

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2019/232 vom 20.4.2020).

RA Nr. 120/2019/20

Bern, 7. Juni 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher C. _____

und



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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Aarwangen vom 31. Januar 2019 (Ersatzvornahme Sichtschutz)

I. Sachverhalt

1. Im Juni 2015 informierte eine von den Beschwerdeführenden beauftragte Gartenbauunternehmung die Gemeinde Aarwangen über die Absicht der Beschwerdeführenden, auf ihrem Grundstück (Parzelle Aarwangen Grundbuchblatt Nr. F. _____) Sichtschutzwände zu errichten. Der Bauverwalter der Gemeinde machte in seiner Antwort auf die Weisung "Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG" (BSIG Nr. 7/725.1/1.1) der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern aufmerksam, wonach Sichtschutzwände bis zu einer Höhe von 2 m und einer Länge von 4 m bewilligungsfrei seien. Am 26. Oktober 2015 führte die Gemeinde eine Begehung durch und stellte fest, dass die Sichtschutzwände insgesamt 4,70 m lang und 2 m hoch seien, wobei das Terrain, auf dem die Sichtschutzwände erstellt wurden, gegenüber dem

natürlichen Terrainverlauf verändert worden sei. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017¹ ordnete die Gemeinde an: "Herr und Frau A. _____ und _____ B., vgt., als Grundeigentümer (einfache Gesellschaft) des Grundstücks Aarwangen Gbbl. Nr. F. _____ werden hiermit aufgefordert, die auf der Parzelle Nr. F. _____ erstellten Sichtschutzwände innerhalb einer Frist von 60 Tagen nach Erlass dieser Verfügung, d.h. bis spätestens am 11. September 2017 entsprechend den vorstehend zitierten Grundlagen anzupassen, d.h. auf eine maximale Gesamtlänge von 4 m zu reduzieren. Die sichtbare Höhe darf 2.0 m nicht überschreiten." Gleichzeitig wies die Gemeinde auf die Möglichkeit hin, bis spätestens am 11. September 2017 ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Zudem drohte sie eine Busse bei Nichtbefolgung an. Die Verfügung vom 12. Juli 2017 erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Am 11. September 2017 teilten die Beschwerdeführenden der Gemeinde ihre Absicht zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuches mit. Die Ausgestaltung des Bauvorhabens hänge jedoch von der Terraingestaltung auf dem Nachbargrundstück ab, welche aufgrund eines hängigen Beschwerdeverfahrens (RA Nr. 120/2017/46) noch offen sei. Die Beschwerdeführenden beantragten daher die Sistierung des Verfahrens. Mit Verfügung vom 27. September 2017 sistierte die Gemeinde Aarwangen das Verfahren "Sichtschutz Baumann" bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens betreffend die Terraingestaltung auf der Nachbarparzelle. Auf Beschwerde der Nachbarn hin hob die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) mit Entscheid RA Nr. 120/2018/58 vom 8. Januar 2018 die Sistierungsverfügung der Gemeinde vom 27. September 2017 auf. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

2. Am 22. März 2018 führte die Gemeinde eine Baukontrolle durch. Sie stellte fest, dass auf dem Grundstück Nr. F. _____ drei Sichtschutzelemente vorhanden seien: Eine 2,0 m hohe und 2,45 m lange Bambuspalisade (Nr. 1), eine 2,45 m hohe und 0,80 m lange Schilfwand (Nr. 2) sowie eine 2,0 m hohe und 1,30 m lange Schilfwand (Nr. 3).² Mit Schreiben vom 12. April 2018 forderte die Gemeinde die Beschwerdeführenden auf, die 2,45 m hohe Schilfwand (Nr. 2) auf 2,0 m Höhe, gemessen ab bestehendem Terrain, zu kürzen. Mit gleichem Schreiben teilte sie mit, dass aufgrund der Anordnung der Sichtschutzelemente nur die Elemente Nrn. 1 und 2 für die Berechnung der Gesamtlänge

¹ Vorakten, pag. 191 ff.

² Vorakten, pag. 134 f.

massgebend seien. Dies ergebe eine Gesamtlänge von 3,25 m, so dass die maximale Länge baubewilligungsfreier Sichtschutzwände von 4 m eingehalten sei.³

Das Regierungsstatthalteramt Ob- und Nidwalden begleitete das Verfahren der Gemeinde im Rahmen eines aufsichtsrechtlichen Anzeigeverfahrens. Mit Bestätigung und Verfügung vom 12. September 2018 teilte es der Gemeinde auf deren Anfrage hin mit, dass für die Beurteilung der Frage, ob eine Sichtschutzwand die maximal zulässige Höhe überschreite, das natürlich gewachsene Terrain massgebend sei. Sollten somit seit der seinerzeit durchgeführten Bauabnahme keine Terrainaufschüttungen vorgenommen worden sein, so wäre für die Messung derjenige Punkt massgebend, an welchem die Sichtschutzwand den Boden durchstösse. Das Regierungsstatthalteramt wies zudem die Gemeinde darauf hin, dass zwecks Durchsetzung der Wiederherstellungsanordnung die Ersatzvornahme anzudrohen sei.⁴ Mit Bestätigung und Verfügung vom 17. Januar 2019 forderte das Regierungsstatthalteramt die Gemeinde auf, innert 20 Tagen eine Verfügung betreffend eine allfällige Ersatzvornahme zu erlassen.⁵

Mit Verfügung vom 31. Januar 2019 hielt die Gemeinde unter dem Titel "B. Erwägungen" fest, dass die Höhe des Sichtschutzelements Nr. 1 (Bambuspalisade, 2,0 m hoch) ab der unter ihm gelegenen Mauerkrone gemessen worden sei und die Höhe des Sichtschutzelements Nr. 2 (Schilfwand, 2,45 m hoch) ab dem bestehenden Terrain. Hinsichtlich der Höhe des letzteren Sichtschutzelements seien die Beschwerdeführenden der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 nicht vollumfänglich nachgekommen. Unter dem Titel "C. Verfügung" kündigte die Gemeinde an, dass sie am 7. März 2019 zur Ersatzvornahme schreiten und das Sichtschutzelement Nr. 2 in der Höhe um 0,45 m einkürzen werde. Es sei mit voraussichtlichen Kosten für die Beschwerdeführenden von Fr. 300.– zu rechnen. Die Beschwerdeführenden hätten Gelegenheit, die Einkürzung bis zum 6. März 2019 selber vorzunehmen.

3. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 1. März 2019 bei der BVE Beschwerde ein. Sie beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

³ Vorakten, pag. 131 f.

⁴ Vorakten, pag. 109 ff.

⁵ Vorakten, pag. 100

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁶, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde hält mit Stellungnahme vom 1. April 2019 an der angefochtenen Verfügung fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁷ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören auch Ersatzvornahmeverfügungen nach Art. 47 BauG einschliesslich der damit zusammenhängenden Kostenverfügungen, soweit sie über die zugrunde liegende Sachverfügung hinaus Anordnungen über die Zwangsvollstreckung enthalten, namentlich über Modalitäten der Ersatzvornahme.⁸ Die BVE ist demnach zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

b) Behördenmitglieder treten nach Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG⁹ in den Ausstand, wenn sie in der Sache befangen sein könnten. Dabei genügt es, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein einer Befangenheit begründen können.¹⁰ Der Direktor der BVE ist mit den Beschwerdeführenden persönlich bekannt. Er ist daher im vorliegenden Verfahren in den Ausstand getreten. Gemäss Regierungsratsbeschluss RRB Nr. 662/2018 vom 6. Juni 2018 ist Herr Regierungsrat Philippe Müller sein Stellvertreter.

⁶ 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)

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

⁸ 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

⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 9 N. 15

2. Rechtskräftige Sachverfügung

a) Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass die Voraussetzungen für die streitige Vollstreckungsmassnahme nicht erfüllt sind. Es fehle an einer rechtskräftigen Sachverfügung als Grundlage für eine solche Massnahme.

b) Verfügungen, Beschwerdeentscheide und Urteile sind vollstreckbar, wenn sie keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr unterliegen oder einem solchen die aufschiebende Wirkung fehlt oder entzogen wurde (Art. 114 Abs. 1 VRPG). Die Behörde setzt den Pflichtigen eine angemessene Frist zur Erfüllung und droht ihnen für den Versäumnisfall die Zwangsvollstreckung an, wenn dies nicht bereits geschehen ist (Art. 116 Abs. 1 VRPG). Gleichzeitig oder mit einer nächsten Verfügung ordnet die Behörde an, wann und wie die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird (Art. 116 Abs. 2 VRPG). Für die Vollstreckung baupolizeilicher Wiederherstellungsanordnungen sieht Art. 47 Abs. 1 BauG die Ersatzvornahme als Zwangsmittel vor. Die Vollstreckungsverfügungen unterliegen dem gleichen Rechtsmittel wie die Verfügung oder das Urteil in der Sache (Art. 116 Abs. 3 VRPG).

c) Im Rechtsmittelverfahren betreffend Vollstreckungsverfügungen sind die Rügegründe eingeschränkt. Streitgegenstand bilden Fragen betreffend das Wann und das Wie des Vollzugs. Weiter kann vorgebracht werden, die Sachverfügung sei nicht vollstreckbar, die Vollstreckungsverfügung gehe über die zu vollstreckende Anordnung hinaus oder missachte eine in der Sachverfügung enthaltene Vollstreckungsanordnung, die Vollstreckungsverfügung sei von einer unzuständigen Behörde erlassen worden, der Zeitpunkt der Vollstreckung oder die Wahl des Zwangsmittels seien unverhältnismässig. Materiellrechtliche Einwendungen zur Sachverfügung können, da diese Streitsache rechtskräftig beurteilt worden ist, nicht mehr aufgeworfen werden.¹¹ Leidet die Sachverfügung an einem materiellrechtlichen Mangel, so muss dieser im Rechtsmittelverfahren gegen die Sachverfügung vorgebracht werden. Verzichtet der Pflichtige auf die Anfechtung einer Sachverfügung, so erwächst diese in Rechtskraft und wird vollstreckbar, auch wenn sie materiellrechtlich mangelhaft ist.

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 116 N. 12 f.

Im Rechtsmittelverfahren gegen eine Vollstreckungsverfügung kann vorgebracht werden, dass die zugrunde liegende Sachverfügung nichtig sei. Ein nichtiger Verwaltungsakt ist rechtsunwirksam und darf nicht vollstreckt werden. Nichtigkeit wird indessen nur angenommen, wenn der Sachverfügung ein besonders schwerer Mangel anhaftet, der offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist, und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich schwerwiegende Verfahrensfehler und die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde in Betracht. Inhaltliche Mängel sind nur ganz ausnahmsweise, in besonders schweren Fällen, mit der Nichtigkeitsfolge verbunden. Die Unwirksamkeit einer Sachverfügung aus materiellrechtlichen Gründen wird angenommen, wenn ein Mangel sie geradezu wirkungslos, unsinnig oder unsittlich werden lässt.¹²

Werden im Rechtsmittelverfahren gegen eine Vollstreckungsverfügung materiellrechtliche Rügen gegen die Sachverfügung vorgebracht, so ist demnach zu prüfen, ob allenfalls ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Nur wenn dies bejaht wird, ist der materiellrechtliche Mangel im Vollstreckungsverfahren beachtlich. Inhaltliche Mängel, die keine Nichtigkeitsfolge haben, bleiben unbeachtlich, d.h. die Sachverfügung ist in solchen Fällen trotz des Mangels vollstreckbar.

d) Die Beschwerdeführenden ziehen in Zweifel, ob die Schilfwand (Sichtschutzelement Nr. 2) überhaupt Gegenstand der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 sei. Aus damaliger Optik könne man diese auch so verstehen, dass sie lediglich die Bambuspalisaden erfasse. Aus der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 geht hervor, dass der beurteilte Sichtschutz aus mehreren Elementen bzw. Sichtschutzwänden in der südwestlichen Ecke der Parzelle Nr. F._____ gegenüber der Parzelle Nr. D._____ besteht. Es wird nicht näher dargelegt, aus welchem Material diese bestehen. Die Baukontrolle der Gemeinde vom 22. März 2018 und die angefochtene Vollstreckungsverfügung betraf Sichtschutzelemente auf dem Grundstück Nr. F._____ in Nähe der Grenze zu Parzelle Nr. D._____. Es handelte sich offensichtlich um die Sichtschutzelemente, die Gegenstand der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 bildeten. Da nur eines der Elemente (Nr. 1) aus Bambus ist, konnte sich die Wiederherstellungsverfügung nicht auf dieses beschränken, denn sie bezieht sich klar auf mehrere Sichtschutzelemente.

¹² BGE 138 II 501 E. 3.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 116 N. 14 und Art. 49 N. 60

e) Die Beschwerdeführenden machen sodann geltend, in den Erwägungen der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 sei die Frage nach der Höhe des Sichtschutzes, bzw. der korrekten Messweise des massgeblichen Terrains, ausdrücklich offen gelassen worden. Mit der angefochtenen Vollstreckungsverfügung werde nun aber die Ersatzvornahme bezüglich der Kürzung der Schilfwand Nr. 2 in der Höhe angedroht. Damit betreffe diese Verfügung einen Gegenstand, der mit der zugrunde liegenden Sachverfügung gar nicht geregelt worden sei. Es fehle demnach an einer rechtskräftigen Grundlage für die angefochtene Vollstreckungsverfügung.

f) In der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 führt die Gemeinde unter dem Titel "IV. Feststellungen" aus:

"(...) Die Frage der Höhe der erstellten Sichtschutzwände, insbesondere diejenige nach der hier strittigen Frage der korrekten Messweise des massgebenden Terrains, kann an dieser Stelle offen gelassen werden, da – wie vorbeschrieben – alleine schon die Länge der neu erstellten Sichtschutzwand offensichtlich eine Baubewilligungspflicht auslöst. (...)"

Im Verfügungsdispositiv wird dann jedoch nicht nur die Reduktion der Gesamtlänge auf maximal 4 m angeordnet, sondern auch verfügt:

"Die sichtbare Höhe darf 2.0 m nicht überschreiten".

Mit der Verfügungsformel (Dispositiv) wird die für die Beteiligten verbindliche Anordnung der Behörde getroffen. Nur die Verfügungsformel wird (zusammen mit der Kostenregelung) rechtswirksam. Sie soll die behördliche Regelung klar und eindeutig festhalten. Die Begründung kann zur Sinnermittlung herangezogen werden, wenn das Dispositiv auslegungsbedürftig ist.¹³

Auf die Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 trifft dies nicht zu. Zwar besteht ein offenkundiger Widerspruch zwischen den Erwägungen und dem Dispositiv, da mit Letzterem eine Anordnung getroffen wird, die gemäss Erwägungen offen bleiben soll. Die Beschwerdeführenden erachten die fragliche Anordnung als unklar, weil nicht festgelegt werde, ab welchem Niveau die maximal zulässige Höhe zu messen sei. Die "sichtbare Höhe" werde nicht definiert. Die Anordnung, wonach die sichtbare Höhe des Sichtschutzes 2,0 m nicht übersteigen darf, ist jedoch weder unklar noch auslegungsbedürftig. Sie regelt

¹³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N. 12

in eindeutiger Weise die zulässige Höhe des Sichtschutzes von 2,0 m und zugleich die Messweise dieser Höhe, indem sich die Anordnung auf die "sichtbare" Höhe bezieht, also auf die Höhe des Sichtschutzes über dem Terrain oder Untergrund, auf dem er steht. Andere Interpretationen, wonach die angeordnete "sichtbare Höhe" bei Terrainveränderungen an einem Sitzplatz auf dem Nachbargrundstück variieren könnte,¹⁴ sind abwegig. Die getroffene Anordnung zur zulässigen Höhe des Sichtschutzes ist sprachlich und vom Sinngehalt her eindeutig. Dass die Androhung der Zwangsvollstreckung in Ziffer 3 des Dispositivs nicht explizit Bezug nimmt auf die in Dispositivziffer 1 angeordnete Reduktion in der Höhe, ist dafür ohne Belang.

Die streitige Anordnung ist demnach nicht auslegungsbedürftig, sondern ist aus sich heraus, ohne Beizug der Erwägungen, klar verständlich. Wortlaut und Sinn der Anordnung lassen die Wiederherstellungsverfügung weder wirkungslos, noch unsinnig oder unsittlich erscheinen. Es liegt kein Nichtigkeitsgrund vor. Die Anordnung ist demnach verbindlich, auch wenn sie in den Erwägungen nicht hergeleitet wird.

g) Daran würde es auch nichts ändern, wenn die Anordnung im Ergebnis materiell unrichtig wäre. Ohnehin erscheint sehr zweifelhaft, dass eine andere Festlegung des massgebenden Terrains dazu führen könnte, dass der Sichtschutz das bestehende Terrain um mehr als 2 m überragen dürfte. Diese Frage kann jedoch offen bleiben. Ein solcher Mangel wäre jedenfalls nicht so gravierend, dass er die Nichtigkeit der getroffenen Anordnung bewirken könnte.

h) Die Beschwerdeführenden hatten Gelegenheit, gegen die Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 Beschwerde einzulegen und Rechtsverletzungen bzw. den Widerspruch der im Dispositiv getroffenen Anordnung mit den Erwägungen zu rügen. Die bereits damals anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden haben jedoch die Anfechtungsfrist ungenutzt verstreichen lassen, so dass die Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 in Rechtskraft erwuchs. Damit ist diese Sachverfügung samt allfälligen Inhaltsmängeln vollstreckbar geworden.

¹⁴ Beschwerde, S. 4; vgl. Vorakten, pag. 127

3. Vertrauensschutz / Wiedererwägung

a) Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Frage der richtigen Messweise für die zulässige Höhe der streitigen Schilfwand im Vollstreckungsverfahren thematisiert wurde, obwohl diesbezüglich bereits eine verbindliche Sachverfügung vorlag. Nachdem die Gemeinde an der Baukontrolle vom 22. März 2018 Feststellungen über Höhe und Länge der Sichtschutzelemente auf der Parzelle der Beschwerdeführenden getroffen und die Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 12. April 2018 aufgefordert hatte, die Schilfwand Nr. 2 in der Höhe bis auf 2 m zu kürzen, nahmen die Beschwerdeführenden am 23. April 2018 Stellung. Sie stellten sich auf den Standpunkt, dass sie aufgrund der Verfügung vom 12. Juli 2017 davon hätten ausgehen dürfen und müssen, dass die "sichtbare Höhe" der Sichtschutzwand gemäss dieser Verfügung vom Sitzplatz auf der Nachbarliegenschaft aus zu messen sei.¹⁵ Sie ersuchten die Gemeinde, ihre Mitteilung vom 12. April 2017 in Wiedererwägung zu ziehen oder andernfalls eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Die Gemeinde reagierte darauf mit Schreiben vom 11. Mai 2018 an die Beschwerdeführenden sowie an die Nachbarn, worin sie ausführte:

"(...) Unsere Verfügung vom 12. Juli 2017 fokussierte sich auf die gesetzlich vorgeschriebene Gesamtlänge des fraglichen Sichtschutzes und tatsächlich weniger auf die Höhe des gleichen Sichtschutzes, weshalb es unseres Erachtens durchaus angezeigt ist, diesen Aspekt noch näher zu prüfen, wozu wir wie erwähnt gerne Ihre Überlegungen miteinbeziehen möchten. (...)".¹⁶

Nach weiteren Stellungnahmen der Beteiligten wandte sich die Gemeinde an das Regierungsstatthalteramt Oberger Aargau, welches das Verfahren als Aufsichtsbehörde begleitete, und bat um Beantwortung von Fragen zur Ermittlung der "sichtbaren Höhe". Das Regierungsstatthalteramt hielt mit Bestätigung und Verfügung vom 12. September 2018 fest, es habe der Gemeinde telefonisch in allgemeiner Art und Weise mitgeteilt, dass für die Beurteilung der Frage, ob eine Sichtschutzwand die maximal zulässige Höhe überschreite, das natürlich gewachsene Terrain massgebend sei. Soweit seit der seinerzeit durchgeführten Bauabnahme keine Terrainaufschüttungen vorgenommen worden seien, sei für die Messung derjenige Punkt massgebend, an welchem die Sichtschutzwand den Boden durchstosse.¹⁷

¹⁵ Vorakten, pag. 126 f.

¹⁶ Vorakten, pag. 124; Hervorhebungen im Original

¹⁷ Vorakten, pag. 109 ff.

Die Gemeinde erliess daraufhin die angefochtene Verfügung vom 31. Januar 2019, wobei sie in den Erwägungen die beim Regierungsstatthalteramt getätigten Abklärungen darlegte.

b) Die Frage der zulässigen Höhe des Sichtschutzes und der zutreffenden Messweise bzw. des massgebenden Terrains waren im Sachverfahren zu beantworten. Nach dem in Ziffer 2 hiavor Gesagten hat die Gemeinde diesbezüglich mit der Verfügung vom 12. Juli 2017 eine verbindliche Anordnung getroffen. Rügen, wonach diese Anordnung nicht richtig begründet worden oder materiell falsch sei, hätten die Beschwerdeführenden in einem Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung vom 12. Juli 2017 vorbringen können und müssen. Sie haben jedoch die Anfechtungsfrist unbenutzt verstreichen lassen. Die Verfügung vom 12. Juli 2017 wurde damit rechtskräftig und vollstreckbar.

Im Vollstreckungsverfahren hätte die Frage, bis zu welcher Höhe der Sichtschutz reichen dürfe, nicht mehr thematisiert werden müssen. Es erscheint unglücklich, dass sich die Gemeinde infolge der Stellungnahme der Beschwerdeführenden darauf einliess, diese Frage im Vollstreckungsverfahren zu erörtern. Wie im folgenden zu zeigen ist, können die Beschwerdeführenden daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten.

c) Die Beschwerdeführenden durften das Verhalten der Gemeinde nach Treu und Glauben nicht so interpretieren, dass die zulässige Höhe des Sichtschutzes mit der Verfügung vom 12. Juli 2017 noch nicht verbindlich geregelt worden sei. Ein Vertrauensschutz fällt ausser Betracht, wenn zwischen dem erweckten Vertrauen und der getätigten Disposition ein Kausalzusammenhang fehlt.¹⁸ Die ist hier der Fall. Der streitige Sichtschutz bestand bereits im Jahr 2017. Nach Ergehen der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 verzichteten die Beschwerdeführenden auf deren Anfechtung und auch auf die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs. Die Gemeinde führte eine Baukontrolle durch und forderte die Beschwerdeführenden mit einem Schreiben zur Kürzung des Sichtschutzes bis auf maximal 2,0 m Höhe, gemessen ab bestehendem Terrain, auf. Erst danach liess sie sich auf Drängen der Beschwerdeführenden auf Abklärungen betreffend die Messweise der zulässigen Höhe ein. Bei dieser zeitlichen Abfolge kann offensichtlich kein Kausalzusammenhang zwischen einem allfällig erweckten Vertrauen und den getätigten Dispositionen bestehen.

¹⁸ Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, S. 151 N. 659 und 663

d) Es scheint, dass sich die Gemeinde über die materielle Richtigkeit der Anordnung betreffend die Höhe des Sichtschutzes vergewissern wollte, bevor sie zur Vollstreckung schritt. Ein formelles Wiedererwägungsverfahren hinsichtlich der Verfügung vom 12. Juli 2017 hat sie nicht eröffnet. Dies ist nicht zu beanstanden; die Beschwerdeführenden hatten keinen Anspruch auf eine Wiedererwägung.¹⁹ Es war demnach kein Verfahren offen, in dem über Sachfragen zu entscheiden war. Die Gemeinde hat auch keinen Wiedererwägungsentscheid gefällt. Vielmehr hat sie nach getroffenen Abklärungen das Vollstreckungsverfahren weitergeführt und die angefochtene Verfügung erlassen. In deren Dispositiv werden Vollstreckungsanordnungen getroffen. Über Sachfragen wird nicht entschieden. Die Überprüfung im Beschwerdeverfahren beschränkt sich auf die getroffenen Vollstreckungsanordnungen.

4. Ersatzvornahme

a) Rechtskräftig verfügte Massnahmen, die der oder die Pflichtige innerhalb der angesetzten Frist nicht oder nicht vorschriftsgemäss ausführt, lässt die Baupolizeibehörde auf seine Kosten durch Dritte vornehmen (Ersatzvornahme; Art. 47 Abs. 1 BauG).

b) Die Beschwerdeführenden stellen sich auf den Standpunkt, die mit der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 angeordnete maximale sichtbare Höhe des Sichtschutzes sei eingehalten. Sie führen jedoch keine Gründe an, die an den Feststellungen der Gemeinde anlässlich der Baukontrolle vom 22. März 2018 Zweifel erwecken. Gemäss diesen Feststellungen ist die streitige Schilfwand Nr. 2 "zu hoch (2.45 m)", wobei gemäss der angefochtenen Verfügung ab dem bestehenden Terrain gemessen wurde. Die Beschwerdeführenden bestreiten nicht, dass die fragliche Schilfwand, gemessen ab dem bestehenden Terrain, 2,45 m hoch ist. Sie behaupten auch nicht, dass sie diese nach Ergehen der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 in der Höhe gekürzt hätten. Sie führen lediglich aus, dass die Länge des Sichtschutzes reduziert worden sei. Soweit sich ihre Behauptung, die erlaubte Höhe von 2 m werde eingehalten, auf eine abweichende Ansicht zur korrekten Messweise stützt (wonach als massgebendes Terrain ein Punkt anzunehmen wäre, der höher als der Berührungspunkt zwischen Sichtschutz und bestehendem Terrain liegt), handelt es sich um eine materiellrechtlich

¹⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 56 N. 18

begründete Rüge, mit der die Beschwerdeführenden nicht durchdringen (vgl. oben Erwägung 2f). Demnach ist davon auszugehen, dass die sichtbare Höhe der Schilfwand Nr. 2 entgegen der Wiederherstellungsanordnung vom 12. Juli 2017 nicht auf maximal 2 m gekürzt worden ist, sondern 2,45 m beträgt. Die Beschwerdeführenden sind einer rechtskräftig verfügten Massnahme nicht nachgekommen.

c) Die Ersatzvornahme setzt voraus, dass die Behörde den Pflichtigen eine angemessene Frist zur Erfüllung angesetzt hat, verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme auf deren Kosten. Dies kann im Rahmen der Wiederherstellungsverfügung erfolgen. Fehlt die Androhung der Ersatzvornahme in der Wiederherstellungsverfügung, ist diese deswegen weder nichtig noch anfechtbar.²⁰ Möglich ist auch der Erlass einer separaten Verfügung, wann und wie die Ersatzvornahme durchgeführt wird.²¹ Daher schadet es nicht, dass vorliegend die Ersatzvornahme hinsichtlich der Höhe des Sichtschutzes nicht bereits in der Wiederherstellungsverfügung explizit angedroht worden war. Die angefochtene Vollstreckungsverfügung regelt alle für die Ersatzvornahme notwendigen Punkte.

Da die vollstreckbare Massnahme sehr einfach umzusetzen ist und kaum Vorbereitungshandlungen benötigt, genügt die Ansetzung einer kurzen Umsetzungsfrist, bevor die Behörde zur Ersatzvornahme schreitet. Zu Recht wird die Unzulänglichkeit der vorliegend angesetzten Frist nicht geltend gemacht. Das Datum des angekündigten Ersatzvornahmetermins ist im Verlauf des Beschwerdeverfahrens verstrichen. Die Gemeinde hat daher einen neuen Termin für die Ersatzvornahme anzusetzen und den Beschwerdeführenden mitzuteilen, allenfalls unter Neuansetzung auch der in Dispositivziffer 5 der angefochtenen Verfügung angesetzten Frist, soweit dies die Gemeinde als sinnvoll erachtet. Die übrigen Modalitäten der angedrohten Ersatzvornahme sind nicht zu beanstanden.

5. Ergebnis und Kosten

²⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 13c

²¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 4

- a) Nach dem Gesagten ist die Beschwerde unbegründet. Sie ist abzuweisen und die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen. Der Termin für die Ersatzvornahme ist durch die Gemeinde neu anzusetzen und den Beschwerdeführenden mitzuteilen.
- b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²²).
- c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

- 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Aarwangen vom 31. Januar 2019 wird bestätigt. Der Termin für die Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1 und 3 dieser Verfügung ist durch die Gemeinde Aarwangen neu anzusetzen und den Beschwerdeführenden mitzuteilen.
- 2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
- 3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

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

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Aarwangen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

i.V. des Direktors

Philippe Müller
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 3 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.