



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2020/3

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 13. März 2020

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.** _____
Beschwerdeführer

und

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Aarwangen vom 29. November
2019 (Baueinstellung)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der Liegenschaft an der E. _____ strasse 2, Aarwangen Gbbl. Nr. F. _____. Nachdem die Bauverwaltung am 27. November 2019 einen Hinweis erhalten hatte, dass bei diesem Gebäude Bauarbeiten durchgeführt würden, nahm sie gleichentags einen Augenschein vor. Vor Ort verfügte der Bauverwalter gegenüber dem anwesenden Handwerker mündlich die Baueinstellung. Am 29. November 2019 erliess die Gemeinde Aarwangen gegenüber dem Beschwerdeführer eine schriftliche Baueinstellungsverfügung mit folgenden Anordnungen:

- a) «Sie werden aufgefordert, alle Arbeiten betreffend den Bau des Wintergartens auf der Parzelle Nr. 747 sofort einzustellen.
- b) Es wird Ihnen ab sofort verboten, auf der Parzelle Nr. 747 Baumaterialien, Baumaschinen und dergleichen, die im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben des Wintergartens stehen, zu lagern.»

Gleichzeitig wies sie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin. Für den Fall der Nichtbefolgung der Verfügung drohte sie eine Busse an.

2. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 26. Dezember 2019 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er beantragt die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 3. Februar 2020, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. Der Beschwerdeführer äusserte sich dazu mit Stellungnahme vom 2. März 2020.

4. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine Baueinstellungsverfügung nach Art. 46 BauG², die gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden kann. Die BVD ist somit zuständig zur Beurteilung der Beschwerde.

b) Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 65 VRPG³). Die Beschwerde ist unterschrieben, sie enthält einen Antrag sowie eine Begründung und genügt damit den formellen Anforderungen (vgl. Art. 32 VRPG).

c) Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage seit Eröffnung der Verfügung (Art. 49 Abs. 1 BauG). Zur Wahrung einer Frist muss die Eingabe vor Ablauf der Frist der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 42 Abs. 1 und 2 VRPG). Die Aufgabe einer Sendung bei einer ausländischen Poststelle ist nicht fristwährend.⁴ Falls eine Eingabe der ausländischen Post übergeben wird, muss dies somit so frühzeitig erfolgen, dass die Sendung spätestens am letzten Tag der Frist von der schweizerischen Post erfasst wird.

Die angefochtene Baueinstellungsverfügung wurde dem Beschwerdeführer am 3. Dezember 2019 zugestellt. Der letzte Tag der 30-tägigen Frist fiel auf den 2. Januar 2020, der im Kanton Bern ein gesetzlich anerkannter Feiertag ist.⁵ Die Beschwerdefrist endete daher am darauffolgenden Werktag, das heisst am Freitag, 3. Januar 2020 (vgl. Art. 41 Abs. 2 VRPG). Der Beschwerdeführer übergab die Sendung am 27. Dezember 2019 der portugiesischen Post. Die Sendung wurde am 2. Januar 2020 von der schweizerischen Post (8010 Zürich Briefzentrum International) erfasst. Die Beschwerdefrist wurde somit gewahrt.

d) Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

¹ 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)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ BGE 144 II 401 E. 3.1

⁵ Art. 2 FRG (Gesetz über die Ruhe an öffentlichen Feiertagen, FRG; BSG 555.1)

2. Baueinstellung

a) Der Beschwerdeführer bestreitet, dass auf seiner Parzelle baubewilligungspflichtige Arbeiten ausgeführt wurden und mit der Erstellung eines Wintergartens begonnen worden sei. Er habe zu keinem Zeitpunkt die Absicht gehabt, das fragliche Material als Wintergarten auf dem Balkon zu montieren. Das Material sei von seinem Mieter bei einer anderen Liegenschaft etwas unsorgfältig abgebrochen und an der E._____strasse 2 zwischengelagert worden. Er habe veranlasst, dass das gebrauchte Baumaterial vor einer allfälligen Weiterverwendung fachmännisch kontrolliert werde, wozu sich die Balkonterrasse mit dem ebenen Boden und der senkrechten Wand angeboten habe. Im Jahr 2002 sei zwar ein Wintergarten auf dem Balkon geplant gewesen. Es sei ihm aber klar, dass gegebenenfalls eine erneute Baueingabe erfolgen müsse. Das vorhandene Metallgerippe weiche aber in verschiedener Hinsicht (Masse, Neigung etc.) von der ursprünglichen Planung ab. Es wären umfangreiche Abänderungen und Ergänzungen erforderlich. Ob das Wintergartenmaterial wieder zur Verwendung komme und ob eine neue Baubewilligung beantragt werde, könne erst nach weiteren Vorabklärungen entschieden werden. Durch die abrupte, gar willkürliche Intervention der Bauverwaltung sei ihm faktisch ein Schaden von etwa Fr. 1'000.– entstanden.

b) Die Baueinstellung ist eine baupolizeiliche Massnahme und stellt grundsätzlich den ersten Schritt im Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Art. 46 Abs. 1 BauG dar.⁶ Wenn ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt wird, muss die zuständige Baupolizeibehörde die sofortige Einstellung der Bauarbeiten anordnen (Art. 46 Abs. 1 BauG). Die Baupolizeibehörde ist bei entsprechender Wahrnehmung verpflichtet, die illegale Bautätigkeit zu stoppen, sie geniesst dabei keinen Beurteilungsspielraum und hat auch keine Interessenabwägung vorzunehmen. Ob das Bauvorhaben den Bauvorschriften entspricht und bewilligungsfähig wäre, ist erst im nachfolgenden Wiederherstellungs- oder nachträglichen Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Die Baueinstellung stellt noch keine definitive, sondern erst eine vorläufige, vorsorgliche Massnahme dar. Dafür ist ausreichend, dass die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit aufgrund einer summarischen Prüfung als wahrscheinlich erscheint. Ein schlüssiger Beweis ist erst im Wiederherstellungsverfahren nötig.⁷

c) Als Überschreitung der Baubewilligung im Sinne von Art. 46 BauG gilt jede Abweichung vom bewilligten Bauprojekt, welche ihrerseits baubewilligungspflichtig wäre.⁸

Das Wohngebäude des Beschwerdeführers hat südseitig einen eingeschossigen Anbau, dessen Dach als Balkonterrasse für das erste Obergeschoss dient.⁹ Mit Bauentscheid vom 10. Juli 2002 bewilligte die Gemeinde die Verlängerung des Anbaus und die Erstellung eines Wintergartens auf der Balkonterrasse.¹⁰ Von der Baubewilligung für den Wintergarten auf der Balkonterrasse machte der Beschwerdeführer nicht Gebrauch; diese ist inzwischen erloschen (vgl. Art. 42 Abs. 2 BauG). Es besteht demnach keine gültige Baubewilligung mehr für die Erstellung eines Wintergartens auf der Balkonterrasse im ersten Obergeschoss. Der Anbau eines Wintergartens an das Wohnhaus ist baubewilligungspflichtig (vgl. Art. 1a BauG) und bedürfte einer neuen Baubewilligung, was der Beschwerdeführer auch anerkennt.

d) Umstritten ist, ob auf dem Balkon mit baubewilligungspflichtigen Arbeiten begonnen wurde. Die Gemeinde hielt im Protokoll ihres Augenscheins fest, dass ein Handwerker auf dem

⁶ Vgl. KPG-Bulletin, Baubrief 16, Die Instrumente der Baupolizei, S. 2

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 6

⁸ Zum Ganzen vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 6

⁹ Vorakten, Baubewilligungsdossier 321/035/97

¹⁰ Vorakten, Baubewilligungsdossier 321/050/2002

Balkon daran sei, Wintergartenelemente an die Fassade zu montieren und mit dem Aufstellen eines Wintergartens begonnen habe. Es handle sich eindeutig um baubewilligungspflichtige Arbeiten.¹¹ Auf den Fotos, welche die Bauverwaltung anlässlich ihres Augenscheins erstellte, ist ersichtlich, dass das Holzgeländer der Balkonterrasse entfernt wurde.¹² Auf der Balkonterrasse lagern diverse rötliche Trägerelemente, wobei sich eines bereits an der Fassade befindet. Es besteht kein Grund, an der Aussage der Gemeinde zu zweifeln, wonach der Handwerker daran war, Teile des Wintergartens an der Fassade zu montieren. Auch der Beschwerdeführer bestreitet dies nicht. Dass ein Wintergarten nur rasch zur Kontrolle oder zur Überprüfung der Konstruktion an ein Haus montiert wird, erscheint unwahrscheinlich, zumal für dessen Befestigung ja die Fassadenhaut durchbrochen wird. Der Beschwerdeführer macht auch nicht geltend, dass der Wintergarten gleichentags wieder entfernt worden wäre. Da der weitere Verwendungszweck des Wintergartens noch nicht feststeht, wäre er wohl einige Zeit stehen geblieben – unbesehen davon, ob er vollständig ist oder passt. Die Entfernung der gesamten Absturzsicherung auf der Balkonterrasse kann nicht anders gedeutet werden, als dass ein neues Vorhaben erstellt werden sollte, das für eine gewisse Zeit stehen geblieben wäre. Die (begonnene) Montage des Wintergartens auf der Balkonterrasse war baubewilligungspflichtig, unabhängig davon, aus welchen Motiven und zu welchen Zwecken dies erfolgen sollte.

e) Nach dem Gesagten erscheint es als hinreichend wahrscheinlich, dass auf der Balkonterrasse ohne gültige Baubewilligung mit der Montage eines Wintergartens begonnen und damit ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wurde. Die Gemeinde war in diesem Fall nach Art. 46 Abs. 1 BauG verpflichtet, die Baueinstellung anzuordnen. Die Baueinstellung kann zugleich das Verbot beinhalten, das betreffende und allfällig weiteres Baumaterial oder Baumaschinen auf dem Grundstück zu lagern.¹³ Wie oben erwähnt, handelt es sich noch nicht um definitive, sondern erst um vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet.

Was den behaupteten Schaden anbelangt, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht auf dieses Vorbringen einzutreten. Schadenersatzansprüche wären im Staatshaftungsverfahren nach Art. 84 GG¹⁴ i.V.m. Art. 100 ff. PG¹⁵ geltend zu machen.

3. Rechtliches Gehör zur Baueinstellung

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe der Gemeinde den wahren Sachverhalt mit Brief vom 3. Dezember 2019 dargelegt und sei weder damals noch später von ihr angehört worden. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt, dass die betroffenen Personen vor Erlass einer Verfügung angehört werden (vgl. Art. 21 VRPG). Dies gilt auch bei der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Nur bei Dringlichkeit kann auf die vorgängige Anhörung der betroffenen Parteien verzichtet werden (vgl. Art. 21 Abs. 2 Bst. b VRPG).¹⁶ Die Baueinstellung kann daher auf der Baustelle mündlich angeordnet werden und ist sofort vollstreckbar (vgl. Art. 46 Abs. 1 BauG). Anschliessend muss die Baueinstellung aber gegenüber den Verantwortlichen (Bauherrschaft, Grundeigentümer etc.) in Form einer schriftlichen Verfügung

¹¹ Beilage zur Beschwerdeantwort der Gemeinde vom 3. Februar 2020

¹² Vgl. bewilligter Fassadenplan im Baubewilligungsdossier 321/035/97; bewilligter Fassadenplan und Fotos im Baubewilligungsdossier 321/050/2002

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 6a

¹⁴ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11)

¹⁵ Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01)

¹⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 20

ergehen (vgl. Art. 52 VRPG). Dazu ist den betroffenen Parteien vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, was schriftlich oder mündlich geschehen kann.¹⁷

Die Gemeinde traf vor Ort nur einen Handwerker an, den sie aufforderte, die Bauarbeiten einzustellen. Vor Erlass der schriftlichen Verfügung hätte die Gemeinde auch den Beschwerdeführer als Grundeigentümer anhören müssen. Bereits zwei Tage nach der mündlichen Baueinstellung erliess die Gemeinde die schriftliche Verfügung. Soweit ersichtlich erhielt der Beschwerdeführer vorgängig weder das Protokoll des Augenscheins zugestellt, noch konnte er zur Baueinstellung Stellung nehmen. Von der Baueinstellung erhielt er erst mit der angefochtenen Verfügung Kenntnis. Damit wurde sein rechtliches Gehör verletzt. Dass die Gemeinde nach Erlass der Verfügung nicht mehr auf die Vorbringen des Beschwerdeführers einging, ist demgegenüber nicht zu beanstanden, denn damals bestand die Beschwerdemöglichkeit an die BVD.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst.¹⁸ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁹

Die BVE hat volle Überprüfungsbefugnis. Der Beschwerdeführer konnte sich im Beschwerdeverfahren zur Baueinstellung äussern, die Verletzung des rechtlichen Gehörs konnte im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Die Aufhebung der angefochtenen Baueinstellungsverfügung aus formellen Gründen wäre ein prozessualer Leerlauf, zumal bereits die mündlich angeordnete Baueinstellung gilt. Die Gehörsverletzung ist aber bei den Kosten zu berücksichtigen.

4. Kosten

a) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr und werden vorliegend bestimmt auf Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁰).

Die Verfahrenskosten werden 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 (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Verletzung des rechtlichen Gehörs hat zusätzlichen Verfahrensaufwand verursacht und ist als besonderer Umstand zu werten. Dies rechtfertigt die Ausscheidung eines Viertels der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 200.–. Der Gemeinde können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Diese Verfahrenskosten trägt demnach der Kanton. Der Beschwerdeführer hat als unterliegende Partei die restlichen Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 600.– zu tragen.

b) Es sind keiner Partei ersatzfähige Parteikosten entstanden (vgl. Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

¹⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 6

¹⁸ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16

¹⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 9

²⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Aarwangen vom 29. November 2019 wird bestätigt.
2. Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten von Fr. 600.– zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn C._____, eingeschrieben und Kopie mit A-Post
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Aarwangen, Gemeindeverwaltung, 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.