



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2022/24

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 12. Januar 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Erbengemeinschaft des Herrn **A.**_____, bestehend aus:

1. Herrn **C.**_____
2. Herrn **D.**_____
3. Herrn **B.**_____, unbekannter Aufenthalt

Beschwerdeführerin 1

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 2

Herrn **D.**_____
Beschwerdeführer 3

Frau **E.**_____
Beschwerdeführerin 4

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____

und

Frau **G.**_____
Beschwerdegegnerin

sowie

Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf, Baudirektion, Lyssachstrasse 92, 3400 Burgdorf

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf vom 5. April 2022 (Verfahren Nr. 2022-P0001; Holzverkleidung bei gedecktem Sitzplatz)

I. Sachverhalt

1. Mit E-Mail vom 16. Dezember 2021 reichte der Beschwerdeführer 3 bei der Stadt Burgdorf eine «Einsprache gegen den erstellten Bau(ten)» [sic!] seiner Nachbarin [die

Beschwerdegegnerin] auf der Parzelle Burgdorf Grundbuchblatt Nr. J. _____ [im Folgenden Bauparzelle] ein. Konkret monierte der Beschwerdeführer 3, es sei im 90° Winkel zur Aussenfassade am 2. Oktober 2021 eine Holzwand direkt anliegend an die Hausaussenwand auf der Südwestseite des Hauses erstellt worden, ohne dass eine Baubewilligung vorläge. Die Wand sei «direkt an der Grundstücksgrenze» zur Liegenschaft der Erbgemeinschaft A. _____ [Beschwerdeführerin 1] auf der Parzelle Burgdorf Grundbuchblatt Nr. K. _____ (im Folgenden Nachbarsparzelle) gebaut und weise eine Höhe von weit über 1,2 m (bis zu 2,7 m) auf. Eine Einwilligung seitens der Nachbarschaft liege nicht vor.

2. Daraufhin eröffnete die Stadt Burgdorf am 21. Dezember 2021 ein Baupolizeiverfahren und nahm erste Sachverhaltsabklärungen vor. Am 18. Januar 2022 führte die Stadt Burgdorf eine Besichtigung vor Ort unter Anwesenheit der Beschwerdegegnerin, dem Projektverfasser der Überdachung des Sitzplatzes auf der Bauparzelle und dem Beschwerdeführer 3 durch. Mit Schreiben vom 3. Februar 2022 teilte die Stadt Burgdorf den Parteien mit, dass es für die Holzverkleidung aus Dreischichtplatten zwischen dem gedeckten Sitzplatz auf der Bauparzelle und dem Wintergarten auf der Nachbarsparzelle keine Baubewilligung bedürfe. Es handle sich um eine Wand zwischen einem bewilligten Sitzplatz und einem bewilligten Wintergarten. Beim Zusammenbau der «Sitzplatzüberdeckung» [sic!] mit dem Wintergarten handle es sich weder um eine freistehende Holzwand noch um einen freistehenden Sichtschutz. Den Parteien wurde von der Stadt Burgdorf mit diesem Schreiben das rechtliche Gehör zu ihrer Einschätzung gewährt. Am 11. Februar 2022 teilte die Beschwerdegegnerin mit, sie verzichte auf Schlussbemerkungen. Mit Schreiben vom 22. Februar 2022 nahm der Beschwerdeführer 3 zur Einschätzung der Stadt Burgdorf Stellung.

3. Am 23. März 2022 beurteilte die Bau- und Planungskommission der Stadt Burgdorf im Rahmen ihrer Sitzung den Sachverhalt und kam zum Schluss, das vorliegende Bauvorhaben sei baubewilligungsfrei. Am 5. April 2022 hielt die Stadt Burgdorf mittels Verfügung Folgendes fest:

«III Verfügung

17. Die Holzverkleidung zwischen dem Wintergarten und dem gedeckten Sitzplatz bedarf keiner Baubewilligung.»

Aufgrund des Ausgangs des Baupolizeiverfahrens verzichtete die Stadt Burgdorf auf die Erhebung von Verfahrenskosten.

4. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 6. Mai 2022 gemeinsam eine Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellen folgende Anträge:

« I. Rechtsbegehren

1. Die Verfügung der Baudirektion der Stadt Burgdorf vom 5. April 2022 sei aufzuheben, soweit sie nicht nützlich ist.
2. Im Bezug auf die von ihr zwischen dem Wintergarten der Beschwerdeführer und ihrem gedeckten Sitzplatz erstellte Holzverkleidung sei die Beschwerdegegnerin 1 unter Androhung der Ersatzvornahme und der Bestrafung nach Artikel 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches zu verpflichten, die Holzverkleidung vom Wintergarten der Beschwerdeführer auf eigene Kosten und Risiken zu entfernen. Der Beschwerdegegnerin 1 sei hierfür eine angemessene Frist anzusetzen.
3. Eventualiter zum Rechtsbrechern 2 sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge –>

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet,¹ holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 30. Mai 2022 einerseits, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Andererseits gibt sie an, im Interesse einer Lösung und Deeskalation den angebrachten Sichtschutz versetzen zu wollen und gleichzeitig «hofft» sie, dass der Entscheid der Stadt Burgdorf bezüglich der Baubewilligungsfreiheit der Holzwand bestätigt werde. Letzteres lässt sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde schliessen. Die Stadt Burgdorf beantragt in ihrer Eingabe vom 7. Juni 2022 die Abweisung der Beschwerde.

6. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 49 Abs. 1 BauG² sind innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD anfechtbar. Die BVD ist somit für die Beurteilung der form- und fristgerecht eingereichten Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdebefugnis richtet sich für baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 65 VRPG. Demnach sind zur Beschwerde Personen befugt, die vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen haben oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten haben (Bst. a), die durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt sind (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids haben (Bst. c). Diese Interessen können rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein.³ Im Baupolizeilichen Verfahren sind somit alle Personen, die durch die baupolizeiliche Verfügung beschwert sind, also insbesondere die Bauherrschaft, die Grundeigentümer und allfällige Dritte, gegen welche die Verfügung gerichtet ist, sowie weitere Betroffene zur Beschwerde befugt.⁴ Haben Nachbarn durch ihre Anzeige ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgelöst und sind sie durch einen Verzicht auf die Wiederherstellung mehr als jedermann betroffen, so sind sie in diesem Verfahren beschwerdebefugt.⁵ Sie gelten in diesem Fall als weitere Betroffene der baupolizeilichen Verfügung.

Die Nachbarsparzelle steht im Eigentum der Burgergemeinde Burgdorf (Burgdorf Grundbuchblatt Nr. L._____). Die Beschwerdeführerin 1, die Erbgemeinschaft A._____, ist Baurechtsnehmerin der Nachbarsparzelle der Bauparzelle. Die Erbgemeinschaft besteht aus den Beschwerdeführern 2 und 3 und Herrn B._____. Sie hat ihre Beschwerde handelnd durch die Beschwerdeführer 2 und 3 eingereicht. Herr B._____ ist unbekannten Aufenthalts und hat die Beschwerde respektive die Anwaltsvollmacht für die Beschwerdeerhebung nicht unterzeichnet. Die Beschwerdeführerin 4 ist gemäss unwidersprochenen Angaben in der Beschwerde Nutzniesserin dieser Nachbarparzelle. Die Beschwerdeführenden sind vorliegend nicht im Sinne der vorerwähnten, beispielhaften Auflistung als Bauherrschaft etc. von 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 Michael Pflüger, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 65 N. 13 ff, insbesondere N. 17.

⁴ Zum Ganzen, Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 49 N. 3/a.

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 49 N. 3/b.

angefochtenen Verfügung betroffen. Zu prüfen ist, ob sie als anzeigende Nachbarn mehr als jedermann betroffen sind oder als (anderweitig) weitere Betroffene gelten.

c) Vorliegend hat die Stadt Burgdorf das baupolizeiliche Verfahren nicht mit einer Wiederherstellungsmassnahme nach Art. 46 Abs. 2 BauG abgeschlossen, sondern die Baubewilligungsfreiheit des fraglichen Bauvorhabens der Beschwerdegegnerin festgestellt. Verfügungen über die Feststellung der Baubewilligungspflicht sind in der Praxis wie ein Bauentscheid mit Baubeschwerde anfechtbar.⁶ Mit anderen Worten kann für die Herleitung des schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführenden und damit, ob sie als weitere Betroffene gelten, auch auf die Praxis zur Anfechtung von Bauentscheiden zurückgegriffen werden. Demnach ist erforderlich, dass die Beschwerdeführenden persönlich vom Bauvorhaben in höherem Mass als die Allgemeinheit berührt werden.⁷

Bei der Erbgemeinschaft handelt es sich um ein Gesamthandverhältnis und damit um eine notwendige Streitgenossenschaft, womit die einzelnen Streitgenossinnen und Streitgenossen Prozesshandlungen grundsätzlich nur gemeinsam und übereinstimmend vornehmen können. Das gilt im Grundsatz auch für das Einlegen von Rechtsmitteln.⁸ Allerdings kann die Verfahrensvoraussetzung der prozessualen Legitimation (hinreichende individuelle Betroffenheit und Beziehungsnähe zum Verfahrensgegenstand) auch bei einzelnen Beteiligten notwendiger Streitgenossenschaften erfüllt sein und dazu führen, dass ihre Legitimation zum selbständigen Ausüben von Parteirechten zu bejahen ist. Selbständiges Ausüben von Parteirechten ist etwa zuzulassen, wenn es um die Abwehr belastender oder pflichtbegründender Anordnungen oder teilbarer Leistungen geht und die Durchsetzung des Rechtsstandpunkts die Interessen der Gemeinschaft oder der übrigen Streitgenossen nicht zu beeinträchtigen vermag.⁹

Entsprechend lässt das Bundesgericht auch Individualbeschwerden von Beteiligten einer notwendigen Streitgenossenschaft gegen nachbarliche Baubewilligungen zu.¹⁰ Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern lässt dies zu und führte hierzu in einem älteren Entscheid¹¹ aus, dass in einem Anfechtungsverfahren der den Rechtsweg beschreitende Miterbe nicht über die zum Nachlass gehörende Liegenschaft zu "verfügen" beabsichtige, sondern für diese bloss negative Folgen abwehren wolle. Das Prinzip der notwendigen Streitgenossenschaft werde damit durchbrochen und der Neigung der Praxis, namentlich gegen belastende Verfügungen zur Beschwerde auch einzelne Beteiligte zuzulassen, entsprochen. Daraus lässt sich ableiten, dass es bei der Bekämpfung eines Bauvorhabens mittels Einsprache bzw. Beschwerde um die Abwehr einer (aus Sicht des Beschwerdeführenden) belastenden Anordnung geht. Auch in der neueren Gerichtspraxis hat das Verwaltungsgericht die Legitimation einzelner Mitglieder einer notwendigen Streitgenossenschaft mit Gesamteigentum an einer angrenzenden Parzelle zugelassen.¹² Solche Individualbeschwerden von einzelnen Streitgenossinnen oder Streitgenossen setzen grundsätzlich voraus, dass diese als Nachbarinnen oder Nachbarn durch ein Bauvorhaben besonders berührt werden und dass eine Gutheissung der Einsprache bzw. Beschwerde nicht mit

⁶ Vgl. BSIG Nr. 7/725.1/1.1 vom 25. April 2019: Information (Praxishilfe): Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Artikel 1b BauG, dort Ziffer 4.

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 16.

⁸ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 13 N. 3 und 5.

⁹ Michel Daum, a.a.O., Art. 13 N. 7. Vgl. mit weiteren Hinweisen in Bausachen, Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 49 N. 3/a.

¹⁰ Grundsatz in BGE vom 8. Juli 1988, in ZBI 1988 533, E. 1d; vgl. sodann etwa BGE 1C_278/2011 vom 17. April 2012 E. 1.2 (wo es um einen Wanderweg entlang der Grenze eines Grundstücks im Eigentum einer Erbgemeinschaft ging) oder BGE 1P.134/1997 vom 23. Juni 1997 E. 5 (Denkmalunterschützstellung); vgl. sodann Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 20 und Michel Daum, a.a.O., Art. 13 N. 8.

¹¹ VGE vom 26. April 1971, in ZBI 73/1972 361 ff., E. 1.

¹² VGE 2017/112 vom 15. November 2017, E. 1.2; VGE 2013/174 vom 18. Dezember 2013, E. 1.3.

den Interessen der übrigen Mit- oder Gesamteigentümer kollidiert.¹³ Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die von den Beschwerdeführern 2 und 3 (mit-)eingereichte Beschwerde beeinträchtigt die Interessen der übrigen Gesamteigentümer – konkret von Herrn B._____ – nicht. Die Nachbarsparzelle im Baurecht der Erbgemeinschaft liegt sodann direkt anliegend an die Bauparzelle, was für die besondere Betroffenheit der Beschwerdeführer 2 und 3 als Mitglieder dieser Erbgemeinschaft durch das vorliegende Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin ausreicht. Hierzu ist nicht verlangt, dass sie selber auf diesem Grundstück wohnhaft sind. Davon scheint zwar der Regierungsrat des Kantons Bern in einem älteren Entscheid¹⁴ ausgegangen zu sein. Aus der bereits zitierten Praxis des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern lässt sich dieses Erfordernis jedoch nicht ableiten. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat die selbständige Anfechtungsbefugnis einzelner Mitglieder einer Gesamteigentümerschaft gegen ein benachbartes Bauvorhaben vielmehr bejaht, auch wenn diese dort nicht wohnhaft waren.¹⁵ Dies steht auch im Einklang mit dem von der Verwaltungs- und Gerichtspraxis anerkannten Grundsatz, wonach unter Nachbarn die Eigentümerinnen oder Eigentümer von Nachbargrundstücken sowie Personen, die an solchen Grundstücken dinglich berechtigt sind, zu verstehen sind.¹⁶ Als Nachbarn gelten damit neben Eigentümerinnen und Eigentümern auch Baurechtsnehmerinnen und Baurechtsnehmer, die nicht auf der entsprechenden Parzelle wohnhaft sind. Es ist nicht erkennbar, wieso von diesem Grundsatz bei Grundstücken im Eigentum bzw. im Baurecht von Gesamthandverhältnissen abgewichen werden sollte.¹⁷

d) Insgesamt lässt sich aus der erwähnten Gerichtspraxis damit ableiten, dass bei Baubeschwerden gegen ein benachbartes Vorhaben ein selbständiges Ausüben von Parteirechten durch ein einzelnes Mitglied der notwendigen Streitgenossenschaft (hier Erbgemeinschaft) zugelassen ist und dass dieses Recht keinen Wohnsitz des beschwerdeführenden Mitglieds dieser Streitgenossenschaft auf der im Gesamteigentum bzw. Baurecht stehenden Parzelle voraussetzt. Die Interessen der Gemeinschaft oder der übrigen Streitgenossen werden hier zudem nicht beeinträchtigt. Die Beschwerdeführenden bringen in ihrer Beschwerde verschiedene Nachteile tatsächlicher Hinsicht vor. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführer 2 und 3 als Miterben der Erbgemeinschaft A._____, welche ein Baurecht an der Nachbarsparzelle hat, sowie die Beschwerdeführerin 4, welche als Nutzniesserin die Liegenschaft auf der Nachbarsparzelle bewohnt, vom Bauvorhaben in höherem Mass betroffen sind als die Allgemeinheit. Der Beschwerdeführer 3 ist folglich als anzeigender Nachbar bereits deswegen zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeführenden 2 und 4 sind durch die vorinstanzliche Verfügung ebenfalls beschwert und daher zur Beschwerdeführung grundsätzlich legitimiert. Wie die Beschwerdeführenden richtigerweise vorbringen, ist bei den Beschwerdeführenden 2 und 4 auch die formelle Beschwer gegeben. Es fand kein Baubewilligungsverfahren mit der Möglichkeit zur Teilnahme mittels Einsprache statt. Die Beschwerdeführenden 2 und 4 gelten demnach als Einzelpersonen mit der Verfügung vom 5. April 2022 als erstmals betroffen.

e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführenden 2, 3 und 4 sowohl formell wie auch materiell durch die vorliegend angefochtene Verfügung vom 5. April 2022 beschwert sind. Sie sind damit zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerdegegnerin beantragt, auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 sei mangels Legitimation nicht einzutreten. Herr B._____ als Teil der Erbgemeinschaft habe die Beschwerde nicht mitergriffen, weshalb die Voraussetzung für die Erhebung einer Beschwerde durch eine Erbgemeinschaft nicht erfüllt sei. Da alle Beschwerdeführenden gemeinsam Rechte geltend

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 20 sowie Art. 49 N. 3/a und Michel Daum, a.a.O., Art. 13 N. 8.

¹⁴ Entscheid des Regierungsrats Nr. 222 vom 16. Januar 1985, in BVR 1985 439, E. 1b.

¹⁵ VGE 2017/112 vom 15. November 2017, E. 1.2; VGE 2013/174 vom 18. Dezember 2013, E. 1.3.

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 17.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen BDE 110/2021/24, E. 1c.

machen und die Beschwerde aufgrund der gegebenen Legitimation der Beschwerdeführenden 2, 3 und 4 ohnehin zu behandeln ist, kann die Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 1 vorliegend offen gelassen werden.¹⁸ Mit dieser Einschränkung ist auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten. Letztlich ist Herr B. _____ nicht wie die Beschwerdeführenden vorbringen als Beschwerdegegner 2 ins Verfahren aufzunehmen. Dieser ist durch vorliegenden Fall nicht berührt, da seine Interessen durch die erhobene Beschwerde nicht tangiert werden (vgl. Erwägung 1c vorangehend).

2. Zuständigkeit der Gemeinde

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die angefochtene Verfügung sei nichtig. Bei den vorhandenen, erheblichen Zweifeln über die Baubewilligungspflicht seitens der Stadt Burgdorf über den vorliegenden Sachverhalt hätte die Frage der Notwendigkeit einer Baubewilligung nach Art. 48 Abs. 2 Bst. a BewD¹⁹ dem Regierungsstatthalteramt unterbreitet werden sollen. Damit bringen die Beschwerdeführenden vor, es habe die falsche Behörde über die Baubewilligungspflicht befunden.

b) Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Nichtigkeit wird indessen nur angenommen, wenn der Mangel der Verfügung besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Nichtigkeitsgründe sind hauptsächlich schwerwiegende Verfahrensfehler und die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde. Inhaltliche Mängel haben dagegen nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge.²⁰

c) Der Regierungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin entscheidet im Zweifelsfall, ob ein Bauvorhaben einer Baubewilligung bedarf (Art. 48 Abs. 2 BewD). Ist ohne Baubewilligung gebaut worden, kann die Gemeinde vor Einleitung eines Wiederherstellungsverfahrens (Art. 46 BauG) ein Interesse an der selbstständigen Klärung der Baubewilligungspflicht haben. In einem laufenden Wiederherstellungsverfahren ist die Frage dagegen in diesem Verfahren zu klären.²¹ Denn ist bereits ohne Baubewilligung gebaut, besteht die gesetzliche Folge darin, dass die Baupolizeibehörde von Amtes wegen ein baupolizeiliches Verfahren eröffnet und – sofern notwendig – eine Wiederherstellungsverfügung erlässt.²² Gleiches geht aus der «Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG)» hervor, welche als Informationssystem für die Gemeinden dient. Demnach entscheidet bei Vorhaben, die bereits realisiert wurden, im baupolizeilichen Wiederherstellungsverfahren die kommunale Baupolizeibehörde.²³

d) Vorliegend hat die Stadt Burgdorf auf Anzeige des Beschwerdeführers 3 ein baupolizeiliches Verfahren eröffnet und dieses sodann mit der Feststellung, das streitbetroffene Bauvorhaben sei baubewilligungsfrei, abgeschlossen. Die Stadt Burgdorf war somit gemäss der dargelegten Praxis zuständig für den Entscheid über die Baubewilligungspflicht der Holzwand. Folglich liegt der Nichtigkeitsgrund der Unzuständigkeit der verfügenden Behörde nicht vor. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.

¹⁸ Vgl. VGE 2017/112, E. 1.2.

¹⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

²⁰ BGE 145 III 436 E. 4, 138 II 501 E. 3.1; Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 85 ff.

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 5.

²² BVR 2016/273 E. 2.4.

²³ Vgl. BSIG Nr. 7/725.1/1.1 vom 25. April 2019: Information (Praxishilfe): Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Artikel 1b BauG, Ziffer 4.

3. Fehlende Unterschrift

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Verfügung vom 5. April 2022 weise keine Unterschrift auf.²⁴ Die Verfügung sei demnach nicht nur inhaltlich falsch, sondern auch ungültig. Die Stadt Burgdorf verweist in ihrer Beschwerdeantwort auf die Kopie der angefochtenen Verfügung in den Vorakten, welche von der verfügungsberechtigten Person unterzeichnet sei.²⁵ Bei der fehlenden Unterschrift handle es sich um einen unwesentlichen, verfahrensirrelevanten Fehler, welcher beim Postversand passiert sei.

b) Der Verfügung vom 5. April 2022, welche die Beschwerdeführenden ihrer Beschwerde beilegen, ist die Unterschriftenformel von Herrn H._____, Leiter Baudirektion der Stadt Burgdorf, zu entnehmen. Die zuständige Behörde ist damit auf der Verfügung ersichtlich.²⁶ Der formelle Fehler der fehlenden Unterschrift ändert am materiellen Gehalt der Verfügung vom 5. April 2022 nichts und diese ist deswegen nicht nichtig.²⁷ Den Beschwerdeführenden ist aus dem Formfehler auch kein Nachteil entstanden, da sie die Verfügung ohne weiteres ordentlich anfechten konnten.²⁸ In der vom Leiter der Baudirektion unterzeichneten Beschwerdeantwort beantragt die Stadt Burgdorf zudem die Abweisung der Beschwerde. Die Haltung der Stadt Burgdorf ist damit klar und die allfällige, mangelhafte Unterzeichnung des an die Beschwerdeführenden verschickten Exemplars der Verfügung vom 5. April 2022 wurde nachträglich geheilt. Unter diesen Umständen würde eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz aufgrund des vorgebrachten Formmangels einen unnötigen prozessualen Leerlauf bedeuten.²⁹ Die Beschwerdeführenden können daher aus dem Argument, die Verfügung sei ungültig, da nicht unterzeichnet, vorliegend nichts zu ihren Gunsten ableiten.

4. Baubewilligungspflicht der Holzwand

a) Die Stadt Burgdorf nimmt in der angefochtenen Verfügung wie auch in ihrer Beschwerdeantwort auf die Revision ihrer baulichen Grundordnung Bezug. Das angepasste Gemeindebaureglement (GBR) wurde vom Kanton am 5. Oktober 2022 genehmigt und trat am 11. November 2022 in Kraft.³⁰ Bauten, welche ohne Baubewilligung erstellt wurden, sind grundsätzlich nach dem geltenden Recht zum Zeitpunkt ihrer Entstehung zu beurteilen. Dabei sind allfällige in diesem Zeitpunkt bereits öffentlich aufgelegte neue Vorschriften jedoch zu berücksichtigen. Späteres Recht ist demgegenüber insbesondere dann anzuwenden, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist.³¹ Für die umstrittene Frage der Bewilligungspflicht der Holzwand spielt die Änderung des GBR, welche die Anpassung des GBR an die BMBV³² beinhaltet – jedoch nur eine untergeordnete Rolle (vgl. sogleich), da den Gemeinden mit Bezug auf die

²⁴ Vgl. Beschwerdebeilage 5.

²⁵ Vgl. Vorakten, pag. 28 f.

²⁶ Vgl. für die Zuständigkeiten in Bausachen in der Stadt Burgdorf das Merkblatt Bauinspektorat, Ziffer 5. Einsehbar unter <https://www.burgdorf.ch/de/verwaltung/dokumente/> (zuletzt besucht am 20. Dezember 2022).

²⁷ Vgl. BVD 110/2019/174, E. 2.

²⁸ Vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 52 N. 18.

²⁹ So auch BVR 2012 S. 481 E. 2.5.

³⁰ Vgl. Die Medienmitteilung der Stadt Burgdorf vom 10. November 2022, abrufbar unter <https://www.burgdorf.ch/de/aktuelles/meldungen/MM-Baureglement-2022.php> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2022).

³¹ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14a.

³² Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3).

Bewilligungsbedürftigkeit bzw. Bewilligungsfreiheit einer Baute keine Gesetzgebungskompetenz zukommt, mithin sich diese Frage ohnehin einzig nach übergeordnetem Recht entscheidet.³³

b) Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG³⁴ dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Der Begriff der «Bauten und Anlagen» ist ein bundesrechtlicher. Die Kantone können den Kreis der nach dem RPG bewilligungspflichtigen Vorkehren nicht einschränken, sondern höchstens ausdehnen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als bewilligungsbedürftige Bauten und Anlagen «jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen».³⁵ Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit deren Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Das Bundesgericht folgt einer wirkungsbezogenen Betrachtungsweise, wonach es in erster Linie auf qualitative und weniger auf quantitative Aspekte ankommt. Daher können gewisse Vorhaben vor allem wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein. Folgerichtig können auch reine Zweckänderungen (Umnutzungen ohne bauliche Massnahmen) der Baubewilligungspflicht unterstehen.³⁶

Der bernische Gesetzgeber hat die baubewilligungspflichtigen und baubewilligungsfreien Vorhaben gemäss den bundesrechtlichen Vorgaben in den Art. 1a und Art. 1b BauG in genereller Art und Weise definiert und im Baubewilligungsdekret festgelegt, welche geringfügigen Vorhaben keiner Baubewilligung bedürfen (Art. 6 ff BewD). Änderungen einer Baute sind mindestens immer dann baubewilligungsfrei, wenn die ursprüngliche und nun abzuändernde Baute oder Anlage nicht baubewilligungspflichtig war.³⁷ Ansonsten bedarf die Änderung einer Baute einer Baubewilligung, wenn sie wesentlich ist. Massgebend ist nicht nur der Umfang der (baulichen) Änderung; entscheidend können auch deren Auswirkungen auf Nutzung, Infrastruktur, Sicherheit, Gesundheit, Natur und Ästhetik sein. Ein Vorhaben ist dann dem Baubewilligungsverfahren zu unterstellen, wenn im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, mit ihm so gewichtige Auswirkungen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht ist schon dann zu bejahen, wenn eine Verletzung von Bauvorschriften möglich ist.³⁸ Im Zweifelsfall ist die Baubewilligungspflicht zu bejahen, denn im Baubewilligungsverfahren soll ja geprüft werden, ob die massgebenden Vorschriften eingehalten werden. Eine solche – präventive – Feststellung dient letztlich auch der Bauherrschaft (Rechtssicherheit, Schutz vor nachträglicher Intervention der Baupolizeibehörde oder Dritter).³⁹ Als hauptsächlich baubewilligungsfreie Tatbestände bei der Änderung von Bauten gelten die äussere Umgestaltung von Bauten, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevante Tatbestände betroffen sind (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD), sowie die Änderung im Innern von Gebäuden, die nicht mit einer baubewilligungspflichtigen Nutzungsänderung verbunden sind und die Brandsicherheit nicht betreffen (Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD).

³³ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 15. Vgl. auch die Gebrauchsanweisung im GBR, welche den entsprechenden Grundsatz neu ebenfalls festhält.

³⁴ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

³⁵ BGE 123 II 256 E. 3.

³⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 10 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

³⁷ Vgl. BSIG Nr. 7/725.1/1.1, Ziffer 1 Bst. h.

³⁸ Vgl. BVR 2006/80, E. 2c.

³⁹ Zum Ganzen Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 21.

c) Die Beschwerdeführenden bringen für die Baubewilligungspflicht der Holzwand vor, die Funktion der Holzwand liege einzig im Sichtschutz und nicht im Brandschutz. Im Gegenteil stelle die Holzverkleidung im Brandfall ein Sicherheitsrisiko dar, weshalb sie bereits aus brandschutz- und sicherheitstechnischen Überlegungen bewilligungspflichtig gewesen wäre. Zudem gehe die Stadt Burgdorf damit fehl, wenn sie die Holzwand pauschal als «nicht freistehender Sichtschutz» beurteile. Zumindest sei die Holzwand analog einer Sichtschutzwand zu beurteilen. Sollte die Holzwand nicht als Sichtschutzwand zu qualifizieren sein, wäre sie zumindest als baubewilligungspflichtige Umgestaltung einer Baute zu werten.

d) Die Bauparzelle und die Nachbarsparzelle liegen in der Wohnzone W2. Auf der Nachbarsparzelle wurde 1995 ein Wintergarten bewilligt und erstellt.⁴⁰ Im Jahr 2009 bewilligte die Stadt Burgdorf der Beschwerdegegnerin verschiedene Anpassungen an ihrer Liegenschaft auf der Bauparzelle, u.a. auch ein überdeckter Sitzplatz.⁴¹ Das Dach dieses Sitzplatzes ist direkt anschliessend an den Wintergarten erstellt. Die Stadt Burgdorf bezeichnet in der angefochtenen Verfügung diese beiden Bauten als «auf der Grundstücksgrenze zusammengebaut». Gemäss übereinstimmenden Angaben in den Akten erstellte die Beschwerdegegnerin die vorliegend streitbetreffene Holzwand im Oktober 2021 seitlich am überdeckten Sitzplatz gegen den Wintergarten auf der Nachbarsparzelle hin. Die Holzwand deckt den Wintergarten seitlich vollständig ab.⁴² Gemäss den unwidersprochenen Angaben in der Beschwerde ist der Wintergarten an seiner höchsten Stelle 3.32 m hoch und auf der Seite des Gartens beträgt die Höhe immer noch mindestens 2.15 m, während die Tiefe des Wintergartens 3.079 m misst. Umstritten ist zwischen den Parteien demgegenüber, ob die Holzwand auf dem Grundstück der Nachbarsparzelle oder auf der Bauparzelle erstellt wurde.

Beim vorliegenden Bau einer seitlichen Holzwand unter die Dachkonstruktion des bestehenden Sitzplatzes handelt es sich nach dem Gesagten nicht um eine freistehende Sichtschutzwand. Vielmehr bewirkt die Holzwand eine äussere Umgestaltung des Sitzplatzes, mithin eine Änderung einer bestehenden Baute. Unbestrittenermassen handelt es sich beim Wintergarten auf der Nachbarsparzelle wie auch beim überdeckten Sitzplatz auf der Bauparzelle je für sich um baubewilligungspflichtige Vorhaben, was sich nicht zuletzt auch aus den entsprechenden Baubewilligungen hierfür aus den Jahren 1995 bzw. 2009 ergibt.⁴³ Folglich kann die Holzwand nicht bereits aus dem Umstand baubewilligungsfrei sein, dass es die Änderung einer baubewilligungsfreien Baute wäre. Einhergehend mit der Stadt Burgdorf ist weiter festzuhalten, dass die Baubewilligung des überdeckten Sitzplatzes aus dem Jahr 2009 zufolge Ablauf der Geltungsdauer nach Art. 42 BauG nicht mehr für die streitbetreffene Holzwand herbeigezogen werden kann, unabhängig der Frage, ob die damalige Baubewilligung überhaupt eine seitliche Holzverkleidung umfasste oder nicht.

Eine Änderung einer Baute ist nur baubewilligungsfrei, solange keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD), mithin wenn die Änderung nicht wesentlich ist (vgl. oben Erwägung 4a). Bereits ein ungedeckter Sitzplatz der Grösse des Sitzplatzes der Beschwerdegegnerin mit einer seitlichen Verkleidung wie die streitbetreffene Holzwand bewirkt aufgrund der Dimensionen eine erhebliche äussere Veränderung des Raumes. Zumindest wäre eine Baubewilligungsfreiheit diesbezüglich nicht leichthin anzunehmen.⁴⁴ Erst

⁴⁰ Vgl. die entsprechenden Pläne der Baubewilligung vom 19. September 1995, Beschwerdebeilage 11a und 11b.

⁴¹ Vgl. die Pläne der entsprechenden Baubewilligung vom 21. Oktober 2009, Vorakten, Planbeilagen, pag. 7 ff.

⁴² Vgl. Beilage der Beschwerdeantwort, Bild 3, sowie Beschwerdebeilagen 10a-e.

⁴³ Vgl. zur Bewilligungspflicht für Wintergärten und gedeckte Sitzplätze mit weiteren Hinweisen auch BSIG Nr. 7/725.1/1.1, Ziffer 2 Bst. a und b sowie Bernische Systematische Information Gemeinden BSIG Nr. 7/721.0/10.1 «Baubewilligungsverfahren; Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben» vom 14. April 2010., Ziffer 2.2.

⁴⁴ Vgl. BSIG Nr. 7/725.1/1.1, Ziffer 2 Bst. b.

Recht hat dies für einen gedeckten Sitzplatz wie denjenigen der Beschwerdegegnerin zu gelten. Hinzu kommt, dass selbst eine Sichtschutzwand mit den Massen der Holzwand, insbesondere einer Höhe von teilweise erheblich über 2 m, den Rahmen der Baubewilligungsfreiheit für Sichtschutzwände überschreitet (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD).⁴⁵ Hätte die Beschwerdegegnerin die gleiche Holzwand ohne Dachkonstruktion des überdeckten Sitzplatzes erstellt, wäre die Baubewilligungspflicht als Sichtschutzwand entsprechend den Vorbringen der Beschwerdeführenden also zu bejahen. Spätestens daraus ist zu schliessen, dass die Verkleidung des gedeckten Sitzplatzes eine wesentliche Änderung des Sitzplatzes mit erheblichen Auswirkungen auf Raum und Umwelt bewirkt. Dass an der Stelle der neu erstellten Holzwand direkt der Wintergarten angrenzt und demnach der Sitzplatz bereits eine seitliche Abgrenzung vorfand, vermag daran nichts zu ändern. Im Übrigen ist nach Lehre und Rechtsprechung im Zweifelsfall die Bewilligungspflicht zu bejahen. Demnach ist vorliegend die Änderung des bestehenden Sitzplatzes durch die Erstellung einer seitlichen Verkleidung aus Holz als wesentlich einzustufen und infolgedessen baubewilligungspflichtig nach Art. 1a BauG.

e) Die Stadt Burgdorf stützt sich in ihrer Begründung der Baubewilligungsfreiheit der Holzwand neben Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD auch und vor allem auf Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD. Sie hält in der angefochtenen Verfügung fest, vorliegend seien ein gedeckter Sitzplatz und ein Wintergarten zusammengebaut, was baurechtlich in die gleiche Kategorie der vormals bewohnten Anbauten und zukünftig in die der eingeschossigen Gebäudeteile falle. Der Wintergarten und die direkt angebaute Überdachung des Sitzplatzes ergäben für sich ein Volumen. Die Holzwand sei innerhalb dieses Volumens erstellt worden. Damit handle es sich um eine Innenwand, ähnlich einer gebäudetrennenden Brandmauer, und nicht um eine freistehende Holzwand oder einen freistehenden Sichtschutz. Ebenfalls handle es sich durch den Zusammenbau nicht um eine Fassade, weshalb eine Fassadenänderung auszuschliessen sei. Folglich sei das Bauvorhaben baubewilligungsfrei und betreffe nur privatrechtliche Belange. In ihrer Beschwerdeantwort konkretisiert die Stadt Burgdorf, sowohl der gedeckte Sitzplatz als auch der Wintergarten seien bewohnte Anbauten gemäss Art. 34 aGBR⁴⁶ bzw. Gebäude mit beschränkter Gebäudefläche nach Art. 34 rev1GBR⁴⁷ bzw. eingeschossige Gebäudeteile nach Art. 34 rev2GBR⁴⁸. Sie seien auf der Grenze zusammengebaut und ergäben ein Volumen. Die erstellte Holzwand sei eine innere Veränderung gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c und d BewD.

Die Beschwerdeführenden entgegnen dazu, der Wintergarten und die angeblich direkt angebaute Überdachung des Sitzplatzes ergäben keineswegs ein Volumen. Vielmehr handle es sich dabei um eigenständige und voneinander klar abgegrenzte Bauteile. Die Position der Holzwand führe jedenfalls nicht dazu, dass sie als Innenwand zu qualifizieren sei.

Als An- und Nebenbauten gelten grundsätzlich nur solche, welche die Masse gemäss Art. 34 Abs. 1 aGBR einhalten. Art. 34 Abs. 2 aGBR erlaubt, dass An- und Nebenbauten mit Zustimmung der betroffenen Nachbarn an die gemeinsame Grenze gestellt werden dürfen. Weiter bestimmt Art. 34 Abs. 3 aGBR, dass in Gebieten mit geschlossener Bauweise, An- und Nebenbauten an die Grenze gestellt werden dürfen. Eine Regelung über die Umwandlung mehrerer zusammengebauten An- und Nebenbauten zu einer einzelnen, neuen Baute ist dem Gesetzestext von Art. 34 aGBR und auch den restlichen Artikeln nicht zu entnehmen. Dem Wortlaut der Bestimmungen des Gemeindebaureglements lässt sich somit nichts entnehmen, was die Sichtweise der Stadt Burgdorf stützen würde. Der Kommentar zu Art. 34 Abs. 3 aGBR sagt sodann, dass An- und Nebenbauten, welche einzeln oder zusammengebaut die angegebenen

⁴⁵ Vgl. BSIG Nr. 7/725.1/1.1, Ziffer 2 Bst. b.

⁴⁶ Altes Baureglement der Stadt Burgdorf vom 31. Oktober 2005, Stand 9. Mai 2019.

⁴⁷ Baureglement der Stadt Burgdorf, Revision, öffentliche Auflage vom 10. Juli bis 8. September 2020.

⁴⁸ Baureglement der Stadt Burgdorf, Revision, öffentliche Auflage vom 6. Mai bis 7. Juni 2022.

Masse überschreiten, einen Teil des Hauptbaus oder einen neuen Hauptbau bilden und die entsprechenden baupolizeilichen Masse einzuhalten haben. Auch aus dem Wortlaut des Kommentars geht daher nicht hervor, dass mehrere zusammengebaute An- und Nebenbauten eine neue Baute im eigentlichen Sinn mit allen rechtlichen Konsequenzen ergeben. Vielmehr beschränkt sich der Wortlaut des Kommentars darauf, dass einzelne und zusammengebaute An- und Nebenbauten, welche je für sich oder zusammen die Masse von Art. 34 Abs. 1 aGBR übersteigen, hinsichtlich der baupolizeilichen Masse wie Hauptbauten zu behandeln sind.

Von den privilegierten Abstandsvorschriften profitieren nur solche An- und Nebenbauten, welche die in Art. 34 Abs. 1 aGBR genannten Masse einhalten. Das ergibt sich für einzelne An- und Nebenbauten bereits zweifelsfrei aus Art. 34 Abs. 1 aGBR. In der Kommentierung wird dies wiederholt und zudem gesagt, dass es auch für zusammengebaute An- und Nebenbauten gelten soll. Wie für einzelne An- und Nebenbauten kann das einzig bedeuten, dass die zusammengebauten An- und Nebenbauten (welche zusammen die Masse von Art. 34 Abs. 1 aGBR übersteigen) hinsichtlich der baupolizeilichen Masse wie Hauptbauten zu behandeln sind. Eine weitergehende Bedeutung lässt sich dem Kommentar nicht entnehmen, insbesondere auch nicht, dass ein solcher Zusammenbau zweier (oder auch mehrerer) Anbauten eine neue Baute im eigentlichen Sinne darstellt. Zudem darf ein Kommentar nur eine Hilfestellung zum Verständnis des Reglements sein und keine eigenen (weitergehenden) Regelungen aufstellen.

Nach dem Gesagten ist die vorliegende Interpretation der Stadt Burgdorf über das rechtliche Schicksal zweier zusammengebaute An- und Nebenbauten unzulässig. Ebenfalls gegen die Einstufung der Stadt Burgdorf spricht zudem, dass zwei zusammengebaute An- und Nebenbauten ein einzelnes Gebäude bilden, dass diese beiden An- und Nebenbauten i.d.R. zwei verschiedene Eigentümerinnen, zwei verschiedene Bauherren, mithin zwei verschiedene rechtliche Schicksale haben.

Da es sich beim Wintergarten und beim überdeckten Sitzplatz um bewohnte Bauten handelt,⁴⁹ gelten sie – wie oben gesehen – einerseits als Anbauten gemäss Art. 34 Abs. 1 aGBR und andererseits als Gebäude mit beschränkter Gebäudefläche gemäss Art. 34 Abs. 1 rev1GBR bzw. als kleine Gebäude und eingeschossige Gebäudeteile gemäss Art. 34 Abs. 1 GBR. Allen Versionen ist gleich, dass solche Bauten eine maximale Fläche von 20 m² aufweisen dürfen. Ebenfalls findet sich auch in den Versionen des rev1GBR und des neuen GBR der entsprechende Kommentar, welcher die Ausdehnung zusammengebaute Gebäude mit beschränkter Gebäudefläche bzw. kleine Gebäude und eingeschossige Gebäudeteile begrenzt. Mit anderen Worten ergibt sich auch bei der Anwendung der mittlerweile in Kraft gesetzten neuen Bestimmung in Art. 34 GBR bzw. der beim Bau der Holzwand im Oktober 2021 öffentlich aufgelegten Version von Art. 34 rev1GBR auf vorliegenden Fall keine Änderung.

f) Zusammenfassend steht fest, dass die Einschätzung in der Verfügung der Stadt Burgdorf, der Wintergarten auf der Nachbarsparzelle und der überdeckte Sitzplatz auf der Bauparzelle bildeten zusammen ein einzelnes Gebäude, rechtlich nicht haltbar ist. In Konsequenz handelt es sich beim Bau der Holzwand nicht um eine bauliche Änderung im Gebäudeinnern gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD und die Holzwand ist auch deswegen nicht eine baubewilligungsfreie Baute bzw. Änderung der bestehenden Baute (Sitzplatz). Die Beschwerde erweist sich demnach insgesamt als begründet und die Verfügung der Stadt Burgdorf vom 5. April 2022 ist aufzuheben.

⁴⁹ Vgl. BSIG Nr. 7/721.0/10.1 Nr. 2.2.

5. Rückweisung

a) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Die Bestimmung verbietet der Beschwerdebehörde somit nicht, kassatorisch unter Rückweisung an die Vorinstanz zu entscheiden. Die Beschwerdeinstanz soll von der Möglichkeit der Rückweisung aber nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, welche die prozessökonomischen Gesichtspunkte überwiegen. Mangelnde Entscheidreife der Angelegenheit kann einen solchen Grund darstellen, sofern die Beschwerdebehörde selber umfassende Beweismassnahmen durchführen müsste.⁵⁰

b) Die streitbetroffene Holzwand ist baubewilligungspflichtig, aber ohne Baubewilligung erstellt worden. Sie ist damit formell rechtswidrig. Vorliegend ist die Sache nicht entscheidreif. Es ist nicht Aufgabe der BVD, das baupolizeiliche Verfahren zu führen. Vielmehr hat die Stadt Burgdorf dieses gemäss Art. 46 BauG fortzusetzen. Daher ist die angefochtene Verfügung der Stadt Burgdorf vom 5. April 2022 in Gutheissung des Rechtsbegehrens 1 der Beschwerde aufzuheben. Die Sache ist zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Baupolizeibehörde zurückzuweisen (vgl. Eventualbegehrens 3 der Beschwerde). Nicht zu beurteilen ist demzufolge das Rechtsbegehren 2 der Beschwerde. Ebenfalls erübrigt sich damit auch der von beiden Parteien beantragte Augenschein. Diese Beweismassnahme wird demnach abgewiesen.

c) In der Beschwerde haben die Beschwerdeführenden zudem moniert, die Holzwand stehe auf ihrem Grundstück. Der Wintergarten nutze die Breite der Nachbarsparzelle nicht gänzlich aus. Aus der eingereichten Beschwerdebeilage 12 lässt sich erkennen, dass der Wintergarten eine Breite von 4,7 m aufweist, die Nachbarsparzelle jedoch 5 m breit ist. Da die Holzwand unmittelbar an den Wintergarten grenzt, ist die Einschätzung der Beschwerdeführenden nicht vollkommen von der Hand zu weisen. Die Stadt Burgdorf wird im baupolizeilichen Verfahren abzuklären haben, wie es sich damit verhält.

6. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.– bis CHF 4000.– erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV7). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschalgebühr vorliegend auf CHF 1200.– festgesetzt.

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). Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringen die Beschwerdeführenden mit ihrem Rechtsmittel nur teilweise durch, da das Verfahren mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids nicht abgeschlossen wird. Nach Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt aber von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen Hauptantrags (vgl. Rechtsbegehren 2 der Beschwerdeführenden) ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neuurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.⁵¹ Dementsprechend sind die Beschwerdeführenden als vollständig obsiegend und die Beschwerdegegnerin, welche an der Verfügung der Stadt Burgdorf festhielt und die Abweisung

⁵⁰ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 8.

⁵¹ BVR 2016 S. 222 E. 4.1.

der Beschwerde beantragte, als vollständig unterliegend zu betrachten. Die Verfahrenskosten dieses Beschwerdeverfahrens von CHF 1200.– trägt daher die Beschwerdegegnerin.

b) Die Beschwerdegegnerin hat zudem den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV⁵² beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.– bis CHF 11 800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG⁵³). Die Beschwerdeführenden machen in der Kostennote ihrer Rechtsvertreter vom 4. Juli 2022 einen Parteikostenersatz von total CHF 8130.38 geltend (Honorar CHF 7512.50, Auslagen CHF 36.60, Mehrwertsteuer CHF 581.28). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als durchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Angesichts der Dimensionen der Baukosten und den umstrittenen Rechtsfragen sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von total CHF 3500.– als angemessen. Zuzüglich Auslagen von CHF 36.60 und der Mehrwertsteuer von CHF 272.30 ergeben sich zu ersetzende Parteikosten in Höhe von CHF 3808.90.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Stadt Burgdorf vom 5. April 2022 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Stadt Burgdorf zurückgewiesen.
2. Die im Beschwerdeverfahren RA Nr. 120/2022/24 eingereichten baupolizeilichen Vorakten (Nr. 2022-P0001) gehen zurück an die Stadt Burgdorf.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 1200.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von CHF 3808.90 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

⁵² Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

⁵³ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- Frau G._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf, Baudirektion, eingeschrieben, mit Beilage gemäss Ziff. 2

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 4 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.