zum Zelt Gesagte: Der Beschwerdeführer war einzig für die Einhaltung der Vorgaben des GGG verantwortlich, nicht jedoch für bauliche Massnahmen. Im Zeitpunkt, in dem die Gemeinde die Reklame entdeckte, war der Beschwerdeführer zwar zusätzlich Organ der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten. Es bestehen jedoch keine Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer als Organ das Aufstellen der Reklame angeordnet hat bzw. Umstände vorliegen, gemäss welchen er in analoger Anwendung von Art. 55 Abs. 3 ZGB ins Recht gefasst werden könnte.

g) Zusammengefasst ist der Beschwerdeführer nicht Verursacher der Kosten der baupolizeilichen Verfahren und kann dafür nicht belangt werden. Die Beschwerde wird daher gutgeheissen und die angefochtene Verfügung wird in Bezug auf ihn aufgehoben.

3. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Gemeinde Neuenegg. Die Verfahrenskosten werden auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.-- bestimmt (Art. 103 Abs.

²⁹ Vgl. pag. 196 BP 2016-409

2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁰). Der Gemeinde können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG i.V.m Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- trägt demnach der Kanton.

b) Der Beschwerdeführer war nicht anwaltlich vertreten. Es werden daher keine Parteikosten gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Neuenegg vom 3. Dezember 2018 wird in Bezug auf den Beschwerdeführer aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Neuenegg, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- B._____, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

³⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Regierungspräsident