



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2021/78

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 7. März 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.** _____
Beschwerdeführerin 2

und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Erlenbach, Gemeindeverwaltung, Graben 311,
Postfach 18, 3762 Erlenbach im Simmental

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Erlenbach im Simmental vom
23. September 2021 (Geschäfts-Nr. 252; Kosten Wiederherstellungsverfahren)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind seit dem Jahr 2014 Eigentümerin und Eigentümer der Parzelle Erlenbach im Simmental Gbbl. Nr. E. _____. Die Parzelle liegt in der Erhaltungszone und im Ortsbildschutzperimeter. Die Eigentümerin der Nachbarparzelle Erlenbach im Simmental Gbbl. Nr. F. _____ machte bei der Gemeinde am 18. März 2021 eine baupolizeiliche Anzeige. Sie meldete telefonisch, die Nachbarn hätten Teile ihres Garagenvordaches abgeschnitten und einen Unterstand erstellt, der auf ihrer Mauer abgestützt sei. Weiter seien ein Marchstein ausgegraben, Gegenstände an ihrer Garagenwand befestigt sowie ein Stück ihres Gartenzauns entfernt worden.

2. Die Gemeinde führte daraufhin ein Baupolizeiverfahren durch und stellte mit Verfügung vom 23. September 2021 fest, für die Entfernung des Stücks Zaun, die Entfernung gewisser Teile des Garagendachs sowie für die Montage von Bauteilen an der Garagenwand bedürfe es keiner Baubewilligung; die Anliegen seien bei Bedarf privatrechtlich zu regeln. Auch die Entfernung des Marchsteins sei eine privatrechtliche Frage. Weiter stellte die Gemeinde fest, der Unterstand, bei dem es sich um ein Baumhaus handle, das teilweise auf der Mauer der Anzeigerin abgestützt sei, sei durch den ehemaligen Eigentümer vor neun bis zehn Jahren ohne Baubewilligung erstellt worden. Die Verkleinerung des Baumhauses sei – ebenfalls ohne die nötige Baubewilligung – vor mehr als fünf Jahren durch die jetzige Eigentümerschaft erfolgt. Die Arbeiten seien nach Art. 46

Abs. 3 BauG¹ verjährt. Die Kosten für die baupolizeiliche Verfügung im Umfang von CHF 200.– auferlegte die Gemeinde den Beschwerdeführenden.

3. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 23. Oktober 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen, die Kosten der Verfügung seien der Anzeigerin aufzuerlegen. Sie machen insbesondere geltend, sie seien sich keiner Schuld bewusst. Für die Anzeige habe es keinen Grund gegeben, was in der Verfügung auch bestätigt worden sei (Baubewilligungsfreiheit bzw. Verjährung der vorgenommenen baubewilligungspflichtigen Änderung). Gemäss dem im Verwaltungsverfahren geltenden Verursacherprinzip habe entweder die gesuchstellende Person oder diejenige Person, die das Verfahren massgeblich verursacht hat, die Kosten zu tragen. Beides treffe auf die Anzeigerin zu. Die Kosten können ausserdem nach Art. 52 Abs. 3 BewD² der Anzeigerin auferlegt werden, da die Anzeige offensichtlich unbegründet gewesen sei. Eventuell beantragen die Beschwerdeführenden, es sei gänzlich auf die Erhebung von Kosten zu verzichten.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet³, holte die Vorakten ein und gab der Anzeigerin Gelegenheit sich am Verfahren zu beteiligen. Diese reichte zwar ein Schreiben ein, verzichtete aber auf eine Beteiligung. Die Gemeinde hielt in ihrer Vernehmlassung vom 18. November 2021 an ihrer Feststellungsverfügung vom 23. September fest. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten der angefochtenen Kostenverfügung durch diese beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Anfechtungsobjekt / Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁴

b) Anfechtungsobjekt ist die baupolizeiliche Verfügung der Baukommission der Gemeinde Erlenbach im Simmental vom 23. September 2021. Die Beschwerde richtet sich aber einzig gegen die den Beschwerdeführenden auferlegten Kosten. Streitgegenstand bildet dementsprechend nur

¹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

² Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

³ 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).

⁴ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 bis 14.

die in Ziffer V der Verfügung der Gemeinde Erlenbach im Simmental vom 23. September 2021 festgelegte Kostenverteilung.

3. Kostenverursacherprinzip im Baupolizeiverfahren

a) Die Beschwerdeführenden rügen, ihnen seien für das vorinstanzliche Verfahren keine Kosten aufzuerlegen. Sämtliche Kosten seien gemäss dem Verursacherprinzip von der Anzeigerin zu tragen, da diese das Verfahren ausgelöst habe. Eventuell sei gänzlich auf die Kostenerhebung zu verzichten.

b) Das Verwaltungsrechtspflegegesetz enthält für das Verwaltungsverfahren keine allgemeine Regel über die Kostenverlegung (vgl. Art. 107 Abs. 1 VRPG⁵). Wer diese Kosten zu tragen hat, bestimmt sich somit nach dem Verursacherprinzip und den verschiedenen Sacherlassen.⁶ Das Baugesetz regelt die Kostentragungspflicht nur für das Baubewilligungsverfahren (Art. 52 Abs. 1 BewD) und das nachträgliche Baubewilligungsverfahren (Art. 52 Abs. 1 BewD analog). Für das Baupolizeiverfahren fehlt eine entsprechende Bestimmung. Es gilt somit primär das Verursacherprinzip.

Für das Erheben von Gebühren durch das Gemeinwesen genügt dieses Prinzip indessen als gesetzliche Grundlage nicht, denn nach Art. 69 Abs. 4 Bst. b KV⁷ sind der Gegenstand der Abgabe, die Grundsätze ihrer Bemessung und der Kreis der Abgabepflichtigen ausser für Gebühren in geringer Höhe in einem Gesetz im formellen Sinn zu erlassen. Gemäss Art. 40 des kommunalen Gebührenreglements⁸ in Verbindung mit dem Gebührentarif⁹ erhebt die Gemeinde Erlenbach im Simmental für baupolizeiliche Massnahmen Gebühren von CHF 120.– pro Stunde (Position 2 des Gebührentarifs). Damit verfügt die Gemeinde über eine genügende gesetzliche Grundlage und durfte dementsprechend für das vorinstanzliche Verfahren Gebühren erheben. Gemäss Art. 6 des Gebührenreglements schuldet Gebühren und Auslagen, wer eine Dienstleistung nach diesem Reglement veranlasst oder verursacht. Damit verweist auch das kommunale Reglement auf das Kostenverursacherprinzip; die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sind derjenigen Partei aufzuerlegen, die die Aufwendungen der Baupolizeibehörde der Gemeinde Erlenbach im Simmental verursachte.

4. Baupolizeiliches Verfahren und Kostenverursachung

a) Die Baupolizei ist Sache der zuständigen Gemeindebehörde (Art. 45 BauG). Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, so verfügt sie die Einstellung der Arbeiten; sie kann auch ein Benützungsverbot erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern. Die Baupolizeibehörde setzt sodann der jeweiligen Grundeigentümerschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und gibt ihr gleichzeitig die Möglichkeit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen (Art. 46 BauG). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist zwar die Regel, sie ist allerdings nur dann anzuordnen, wenn sich die Wiederherstellung als verhältnismässig erweist. Zudem kann nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, eine Wiederherstellung nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG). Bei baubewilligungsfreien

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

⁶ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 107 N. 2.

⁷ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

⁸ Gebührenreglement der Einwohnergemeinde Erlenbach im Simmental aus dem Jahr 2016 (Gebührenreglement).

⁹ Gebührentarif der Einwohnergemeinde Erlenbach im Simmental aus dem Jahr 2017 (Gebührentarif).

Bauten und Anlagen hat die Baupolizeibehörde einzuschreiten, wenn diese die öffentliche Ordnung stören (Art. 1b BauG).

Erhält eine Baupolizeibehörde Kenntnis von unbewilligten Bauten und Nutzungen oder werden bei der Ausführung eines Bauvorhabens Vorschriften missachtet, hat sie von Amtes wegen einzuschreiten und ein Wiederherstellungsverfahren durchzuführen (Art. 46 Abs. 1 BauG). Sie hat einer Anzeige nachzugehen, mit der sie auf solche Verhältnisse hingewiesen wird und hat mindestens zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht und ob eine Wiederherstellung zu verfügen ist. Nachbarinnen und Nachbarn, die in schutzwürdigen Interessen betroffen sind, können sich als Anzeigende am baupolizeilichen Verfahren beteiligen, müssen aber nicht (Art. 46 Abs. 2 BauG). Falls ein (formell) rechtswidriger Zustand vorliegt, hat die Baupolizeibehörde daher unabhängig vom Vorliegen einer privaten Anzeige ein Verfahren einzuleiten und den massgeblichen Sachverhalt abzuklären. Wer für einen baurechtswidrigen Zustand verantwortlich ist, gilt daher immer als Verursacher eines baupolizeilichen Verfahrens. Eine Anzeigerin oder ein Anzeiger kann nur dann kostenpflichtig werden, wenn sie oder er mutwillig bzw. ohne berechtigten Verdacht ein entsprechendes Verfahren anstösst.

b) Die Beschwerdeführenden machen geltend, sie seien sich keiner Schuld bewusst. Alle von der Anzeigerin beanstandeten Punkte seien zivilrechtlicher Natur oder baubewilligungsfrei oder verjährt. Sie hätten nichts falsch gemacht und das Verfahren auch nicht initiiert.

Die Gemeinde überprüfte auf Grund der Anzeige der Eigentümerin der Nachbarparzelle, ob die Beschwerdeführenden einen Marchstein, ein Stück Zaun sowie Teile des Garagendachs entfernt, einen Unterstand erstellt und diesen auf der Mauer der Anzeigerin abgestellt und ob sie Bauteile an der Garagenwand der Anzeigerin montiert hatten. In diesem Zusammenhang prüfte sie die Baubewilligungspflicht dieser Änderungen sowie die Notwendigkeit von baupolizeilichen Massnahmen. Die Gemeinde kam zum Schluss, mehrere der Beanstandungen der Anzeigerin seien öffentlichrechtlich nicht relevant, sondern auf dem privatrechtlichen Weg zu regeln. Als öffentlichrechtlich relevant beurteilte sie allerdings den Unterstand bzw. das ehemalige Baumhaus. Diesbezüglich hielt sie fest, das Baumhaus sei ursprünglich 5 Meter hoch gewesen und es hätte aufgrund seiner Grösse einer Baubewilligung bedurft. Das Gleiche gelte für seine Änderung. Da der Rechtsvorgänger der Beschwerdeführenden das Baumhaus aber schon vor rund neun bis zehn Jahren erstellt habe und die Beschwerdeführenden das Baumhaus bereits vor mehr als fünf Jahren geändert hätten, sei die Angelegenheit gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG verwirkt.

Es ist daher an sich richtig, dass die von der Anzeigerin beanstandeten Punkte entweder zivilrechtlicher Natur sind oder der Anspruch auf Wiederherstellung verwirkt ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass kein Verfahren notwendig gewesen wäre oder die Beschwerdeführenden nicht als Verursacher des baupolizeilichen Verfahrens gelten und nicht kostenpflichtig sind. Die Gemeinde erhielt durch eine Anzeige Kenntnis von Veränderungen an Bauteilen und Anlagen auf den Grundstücken der Beschwerdeführenden und der Anzeigerin. Die Gemeinde war danach verpflichtet, zu prüfen, ob ein baurechtswidriger Zustand besteht; dies hat sie korrekterweise auch getan und sie durfte gestützt auf Art. 40 ihres Gebührenreglements für ihren Aufwand Gebühren erheben.

Die Gemeinde kam zum Schluss, dass der Bau und die spätere Änderung des früher als Baumhaus genutzten Unterstands baubewilligungspflichtig gewesen wären und ohne Baubewilligung vorgenommen wurden. Sie stellte somit einen baurechtswidrigen Zustand fest, den unbestrittenermassen die Beschwerdeführenden bzw. deren Rechtsvorgänger verursacht hatten. Die Beschwerdeführenden haben somit baurechtlich gesehen Anlass für das Baupolizeiverfahren gegeben, gelten daher als Verursachende und haben die Kosten des Baupolizeiverfahrens zu tragen. Es ist dabei unerheblich, dass die Anordnung einer

Wiederherstellung aufgrund der Verwirkungsfrist gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG nicht mehr möglich ist; massgebend ist, dass ein Baupolizeiverfahren eingeleitet werden musste.

Ebenfalls unerheblich ist, dass die Beschwerdeführenden sich keiner Schuld bewusst waren bzw. das Baumhaus ursprünglich nicht von ihnen, sondern vom Voreigentümer ihrer Liegenschaft erstellt worden war. Zum einen haben die Beschwerdeführenden am Baumhaus Änderungen vorgenommen, welche die Gemeinde als baubewilligungspflichtig einstufte. Zum anderen müssen sich die Beschwerdeführenden das Verhalten ihres Rechtsvorgängers anrechnen lassen. Käuferinnen und Käufer eines Grundstücks können keine bessere Rechtsposition erwerben, als die Verkäuferinnen und Verkäufer innehatten.¹⁰

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass zwar die Eigentümerin der Nachbarparzelle mit ihrer Anzeige das vorinstanzliche Verfahren angestossen hat. Da aber Veränderungen an Bauten geltend gemacht wurden, war die Gemeinde unabhängig von der Anzeige verpflichtet, ein Baupolizeiverfahren anzuheben. Die Beschwerdeführenden gelten nach dem Gesagten als Verursachende des Baupolizeiverfahrens, da die Erstellung und Änderung des Baumhauses ihnen anzurechnen ist. In korrekter Anwendung des Verursacherprinzips hat daher die Baupolizeibehörde der Gemeinde Erlenbach im Simmental den Beschwerdeführenden die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens auferlegen müssen. Die Beschwerde der Beschwerdeführenden erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Kosten des Beschwerdeverfahrens

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 CHF 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹¹). Es sind keine Parteikosten angefallen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Erlenbach im Simmental vom 23. September 2021 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 800.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b/b.

¹¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

IV. Eröffnung

- Frau D._____ und Herrn C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Erlenbach, 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.