



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2019/96

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 18. März 2020

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **C.**_____
Beschwerdeführerin 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

Frau **E.**_____
Beschwerdeführerin 3

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher F._____

und

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz vom 12. November 2019
(Kosten Ersatzvornahme)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 sind Eigentümerinnen der Liegenschaft auf Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. H._____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone W, Bauklasse IIa. Die Gemeinde erteilte im Jahr 2013 der damaligen Eigentümerin – der Beschwerdeführerin 1 und der Mutter der Beschwerdeführerinnen 2 und 3 – die Bewilligung für die Aufstockung des Dachgeschosses ihres Einfamilienhauses und den Bau eines Wintergartens auf der bestehenden Garage. Nach mehreren Hinweisen aus der Nachbarschaft führte die Gemeinde ein Wiederherstellungsverfahren durch. Sie stellte dabei unter anderem fest, dass anstelle des Wintergartens im ersten Obergeschoss trotz Baueinstellungsverfügung ein Anbau mit gemauerten Ecken und Betondecke erstellt worden war (Wohnraumerweiterung). Ausserdem waren unbewilligt (Balkon-) Türen eingebaut worden mit Zugang auf das davor liegende Garagendach, auf welchem mit einem Abstand von 1.75 m zur Nachbarparzelle ohne Baubewilligung Geländer mit Sichtschutz zur Terrassennutzung angebracht worden waren. Die Gemeinde Köniz wies ein nachträgliches Baugesuch der Beschwerdeführerin 1 ab und ordnete unter Androhung der Ersatzvornahme den Rückbau sämtlicher nicht bewilligter Elemente im

Bereich des Erweiterungsbaus und des Garagendachs an. Die Beschwerdeführerin 1 erhob dagegen Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE), seit 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD). Während dieses Verfahrens übertrug sie das Eigentum auf ihre Töchter, welche die BVE deshalb von Amtes wegen am Verfahren beteiligte. Die BVE verzichtete auf den Rückbau des als Wintergarten bewilligten Anbaus. Im Übrigen bestätigte sie den vorinstanzlichen Entscheid und setzte eine neue Wiederherstellungsfrist von zwei Monaten nach Rechtskraft an.¹ Das Verwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid.² Das Bundesgericht wies die gegen den verwaltungsgerichtlichen Entscheid erhobene Beschwerde mit Urteil vom 18. Mai 2018 ab, soweit es darauf eintrat.³ Mit Schreiben vom 26. Juli 2018 teilte die Gemeinde den Beschwerdeführerinnen mit, die zweimonatige Wiederherstellungsfrist für die Demontage der Geländer und des Sichtschutzes sowie die Sicherung der raumhohen Fenstertüren des Anbaus sei am 18. Juli 2018 abgelaufen. Sie kündigte für den 16. August 2018 eine entsprechende Kontrolle an. Gemäss Schreiben der Gemeinde vom 18. Januar 2019 hat diese anlässlich der Kontrolle im August 2018 festgestellt, dass die Wiederherstellungsmassnahmen nicht ausgeführt worden seien. Sie kündigte die Ersatzvornahme für den 25. März 2019 an, stellte es den Beschwerdeführerinnen jedoch frei, die Arbeiten selber vorzunehmen und sie davon sofort in Kenntnis zu setzen. Das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland erteilte der Gemeinde auf deren Antrag eine Zutrittsermächtigung zur Durchführung der Ersatzvornahme.⁴ Die Ersatzvornahme fand am vorgesehenen Tag statt, wobei die Beschwerdeführerinnen bzw. Herr A. _____ (Vater bzw. Ehemann der Beschwerdeführerinnen) einen Teil der Arbeiten bereits vorgenommen hatten.

2. Mit Kostenverfügung vom 12. November 2019 verpflichtete die Gemeinde Köniz die Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit, der Gemeinde die Kosten im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, Terrassennutzung auf dem Garagendach) in der Höhe von Fr. 4'798.05 innert 30 Tagen ab Eröffnung dieser Verfügung zu bezahlen.

3. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführerinnen am 13. Dezember 2019 Beschwerde bei der BVD ein. Sie stellten das Rechtsbegehren, die Kostenverfügung der Gemeinde Köniz, Direktion Planung und Verkehr, vom 12. November 2019 sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge vollumfänglich aufzuheben.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁵, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁶ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG und damit zusammenhängende Kostenverfügungen innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführerinnen sind als

¹ Entscheid der BVE RA 110/2015/176 vom 26. September 2016

² VGE 2016.316 vom 9. März 2017

³ BGer 1C_209/2017 vom 18. Mai 2018

⁴ Vorakten Beilagen 19 f.

⁵ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721).

Adressatinnen durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Kosten für die Ersatzvornahme

a) Mit der angefochtenen Verfügung stellte die Gemeinde den Beschwerdeführerinnen Fr. 4'798.05 für die Ersatzvornahme vom 25. März 2019 (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, Terrassennutzung) in Rechnung. Dieser Betrag entspricht der Rechnung der I. _____ Gesamtleistungen AG vom 1. Mai 2019 an die Gemeinde, welche das Honorar für ihren Bauleiter für 12 Stunden à Fr. 135.00 (total Fr. 1'620.00) in Rechnung stellte. Weiter verlangte sie für "bereits von ihr bezahlte Unternehmerrechnungen" Fr. 1'755.00 für drei Metallbauarbeiter mit Montagefahrzeug der Firma B. _____ (Einsatz von 07.00 bis 11.00 Uhr) sowie Fr. 1'080.00 für den Einsatz von zwei Mitarbeitern der G. _____ Security AG von 18 Stunden à Fr. 60.00. Auf dem Betrag dieser drei Positionen von total Fr. 4'455.00 verlangte sie zudem die Mehrwertsteuer.⁷

b) Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, sie hätten am 20. März 2019 von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Ersatzvornahme selber vorzunehmen bzw. das Geländer mit Sichtschutz abzumontieren. Sie habe die Gemeinde gleichentags mündlich darüber informiert. Sie bringen vor, sie hätten davon ausgehen können, dass die Gemeinde vor der Ersatzvornahme einen Mitarbeiter vorbeischickt, um sich davon zu überzeugen, dass das Geländer entfernt worden sei, und zwar selbst dann, wenn die Gemeinde die Information bestreiten sollte. Der Einsatz von zehn Leuten stehe zudem in keinem Verhältnis zu den ausgeführten Arbeiten. An der Westfassade hätten total 28 Schrauben gelöst werden müssen, wofür Herr A. _____ und seine Tochter knapp 30 Minuten gebraucht hätten. Sie hätten nur zwei Geländerelemente auf der Südseite nicht entfernt, da sie der Ansicht gewesen seien, sie seien nicht von der Wiederherstellungsverfügung betroffen. Es hätten nur noch die Fenstergriffe entfernt werden müssen, dafür habe Herr A. _____ mit dem Bauleiter zusammen höchstens 5-10 Minuten gebraucht (nur vier Schrauben). Das Aufgebot von Polizei und Security sei deplatziert und überflüssig gewesen. Die Security sei zudem nach höchstens einer Stunde wieder gegangen, habe aber neun Stunden verrechnet. Zum Lösen von einigen Schrauben seien zudem keine Fachleute nötig gewesen. Der Einsatz der Metallbauarbeiter von vier Stunden sei nicht nachvollziehbar, da sie bereits nach 20-30 Minuten wieder weggefahren seien.

In ihrer Vernehmlassung bestreitet die Gemeinde die telefonische Information Herrn A. _____ über die vorgenommenen Arbeiten. Sie weist darauf hin, dass mit der Familie A. _____ seit Jahren nur noch schriftlich verkehrt werde. Es wäre daher nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Familie A. _____ bei einem so wichtigen Geschäft dann plötzlich ausschliesslich telefonisch und nicht – zumindest auch – schriftlich gemeldet haben sollte. Eine weitere Abklärung vor Ort sei gerade nicht in Aussicht gestellt worden. Am Tag der Durchführung der Ersatzvornahme sei das Geländer auf der Westseite, nicht aber dasjenige auf der Südseite demontiert gewesen. Auch seien die Fenstertürelemente noch nicht wie verlangt verschlossen worden. Der private Sicherheitsdienst habe die ungestörten Arbeiten der Handwerker sicherstellen wollen, was angesichts der heiklen Situation einer Ersatzvornahme eine berechnete Forderung der Handwerker sei. Der mit der Planung und Durchführung der Ersatzvornahme betraute Unternehmer, die von ihm beigezogenen Fachleute und die Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes hätten sich die für die Durchführung der Ersatzvornahme vorgesehene Zeit reserviert und hätten sie freihalten müssen. Da die Gemeinde vorgängig nicht über die teilweise Entfernung der Geländer informiert worden sei, hätten alle aufgegebenen Personen

⁷ Vgl. Vorakten pag. 5-7

anreisen müssen, weshalb sich an den "Vorbereitungs- und Freihaltekosten" nichts ändere. Die Kosten der Ersatzvornahme seien daher nicht überhöht.

c) Gemäss Art. 47 Abs. 1 BauG lässt die Baupolizeibehörde rechtskräftig verfügte Massnahmen, die der Pflichtige innerhalb der angesetzten Frist nicht oder nicht vorschriftsgemäss ausführt, auf seine Kosten durch Dritte vornehmen. Die Kosten der Ersatzvornahme hat die zur Wiederherstellung verpflichtete Person zu zahlen, soweit sie notwendig und angemessen sind, d.h. soweit sie bei einer zweckmässigen Ausführung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im Rahmen der üblichen Preise entstehen. An die Sorgfaltspflicht der Gemeinde bei der Auftragsvergabe an Dritte darf kein strengerer als ein durchschnittlicher Massstab angelegt werden.⁸

d) Vorliegend ist unbestritten, dass am Tag der Ersatzvornahme die Geländer auf der Westseite bereits abmontiert waren, nicht jedoch diejenigen auf der Südseite. Ebenso ist klar, dass die Fenstergriffe noch nicht gesichert waren. Umstritten ist hingegen, ob die Beschwerdeführerinnen die Gemeinde über die teilweise erfolgte Ersatzvornahme informiert haben. Die Beschwerdeführenden müssten vorliegend den entsprechenden Beweis erbringen, da sie daraus etwas für ihren Rechtsstandpunkt ableiten möchten.⁹ Die Beschwerdeführerinnen legen keinerlei Beweise ins Recht, welche ihre Behauptung stützen würden. Ihnen gelingt es daher nicht zu beweisen, dass sie die Gemeinde über die teilweise erfolgte Wiederherstellung informiert haben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen war die Gemeinde auch nicht verpflichtet, sich vor dem Tag der Ersatzvornahme nochmals vor Ort zu begeben und zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen die Wiederherstellung bereits vorgenommen hatten. Dies gilt umso mehr, als die Gemeinde anlässlich der Ankündigung der Ersatzvornahme ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass das Bauinspektorat sofort darüber in Kenntnis zu setzen sei, sollten die Beschwerdeführerinnen die Arbeiten selber vornehmen.¹⁰ Folglich durfte die Gemeinde vorliegend davon ausgehen, dass die rechtskräftig verfügte Wiederherstellung wie geplant mittels Ersatzvornahme durchgeführt werden musste.

Gemäss Aktennotiz der Gemeinde über die Ersatzvornahme waren am Tag der Ersatzvornahme um 08.00 Uhr Herr A._____, der Bauunternehmer, zwei Mitarbeiter des Bauinspektorats, zwei Kantonspolizisten, zwei Mitarbeiter der G._____ Security AG und drei Personen der Metallbauunternehmung vor Ort. Mit Hilfe des mit der Ersatzvornahme beauftragten Unternehmers bzw. dem Metallarbeiter habe Herrn A._____ die Fenstergriffe abmontieren können. Das Bauinspektorat, der Bauunternehmer, die Mitarbeiter der Metallbauunternehmung und die Kantonspolizei seien ca. um 08.30 Uhr wieder abgereist. Die zwei Mitarbeiter des Sicherheitspersonals seien vor Ort geblieben, bis Herr A._____ das Geländer auf der Südseite abmontiert habe.

Aus dieser Aktennotiz und den Ausführungen der Parteien wird klar, dass der Aufwand vor Ort am Tag der Ersatzvornahme gering war, was die Gemeinde so jedoch nicht vorhersehen konnte. Sie musste rechtzeitig den reibungslosen Ablauf und die fachkundige Durchführung der Wiederherstellung sicherstellen und durfte dafür genügend Fachleute engagieren. Sie ist gehalten, diese auch hinreichend zu entschädigen und dies den Beschwerdeführerinnen weiter zu verrechnen, auch wenn die Handwerker die Arbeiten nicht auftragsgemäss ausführen konnten. Sie ist daher berechtigt, für den beauftragten Unternehmer und die Handwerker mehr als nur eine Entschädigung für die halbe Stunde, welche alle vor Ort waren, in Rechnung zu stellen. Nebst der notwendigen Vorbereitungszeit rechtfertigt sich auch ein Zuschlag, da sich die

⁸ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 47 N. 7

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 19 N. 3

¹⁰ Vorakten Gemeinde pag. 21

Betroffenen umorientieren und neue Arbeit suchen mussten. Der für die drei Metallbauarbeiter und das Montagefahrzeug der Firma aus J. _____ in Rechnung gestellte Einsatz von 07.00 bis 11.00 Uhr für Fr. 1'755.00 reduziert den offerierten Betrag von Fr. 2'600.00 erheblich¹¹ und erscheint insgesamt als gerechtfertigt. Dass dem Bauleiter aus dem K. _____ der ganze gemäss Offerte geschätzte Aufwand von 12 Stunden für Vorarbeiten, Einsatz vor Ort und die Abrechnung¹² entschädigt werden soll, ist hingegen nicht nachvollziehbar, nachdem sein Einsatz vor Ort bereits um 08.30 Uhr beendet war und er sich damit nach einer kurzen Übergangszeit wieder anderen Arbeiten widmen konnte. Hier kann die Gemeinde den Beschwerdeführerinnen nur die Hälfte, also 6 Stunden à Fr. 135.00 (total Fr. 810.00), in Rechnung stellen. Es ist für die Gemeinde zweifellos schwierig, eine Ersatzvornahme zu organisieren und Handwerker zu finden, die bereit sind, eine Ersatzvornahme vorzunehmen. Es ist daher zwar verständlich, dass Sicherheitsleute aufgeboten wurden, deren Einsatz kann im vorliegenden Fall jedoch nicht den Beschwerdeführerinnen weiterverrechnet werden: Es gab keinerlei Hinweise darauf und die Gemeinde macht auch nicht geltend, dass mit gewalttätigem Verhalten zu rechnen gewesen wäre. Zudem war zusätzlich die Kantonspolizei vor Ort. Das vorsorgliche Aufbieten von zwei privaten Sicherheitsleuten war unter diesen Umständen nicht gerechtfertigt. Es brauchte auch nicht private Sicherheitsleute, um die Demontage des Geländers auf der Südseite zu überwachen. Die Gemeinde hätte die Fertigstellung beispielsweise im Verlaufe des Tages überprüfen können.

Zusammenfassend kann die Gemeinde den Beschwerdeführenden Fr. 1'755.00 für die Metallbauarbeiter, Fr. 810.00 für den Bauleiter sowie die entsprechende Mehrwertsteuer von Fr. 197.55 (7.7 % auf dem Betrag von Fr. 2'565.00), total Fr. 2'762.55 in Rechnung stellen. Die Beschwerde ist damit teilweise gutzuheissen.

3. Verfahrenskosten

Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG¹³ in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁴). Aufgrund der Reduktion der aufzuerlegenden Kosten obsiegen die Beschwerdeführerinnen nur teilweise, da sie die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, den Beschwerdeführerinnen die Hälfte der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Sie haben damit Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 400.00 zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Der Gemeinde können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 400.00 trägt daher der Kanton. Die Gemeinde Köniz hat den Beschwerdeführerinnen zudem die Hälfte ihrer Parteikosten von Fr. 1'889.90 (Honorar: Fr. 1'687.50, Auslagen: Fr. 67.30, Mehrwertsteuer: Fr. 135.10) und damit einen Parteikostenanteil von Fr. 944.95 zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die von den Beschwerdeführerinnen zu bezahlenden Kosten der Ersatzvornahme gemäss Verfügung der Gemeinde Köniz vom

¹¹ Vorakten Gemeinde pag. 16

¹² Vorakten Gemeinde pag. 17

¹³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

12. November 2019 werden auf Fr. 2'762.55 reduziert. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

2. Den Beschwerdeführerinnen werden Verfahrenskosten von Fr. 400.00 zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführerinnen Parteikostenersatz in der Höhe von Fr. 944.95 inkl. Mehrwertsteuer zu bezahlen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher F. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
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 drei 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.