



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2022/13

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 16. Juni 2022

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin 1

D._____
Beschwerdeführerin 2

alle per Adresse C._____

und

**Baupolizeibehörde der Gemeinde Reichenbach, Gemeindeverwaltung, Bahnhofstrasse 30,
Postfach 162, 3713 Reichenbach im Kandertal**

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Reichenbach vom 8. März 2022
(Geschäft Nr. 2022-111; Galerie / Galerietreppe, Raumeinteilung, Mauer, Balkonverlängerung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerinnen reichten am 5. März 2020 bei der Gemeinde Reichenbach ein Baugesuch für den Neubau von drei Mehrfamilienhäusern inklusive Einstellhalle auf Parzelle Reichenbach im Kandertal Grundbuchblatt Nr. F._____ ein. Die Parzelle liegt in der Wohn- und Gewerbezone WG2. Mit Gesamtentscheid vom 15. Juli 2020 bewilligte das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental das Bauvorhaben. Am 13. März 2021 reichten die Beschwerdeführerinnen bei der Gemeinde Reichenbach eine Projektänderung zur Vergrösserung des Erdgeschosses im Haus 3 ein. Am 18. Juni 2021 erteilte die Gemeinde Reichenbach dafür die Baubewilligung. Da anlässlich einer Baukontrolle Abweichungen von den bewilligten Plänen festgestellt wurden (u.a. Galerie, Galerietreppe, Raumeinteilung, Mauer, Balkonverlängerung), lud die Gemeinde die Beschwerdeführerinnen zu einer Besprechung am 17. Januar 2022 ein, gewährte ihnen das rechtliche Gehör und stellte den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung in Aussicht. Zudem ersuchte sie die Beschwerdeführerinnen, rasch möglichst angepasste Pläne einzureichen. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 8. März 2022 forderte die Gemeinde die Beschwerdeführerinnen auf, bis 31. März 2022 angepasste Projektpläne, in welchen sämtliche Änderungen rot markiert seien, einzureichen. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführerinnen am 21. März 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen sinngemäss die Aufhebung der Verfügung. Bezüglich Galerie, Galerietreppe und Raumeinteilung machen sie insbesondere geltend, diese Änderungen seien bewilligungsfrei. Der Bau sei noch nicht fertig, es könnte noch kleine bewilligungspflichtige Änderungen geben. Ein nachträgliches Baugesuch werde eingegeben, sobald es Zeit sei. Zudem werfen sie die Frage auf, um welche Mauer es gehe. Falls es die geschobene Hangsicherung sei, werde auf die Pläne der Projektänderungsbewilligung verwiesen. Was die Balkonverlängerung betrifft, hätten sie gerne wissen wollen, was der Nachbar bemängelt habe. Da sie von der Gemeinde in dieser Hinsicht nichts vernommen hätten, müssten sie mit diesem direkten Kontakt aufnehmen, um den Sachverhalt zu klären. Es könnte auch um den zivilrechtlichen Abstand der bewilligten Terrasse gehen. Sie verlangen deshalb von den Gemeindebehörden genügend Zeit für die Bereinigung der Angelegenheit mit dem Nachbarn.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte die Vorakten ein und gab der Gemeinde die Möglichkeit zur Stellungnahme. Die Gemeinde verzichtete auf eine Stellungnahme und verwies lediglich auf ihre Ausführungen in der Wiederherstellungsverfügung vom 8. März 2022 sowie auf die Vorakten. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerden gegen den Gesamtentscheid zuständig. Die Beschwerdeführerinnen sind als Adressatinnen durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Wiederherstellungsverfahren

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten; sie kann ein Benützungsverbot erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern. Diese Verfügungen sind sofort vollstreckbar (Art. 46 Abs. 1 BauG). Als «Überschreitung» gilt jede Abweichung vom bewilligten Bauprojekt, die ihrerseits bewilligungsbedürftig wäre. Die Baupolizeibehörde ist bei entsprechender Wahrnehmung verpflichtet, die illegale Bautätigkeit zu stoppen; sie geniesst dabei keinen Beurteilungsspielraum und hat keine Interessenabwägung vorzunehmen. Voraussetzung ist immerhin, dass die Bauarbeiten überhaupt baubewilligungspflichtig sind; ob sie allenfalls bewilligt werden können, spielt aber keine Rolle.³ Bei der Baueinstellung handelt es sich in der

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 Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 6

Regel um eine vorsorgliche Massnahme. Für die Anordnung dieser Massnahme genügt, dass die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit aufgrund einer summarischen Prüfung als wahrscheinlich erscheint; ein schlüssiger Beweis ist erst im nachfolgenden Wiederherstellungsverfahren erforderlich.⁴ Eine umfassende Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts findet mithin erst im Hinblick auf den Entscheid in der Sache statt, mit dem über die (nachträgliche) Bewilligung der bereits ausgeführten Bauarbeiten oder allenfalls die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands befunden wird.⁵ Die Baupolizeibehörde setzt sodann der jeweiligen Grundeigentümerschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 2 BauG). Für das Wiederherstellungsverfahren gilt weiter, dass den anzeigenden Personen, die als Nachbarinnen oder Nachbarn durch die baurechtswidrigen Verhältnisse betroffen sind Gelegenheit zur Teilnahme als Partei einzuräumen ist (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG).⁶ Die Wiederherstellungsverfügung wird aufgeschoben, wenn der oder die Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG).

b) Bei einem Baupolizeiverfahren handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VRPG⁷. Das bedeutet insbesondere, dass die Behörden den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen (Art. 18 Abs. 1 VRPG), das Recht von Amtes wegen anwenden (Art. 20a Abs. 1 VRPG) und die Parteien anhören, bevor sie verfügen oder entscheiden (Art. 21 Abs. 1 VRPG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt ferner, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Bei belastenden Anordnungen sind die Anforderungen an die Begründung erhöht. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.⁸

c) Eine Wiederherstellungsverfügung muss die genaue Bezeichnung der Massnahmen enthalten, welche die pflichtigen Personen zur Herbeiführung des rechtmässigen Zustands zu treffen haben. Sind Gegenstände wegzuräumen, sind diese einzeln zu bezeichnen. Ergeben sich die Massnahmen klar aus den Plänen, genügt unter Umständen ein Verweis darauf.⁹ Allgemein gilt, dass eine Verfügung soweit konkretisiert sein muss, dass sie unmittelbar durchgesetzt werden kann. Das Verfügungsdispositiv muss also in einer Weise formuliert sein, dass für die Verfügungsadressatinnen und -adressaten sowie die verfügende Behörde gleichermassen klar und unmissverständlich ist, was zwischen ihnen genau gilt. Bleiben Zweifel über die Tragweite der im Dispositiv getroffenen Regelung, muss deren massgebender Gehalt durch Auslegung ermittelt werden. Dabei ist insbesondere auf die Begründung der Verfügung zurückzugreifen. Gestützt auf den Vertrauensgrundsatz ist auch zu berücksichtigen, wie die Adressatinnen und Adressaten die

⁴ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 6b

⁵ Vgl. VGE 2021/211 vom 16.6.2021, E. 3.1, mit weiteren Hinweisen

⁶ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 2a

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁸ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2 und 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

⁹ BVR 2004 S. 498 E. 6; VGE 2016/74 vom 26.10.2016, E. 6.2, 23134 vom 25.6.2008, E. 5.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 13 Bst. a

Verfügung in guten Treuen verstehen durften und mussten. Hinweise auf das richtige Verständnis können sich aus den Verfahrensakten ergeben.¹⁰

d) Die Vorinstanz hat nach dem oben Gesagten zu Recht ein Wiederherstellungsverfahren eingeleitet, als sie feststellte, dass die Beschwerdeführerinnen in Überschreitung der Baubewilligungen bauten. Soweit die Abweichungen vom bewilligten Bauprojekt aufgrund einer summarischen Prüfung bewilligungsbedürftig waren, hätte sie allerdings insoweit umgehend den Bau einstellen müssen. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen auch zu Recht vor Erlass der Wiederherstellungsverfügung das rechtliche Gehör eingeräumt. Unklar ist aufgrund der Akten jedoch, ob eine baupolizeiliche Anzeige des Nachbarn Auslöser der Baukontrolle war und wenn ja, ob dem Nachbarn Gelegenheit zur Teilnahme am Verfahren gegeben wurde. Was die angefochtene Wiederherstellungsverfügung betrifft, enthält diese zwar allgemeine Ausführungen zur Prozessgeschichte und zu den rechtlichen Vorgaben. Im Übrigen wird jedoch bloss festgehalten, dass bezüglich der Galerie/Galerietreppe, der Raumeinteilung, der Mauer und der Balkonverlängerung Abweichungen von den Baubewilligungen festgestellt worden seien. Worin die beanstandeten Abweichungen bestehen und insbesondere welche Mauer betroffen sein soll, ergibt sich hingegen nicht daraus. Ebenso wenig lässt sich der Verfügung entnehmen, weshalb die Vorinstanz die fraglichen Abweichungen für baubewilligungspflichtig und Wiederherstellungsmassnahmen für angezeigt hält. Die Beschwerdeführerinnen können deshalb nicht wissen, welche Abweichungen eines nachträglichen Baugesuchs bedürfen bzw. inwiefern der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden müsse. Die Vorinstanz hat deshalb insoweit ihre Begründungspflicht bzw. den Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör verletzt. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Zudem hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen lediglich aufgefordert, angepasste Projektpläne einzureichen, in welchen sämtliche Änderungen rot markiert sind. Dies widerspricht den gesetzlichen Vorgaben: Kommt die Baupolizeibehörde zum Schluss, dass ein Bauvorhaben in Überschreitung einer Baubewilligung realisiert wird, so hat sie der Grundeigentümerschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen, unter Androhung der Ersatzvornahme und Gewährung der Gelegenheit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs innert 30 Tagen (vgl. Art 46 BauG). Die blosses Aufforderung, angepasste Pläne oder ein Projektänderungsgesuch einzureichen, genügt somit nicht, da damit der rechtmässige Zustand nicht wiederhergestellt wird. Es ist auch fraglich, ob die Aufforderung überhaupt durchgesetzt werden kann. Die Beschwerdeführerinnen können nicht gezwungen werden, entsprechende Pläne einzureichen, wenn sie dies nicht wollen. Da keine konkreten Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet worden sind, ist auch die angedrohte Ersatzvornahme nicht umsetzbar.

e) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Es müssen besondere Gründe dafürsprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird. Mangelnde Entscheidreife der Angelegenheit oder schwerwiegende Verfahrensfehler können einen solchen Grund abgeben.¹¹ Die vorliegende Wiederherstellungsverfügung entspricht nicht den gesetzlichen Vorgaben von Art. 46 BauG. Sie legt keine konkreten Wiederherstellungsmassnahmen fest, ist zu wenig präzise und deshalb nicht durchsetzbar. Zudem ist sie mangelhaft begründet, weshalb insoweit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt ist. Fraglich ist zudem, ob einem Anzeiger Gelegenheit zur

¹⁰ VGE 2018/212 vom 10.7.2019, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 8; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 11

¹¹ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 8

Teilnahme am Verfahren hätte eingeräumt werden müssen. Es ist nicht Aufgabe der BVD als Beschwerdeinstanz, die offenen Fragen zu klären, die notwendigen Abklärungen zu treffen sowie die Anordnungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu präzisieren. Zudem hat die Vorinstanz die angefochtene Verfügung ungenügend begründet. Grundsätzlich führt eine Verletzung der Begründungspflicht, die zugleich einen Verstoss gegen den Gehörsanspruch bedeutet, zur Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes. Insbesondere wenn es darum geht, unterlassene Abklärungen, Prüfungen und Gewichtungen erstmals vorzunehmen bzw. nachzuholen, ist eine Rückweisung die Regel.¹² Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Eine materielle Auseinandersetzung und damit eine Heilung der Verletzung der Begründungspflicht wäre nicht ohne weitere Verfahrensschritte möglich, zumal die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren nicht in der Sache Stellung genommen hat. Es ist zudem nicht Sache der BVD als Beschwerdeinstanz, ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes durchzuführen und als erste Instanz zu prüfen, ob die Wiederherstellung im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Vertrauensgrundsatz nicht verletzt. Zudem kommt der erstinstanzlichen Behörde bei der Frage ob, in welchem Umfang, mit welchen Massnahmen und innert welchem Zeitraum der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, ein beträchtlicher Entscheidungsspielraum zu. Unter diesen Umständen erscheint es als sachgerecht, die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Fortsetzung des Verfahrens zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird näher abzuklären haben, ob der Bau einzustellen ist, welche Abweichungen von den Baubewilligungen baubewilligungspflichtig sind sowie welche Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erforderlich sind. Ein allfälliger Anzeiger wäre anzufragen, ob er sich am Verfahren als Partei beteiligen will. Die allfällige neue Wiederherstellungsverfügung hat sodann eine sachbezogene Begründung zu enthalten. Insbesondere sind die nach näherer Prüfung aus Sicht der Vorinstanz formell rechtswidrigen, baubewilligungspflichtigen Abweichungen genau zu bezeichnen. Zudem sind die allenfalls erforderlichen Wiederherstellungsmassnahmen präzise zu bezeichnen und die Beschwerdeführerinnen sind darauf aufmerksam zu machen, dass sie innert 30 Tagen ein nachträgliches Baugesuch einreichen können.

3. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 1000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹³). Laut Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben. Bei diesem Ergebnis wird die Vorinstanz zwar grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Da sie nicht unmittelbar in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, sondern vorab hoheitlich handelt, können ihr jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Die Verfahrenskosten trägt demnach der Kanton.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Da die Beschwerdeführerinnen anwaltlich nicht vertreten

¹² Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 9

¹³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

waren, sind keine Parteikosten im Sinne des Gesetzes entstanden (Art. 104 Abs. 1 und 2 VRPG). Deshalb werden keine Parteikosten gesprochen.

III. Entscheid

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Reichenbach im Kandertal vom 8. März aufgehoben. Die Vorakten gehen zurück an die Baupolizeibehörde der Gemeinde Reichenbach im Kandertal zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Reichenbach, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. 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.