



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2022/39

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 19. Dezember 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

und

Herrn **F.**_____
Beschwerdegegner

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Oberhofen, Gemeindeverwaltung, Schoren 1, Postfach
59, 3653 Oberhofen am Thunersee

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Oberhofen am Thunersee vom
2. Juni 2022 (Baupolizeiverfahren 2013-53/2021-154; Terrasse, Wiederaufnahme)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtentscheid vom 8. Januar 2015 erteilte der Regierungsstatthalter von Thun einer Bauherrengemeinschaft die Baubewilligung für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern (Häuser L._____ und M._____) und einem Doppel Einfamilienhaus (Haus N._____) mit gemeinsamer Einstellhalle auf den Parzellen Oberhofen am Thunersee Grundbuchblatt Nrn. A._____, B._____, H._____, I._____, G._____ und J._____. Die Parzellen liegen in der Wohnzone W1. Mit Bauentscheid vom 22. September 2015 bewilligte die Gemeinde Oberhofen eine Projektänderung. Aufgrund von Änderungen während der Bauausführung reichte die Bauherrengemeinschaft am 21. Dezember 2016 eine weitere Projektänderung ein. Diese umfasste unter anderem Änderungen beim Haus L._____. Der Regierungsstatthalter von Thun stellte während des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens weitere Abweichungen vom bewilligten Zustand fest. Mit Gesamtentscheid vom 29. November 2018 bewilligte er die Projektänderung. Gleichzeitig verfügte er unter dem Titel Baupolizei: «Es

wird festgestellt, dass beim Haus L. _____ die zulässige Firsthöhe überschritten wird. Auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird aus Gründen der Verhältnismässigkeit verzichtet.» Dagegen erhoben Nachbarn Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE; seit 1. Januar 2020: Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern [BVD]). Sie kritisierten im Wesentlichen, die Bauherrschaft profitiere vom Verzicht auf die Wiederherstellung, und sie verlangten eine Entschädigung der betroffenen Liegenschaftsbesitzenden für den Wertverlust. Mit Entscheid vom 12. April 2019 trat die BVE nicht auf die Beschwerde ein.¹

2. Sowohl die Beschwerdeführenden als auch der Beschwerdegegner sind Stockwerkeigentümer von Einheiten im Haus L. _____ auf Parzelle Oberhofen am Thunersee Grundbuchblatt Nr. H. _____. Der Beschwerdegegner hat ein Sondernutzungsrecht an der Fläche auf dem Einstellhallenvordach, die er als Terrasse nutzen will. Mit E-Mail vom 22. Mai 2019 wandte sich der Beschwerdeführer 1 an die Gemeinde und teilte mit, dass das abfallende Terrain über der Einstellhalle nicht wie gemäss Verkaufsunterlagen begrünt, sondern dem Beschwerdegegner als Sondernutzungsrecht zugeteilt worden sei. Dieser habe nun das Terrain terrassiert, d.h. um mindestens einen halben Meter mit einem Holzrost angehoben. Dies wäre seiner Meinung nach baubewilligungspflichtig gewesen und hätte die Einwilligung der übrigen Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer erfordert. Der Beschwerdeführer 1 stellte weiter Fragen zu den gesetzlichen Vorgaben und seinen rechtlichen Möglichkeiten. Zudem wollte er wissen, ob der Rückbau der Terrasse verlangt werden könne. Er bat um vertrauliche Behandlung seines Anliegens. Mit E-Mail vom 19. Juli 2019 erkundigte sich die Gemeinde beim Beschwerdeführer 1, ob er im Verfahren als Anzeiger auftreten möchte. Dieser antwortete am gleichen Tag, es sei ein offenes Geheimnis, dass sie gegen diesen Terrassenbau seien. Die Gemeinde könne deshalb ihn und seine Frau als Anzeiger im Verfahren führen. Mit Schreiben vom 20. September 2019 informierte die Gemeinde den Beschwerdegegner, sie habe aufgrund einer Meldung aus der Nachbarschaft festgestellt, dass er bei der Liegenschaft K. _____ L. _____ auf dem Dach der Einstellhalleneinfahrt eine Terrasse mit Terrainveränderungen eingerichtet habe. Zwecks Prüfung der Baubewilligungspflicht stellte sie ihm verschiedene Fragen. Der Beschwerdeführer 1 wurde mit einer Kopie des Schreibens bedient. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2019 teilte die Gemeinde dem Beschwerdegegner mit, die Umnutzung des Dachs zu einer begehbaren Terrasse bedürfe einer Baubewilligung. In ihren Akten sei keine vorhanden. Sie gab ihm Gelegenheit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Der Beschwerdeführer 1 wurde wiederum mit einer Kopie des Schreibens bedient. Der Beschwerdegegner antwortete am 26. Dezember 2019, er habe ein Sondernutzungsrecht für die fragliche Fläche. Es könne nicht sein, dass diese nicht begehbar sein solle. Womöglich seien die Unterlagen der Gemeinde unvollständig. Er bat um eingehende Prüfung der Sachlage. Mit Schreiben vom 2. November 2020 setzte die Gemeinde dem Beschwerdegegner eine letzte Frist zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs. Der Beschwerdeführer 1 wurde mit einer Kopie des Schreibens bedient. Da aufgrund der Covid-19-Pandemie keine Stockwerkeigentümerversammlung stattfinden konnte, anlässlich welcher der Beschwerdegegner deren Zustimmung zum Baugesuch einholen wollte, gewährte ihm die Gemeinde mit Verfügung vom 18. Januar 2021 eine Fristerstreckung bis 30. Juni 2021. Der Beschwerdegegner zog eine Anwältin bei. Diese beantragte am 21. April 2021, das Baupolizeiverfahren sei umgehend als gegenstandslos abzuschreiben und einzustellen, da sich ergeben habe, dass die infrage stehenden Bauten vom zuständigen Regierungsstatthalter ordentlich bewilligt worden seien. Mit E-Mail vom 26. April 2021 sandte der Beschwerdegegner der Gemeinde zwei Dokumente zur fraglichen bewilligten Projektänderung (Vergleich Ausführungsprojekt zu bewilligtem Projekt, Planausschnitt). Mit Verfügung vom 17. Mai 2021 stellte die Gemeinde das Baupolizeiverfahren betreffend widerrechtliches Erstellen eines Sitzplatzes auf der Einstellhalle ein und schrieb es ab. Zur

¹ BVD 110/2019/4

Begründung führte sie aus, nach erneutem Aktenstudium sei festgestellt worden, dass am 29. November 2018 unter anderem auch das Einstellhallendach mit einer Absturzsicherung (Geländer) und eine begehbare Terrasse über der Einstellhalle bewilligt worden seien. Die Verfügung wurde einzig dem Beschwerdegegner, nicht aber den Beschwerdeführenden eröffnet.

3. Mit E-Mail vom 7. Juni 2021 informierte der Beschwerdegegner die übrigen Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer über die Einstellung des Baupolizeiverfahrens und teilte ihnen mit, dass sich damit die Abstimmung an der kommenden Versammlung über sein nachträgliches Baugesuch erübrige. Am gleichen Tag wandten sich die Beschwerdeführenden mit E-Mail an die Gemeinde, bedankten sich für das teilweise klärende Gespräch und wünschten Akteneinsicht. Am 11. August 2021 wandte sich der vom Beschwerdeführer 1 mandatierte Anwalt an die Gemeinde und ersuchte um Akteneinsicht. Die Gemeinde gab ihm daraufhin Gelegenheit, die Akten auf der Bauverwaltung anzuschauen und zu prüfen. Zudem schickte sie ihm Kopien der Gesamtentscheide des Regierungsstatthalters von Thun vom 8. Januar 2015 und vom 29. November 2018. Mit Schreiben vom 8. März 2022 beantragten die Beschwerdeführenden bei der Gemeinde den Erlass einer neuen anfechtbaren Verfügung, welche diejenige vom 17. Mai 2021 ersetzen solle. Sie führten aus, sie hielten an ihrem ursprünglichen Antrag auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes fest. Mit Schreiben vom 13. April 2022 gewährte die Gemeinde den Beschwerdeführenden nachträglich das rechtliche Gehör zum Entscheid vom 17. Mai 2021, woraufhin die Beschwerdeführenden am 2. Mai 2022 eine Stellungnahme einreichten. Mit Schreiben vom 12. Mai 2022 liess die Gemeinde der BVD die gesamten Akten zukommen und führte aus, sie sei zum Schluss gekommen, das Schreiben vom 8. März 2022 der Beschwerdeführenden müsse als nachträgliche Beschwerde entgegengenommen werden. Mit Antwort vom 17. Mai 2022 erklärte die BVD, das Schreiben vom 8. März 2022 sei weder vom Rechtsbegehren noch von der Begründung her eine nachträgliche Baupolizeibeschwerde der anwaltlich vertretenen Anzeigenden. Dem Schreiben lasse sich in keiner Weise ein Beschwerdewille entnehmen. Beantragt werde vielmehr, dass sich die Gemeinde als zuständige Baupolizeibehörde erneut mit der Angelegenheit befasse. Die Eingabe könne deswegen nicht als nachträgliche Beschwerde entgegengenommen werden. Am 2. Juni 2022 verfügte die Gemeinde, auf das Gesuch um Wiederaufnahme vom 8. März 2022 werde nicht eingetreten und auferlegte dem Beschwerdeführer 1 die Verfahrenskosten zur Bezahlung.

4. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 7. Juli 2022 Beschwerde bei der BVD ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

«1. Die Verfügung vom 2. Juni 2022 sei aufzuheben und die Gemeinde Oberhofen sei anzuweisen, im Baupolizeiverfahren 2013-53 eine anfechtbare baupolizeiliche Verfügung zu erlassen;

2. Eventualiter: Die Verfügungen vom 17. Mai 2021 und vom 2. Juni 2022 seien aufzuheben und die Gemeinde Oberhofen anzuweisen, im Baupolizeiverfahren 2013-53 eine anfechtbare baupolizeiliche Verfügung zu erlassen;

3. Subeventualiter: Ziff. 2 der Verfügung vom 2. Juni 2022 sei aufzuheben und den Beschwerdeführern seien keine Kosten für das Wiederaufnahmeverfahren aufzuerlegen;

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, inkl. MwSt.»

Die Beschwerdeführenden bringen insbesondere vor, die Verfügung vom 17. Mai 2021 sei ihnen von der Vorinstanz weder eröffnet noch sonst wie zur Kenntnis gebracht worden. Erst mit Erhalt der vollständigen Akteneinsicht hätten die Beschwerdeführenden einen Überblick über die gesamte Aktenlage und somit endgültig Kenntnis über die Verfügung erhalten. Eine förmliche Eröffnung der Verfügung habe allerdings immer noch nicht stattgefunden. Die Verfügung gelte somit als nicht eröffnet und somit auch als nicht existent. Weiter sei in dieser Verfügung auf ein

Schreiben der damaligen Rechtsanwältin des Beschwerdegegners verwiesen worden. Dieses Schreiben sei den Beschwerdeführenden weder eröffnet noch sei ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Vorbringen eingeräumt worden. Diese beiden Verfahrensfehler würden zur Nichtigkeit der Verfügung vom 17. Mai 2021 führen. Da das Baupolizeiverfahren deshalb gar nie rechtskräftig abgeschlossen worden sei, könne es sich beim Schreiben der Beschwerdeführenden gar nicht um ein Wiederaufnahmegesuch gehandelt haben. Selbst wenn keine Nichtigkeit angenommen werden könne, hätten die Beschwerdeführenden rechtzeitig gehandelt. Aufgrund dieses rechtzeitigen Vorgehens und den materiell-rechtlichen Fehlern in der Verfügung vom 17. Mai 2021 sei das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen worden. Der rechtskräftige Abschluss eines Verfahrens sei Voraussetzung für den Beginn eines Wiederaufnahmeverfahrens. Demnach könne sich die Frage nach der Wiederaufnahme eines Verfahrens gar nicht stellen und die Verfügung vom 2. Juni 2022 sei ebenfalls aufzuheben. Betreffend die Kostenverlegung berücksichtige die Gemeinde nicht, dass sie mit ihrem Verhalten massgeblich an der Entstehung der Kosten beteiligt gewesen sei. Die Kosten seien durch das widersprüchliche Verhalten der Vorinstanz entstanden. Diese nun den Beschwerdeführenden aufzuerlegen, sei rechtsmissbräuchlich.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Der Beschwerdegegner beantragt mit Eingabe vom 30. Juli 2022 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde und erklärt, er vertraue darauf, dass die Bauverwaltung der Gemeinde die richtigen Entscheide getroffen habe. Die Gemeinde beantragt mit Schreiben vom 8. August 2022 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Mit Einreichung der Kostennote am 6. September 2022 reichten die Beschwerdeführenden zudem eine Replik ein. Darin machten sie unter anderem geltend, von dem in den Vorakten erwähnten Beschwerdeverfahren hätten sie keine Kenntnis. Zudem sei ihnen keine Kopie der in den Vorakten erwähnten Pläne zugestellt worden. Das Rechtsamt stellte den Beschwerdeführenden deshalb eine Kopie des anonymisierten Entscheids der BVE vom 12. April 2019 (BVD 110/2019/4) zu. Zudem gab es ihnen Einsicht in die von der Gemeinde eingereichten Originalpläne.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Verfügungen über ein Wiederaufnahmebegehren und die neue Verfügung in der Sache sind in gleicher Weise anfechtbar wie die ursprüngliche Verfügung. Die Beschwerdeführenden sind als Adressatin bzw. Adressat der angefochtenen Verfügung besonders berührt. Sie haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung. Sie sind deshalb befugt, Beschwerde zu führen (Art. 65 Abs. 1 VRPG⁴). Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

² 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)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

2. Nichtigkeit der Abschreibungsverfügung

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Verfügung vom 17. Mai 2021 sei nichtig. Sie hätten sich mit E-Mail vom 12. Juli 2019 als Anzeiger im baupolizeilichen Verfahren konstituiert. Ihnen sei daher Parteistellung zugekommen. Sie hätten Anspruch auf Eröffnung der Verfügung vom 17. Mai 2021 und auf Einräumung des rechtlichen Gehörs gehabt. Die fragliche Verfügung sei ihnen von der Vorinstanz weder eröffnet noch sonst wie zur Kenntnis gebracht worden. Erst mit Erhalt der vollständigen Akteneinsicht hätten sie einen Überblick über die Aktenlage und somit endgültig Kenntnis über die Verfügung erhalten. Eine förmliche Eröffnung der Verfügung habe aber immer noch nicht stattgefunden. Zudem seien die Beschwerdeführenden in der Verfügung vom 17. Mai 2021 in der Eröffnungsformel nicht aufgeführt. Weiter sei den Beschwerdeführenden das Schreiben der Rechtsanwältin des Beschwerdegegners von 21. April 2021 weder eröffnet noch sei ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Mit Verfügung vom 13. April 2022 habe ihnen die Vorinstanz zwar nachträglich das rechtliche Gehör gewährt, habe allerdings in der Verfügung vom 2. Juni 2022 darauf verzichtet, sich mit den Argumenten der Beschwerdeführenden materiell auseinanderzusetzen. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs sei somit nicht geheilt worden. Ein Grossteil der strittigen Terrasse befinde sich auf dem Grundstück Oberhofen Grundbuchblatt Nr. I. _____. Nur ein kleiner Teil sei auf dem Stockwerkeigentümeranteil des Beschwerdegegners. Die Verfügungen hätten somit neben den Beschwerdeführenden und dem Beschwerdegegner auch der Miteigentümerschaft des Grundstücks Oberhofen Grundbuchblatt Nr. I. _____ eröffnet werden müssen. Die Verfügung vom 17. Mai 2021 leide deshalb an zwei schwerwiegenden formellen Mängeln. Die nicht eröffnete Verfügung gelte auch als nichtexistent. Die beiden Mängel seien zudem offensichtlich bzw. leicht erkennbar. Weiter beinhalte die Verfügung vom 17. Mai 2021 auch eine falsche Rechtsmittelbelehrung (Regierungsstatthalteramt statt BVD). Durch die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung würde die Rechtssicherheit nicht gefährdet. Die Wiederherstellung einer widerrechtlichen Baute könne bis zu fünf Jahre seit Erkennbarkeit der Widerrechtlichkeit verlangt werden. Mit Gesamtentscheid vom 29. November 2018 seien sodann einzig die Grundrisse sowie die Fassade des Hauses 2 bewilligt worden. Der Bau einer Terrasse mit Stromanschlüssen sei weder in der Projektänderung vom 21. Dezember 2016 aufgeführt noch in den zugehörigen Plänen ersichtlich und sei somit mit dem Gesamtentscheid nicht bewilligt. Ohne rechtskräftige Baubewilligung könne kein Bestandesschutz entstehen. Somit werde durch die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung auch nicht die Rechtssicherheit des Gesamtentscheids vom 29. November 2018 in Frage gestellt. Durch die Verfügung vom 17. Mai 2021 sei der Beschwerdegegner nicht materiell rechtlich vor einem Rückbau geschützt, da zu jeder Zeit ein weiterer Nachbar eine baupolizeiliche Anzeige einreichen könnte. Zudem müsse auch für ihn offensichtlich sein, dass das Schreiben seiner Anwältin und die Verfügung vom 17. Mai 2021 den Beschwerdeführenden hätte eröffnet werden müssen. Insgesamt würden die Interessen der Beschwerdeführenden an der Feststellung der Nichtigkeit überwiegen. Das Begehren um Erlass einer neuen Verfügung begründe sich durch das Nicht-Vorhandensein einer ursprünglichen Verfügung. Das Verhalten der Vorinstanz erwecke den Eindruck, dass diese sich vor einem materiellen Entscheid drücken wolle. Wie dargelegt, sei die Verfügung vom 17. Mai 2021 nichtig. Das baupolizeiliche Verfahren sei somit noch nicht rechtskräftig abgeschlossen und immer noch rechtshängig. Die Frage, ob die Voraussetzungen für ein Wiederaufnahmeverfahren gegeben seien, könne sich gar nicht stellen. Dementsprechend sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zu materiellem Entscheid zurückzuweisen.

b) Die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu berücksichtigen. Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nur anfechtbar. Entsprechend werden sie durch Nichtanfechtung rechtsgültig. Nichtig sind sie nur dann, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht

ernsthaft gefährdet (sog. Evidenztheorie). Inhaltliche Mängel führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe kommen vorab formelle Mängel (funktionelle und sachliche Unzuständigkeit, krasse Verfahrensfehler) in Betracht.⁵ Schwerwiegende Verfahrensfehler können die Nichtigkeit eines Rechtsakts zur Folge haben. Als schwerwiegend ist etwa der Umstand zu werten, dass die betroffene Person gar keine Gelegenheit hatte, am Verfahren teilzunehmen. Ferner zählen qualifizierte Verletzungen des Gehörsanspruchs dazu. Einfache Gehörsverletzungen wie das Missachten des Anspruchs auf Stellungnahme zum Beweisergebnis können demgegenüber unter Umständen vor oberer Instanz geheilt werden; sie führen von vornherein nur im Fall der Anfechtung des fehlerhaft zustande gekommenen Verwaltungsakts zu Korrekturen. Das gilt auch für unrichtige oder unvollständige Feststellungen des rechtserheblichen Sachverhalts.⁶ Nichtig kann eine Verfügung auch dann sein, wenn sie an schweren Form- oder Eröffnungsfehlern leidet. Das ist etwa der Fall bei fehlender Schriftlichkeit, wo diese vorgeschrieben ist. Ebenso muss eine in keiner Weise eröffnete Verfügung als nicht existent und damit als nichtig betrachtet werden.⁷ Sie kann weder in Rechtskraft erwachsen noch vollstreckt werden. Die Nichteröffnung ist von der mangelhaften Eröffnung eines Verwaltungsakts abzugrenzen.⁸ Eine mangelhafte Eröffnung liegt vor, wenn der fragliche Verwaltungsakt zwar im Grundsatz Publizität erlangt hat, die Eröffnung aber mit Fehlern behaftet ist. So hat sich die Eröffnung an alle Betroffenen zu richten. Soweit sie zu Unrecht unterbleibt, ist sie mangelhaft.⁹ Inhaltliche Mängel sind nur ganz ausnahmsweise, in besonders schweren Fällen, mit der Nichtigkeitsfolge verbunden. Das kann etwa der Fall sein, wenn offensichtliche und krasse Verstösse gegen Grundrechte in Frage stehen oder es für das konkrete Handeln nicht nur an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, sondern gleichzeitig gegen mehrere Gesetze verstossen wird.¹⁰

c) Aufgrund der E-Mail des Beschwerdeführers 1 vom 22. Mai 2019 erhielt die Gemeinde Kenntnis von möglichen baurechtswidrigen Tatbeständen. Sie leitete deshalb korrekterweise ein baupolizeiliches Verfahren ein, erkundigte sich bei den Beschwerdeführenden, ob sie sich am Verfahren als Partei beteiligen wollten und gab dem Beschwerdegegner Gelegenheit, zur Sache Stellung zu nehmen. Zu Beginn des Verfahrens bediente sie die Beschwerdeführenden jeweils mit einer Kopie der Korrespondenz. Warum dies im Laufe des Verfahrens unterblieb, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Den Beschwerdeführenden hätte insbesondere das Schreiben der Anwältin des Beschwerdegegners vom 21. April 2021 zugestellt werden müssen, ebenso die Unterlagen, die der Beschwerdegegner der Gemeinde mit E-Mail vom 26. April 2021 zukommen liess. Zudem hätte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden müssen. Indem die Gemeinde dies unterliess, verletzte sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden. Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine qualifizierte, sondern um eine einfache Verletzung des rechtlichen Gehörs. Diese hätte im Beschwerdeverfahren gerügt und wohl auch geheilt werden können. Ein Nichtigkeitsgrund liegt daher nicht vor. Da sich die Beschwerdeführenden als Partei am baupolizeilichen Verfahren beteiligten, hätte ihnen auch die Verfügung vom 17. Mai 2021, mit der das Baupolizeiverfahren abgeschlossen wurde, eröffnet werden müssen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden liegt jedoch kein Fall einer nicht eröffneten Verfügung vor, die als nichtig betrachtet werden müsste. Die fragliche Verfügung wurde dem Beschwerdeführer als Verfügungsadressat eröffnet und erlangte damit Publizität. Dass die Eröffnung an die Beschwerdeführenden zu Unrecht unterlassen wurde, stellt hingegen einen Eröffnungsmangel dar. Daraus darf niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen (Art. 44 Abs. 6 VRPG). Die Folge ist allerdings nicht die Nichtigkeit des mit Eröffnungsfehlern behafteten Verwaltungsakts, sondern die

⁵ statt vieler BGE 147 IV 93 E. 1.4.4, 145 III 436 E. 4; BGer 2C_373/2022 vom 24. Mai 2022 E. 2.4; BVR 2016 S. 318 E. 5.2, 2014 S. 297 E. 4.3.3; Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 85

⁶ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 88

⁷ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 89

⁸ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 1

⁹ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 52

¹⁰ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 90

sogenannte «hinkende Rechtskraft». Solange die Beschwerdeführenden keine Kenntnisse von der Verfügung vom 17. Mai 2021 hatten, konnte diese ihnen gegenüber auch nicht in Rechtskraft erwachsen.¹¹ Auch die falsche Rechtsmittelbelehrung ist kein Nichtigkeitsgrund, sondern lediglich eine mangelhafte Eröffnung. Aufgrund der Weiterleitungspflicht von Art. 4 VRPG führt sie kaum je zu einem Rechtsnachteil. Offengelassen werden kann auch, ob die Verfügung vom 17. Mai 2021 neben den Beschwerdeführenden und dem Beschwerdegegner auch der Miteigentümerschaft des Grundstücks Oberhofen Grundbuchblatt Nr. I. _____ hätte eröffnet werden müssen. Wird nur gegen einen von mehreren Störern die Wiederherstellung verfügt, ist diese Verfügung nicht rechtswidrig oder gar nichtig. Die Folge ist einzig, dass es allenfalls weiterer Verfügungen gegenüber den übrigen Störern bedarf, damit die Wiederherstellung durchgesetzt werden kann.¹² Inhaltliche Mängel der Verfügung vom 17. Mai 2021, die deren Nichtigkeit bewirken könnten, sind weder dargetan noch ersichtlich.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Nichtigkeitsgründe vorliegen. Die Verfügung vom 17. Mai 2021 ist daher bloss anfechtbar. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden wurde das Baupolizeiverfahren mit dieser Verfügung abgeschlossen. Es ist nicht mehr rechtshängig. Der Erlass einer neuen Verfügung kann daher nicht mit dem Nicht-Vorliegen einer ursprünglichen Verfügung begründet werden.

3. Nachträgliche Beschwerde

a) Die Beschwerdeführenden machen zur Begründung ihres Eventualbegehrens geltend, die Verfügung vom 17. Mai 2021 sei ihnen nicht eröffnet worden und es sei ihnen das rechtliche Gehör verwehrt worden. Zudem weise die Verfügung weitere Eröffnungsmängel auf. Aus mangelhafter Eröffnung dürfe niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen. Sie hätten bereits mit E-Mail vom 7. Juni 2022 (richtig: 2021) ein Akteneinsichtsgesuch gestellt. Akteneinsicht sei ihnen nicht gewährt worden und die E-Mail sei unbeantwortet geblieben. Infolgedessen hätten sie sich entschlossen einen Anwalt zu mandatieren, der am 11. August 2021 ein weiteres Akteneinsichtsgesuch gestellt habe. Aufgrund der bekannten langsamen Arbeitsweise der Vorinstanz und der mehrfachen Rechtsverweigerung ihnen gegenüber hätten sie auf ein weiteres vorzeitiges Nachfragen verzichtet. In der Verfügung vom 17. Mai 2021 werde nicht auf die Beschwerdeführenden als Partei eingegangen. Es sei für sie sodann aufgrund des Textes auch nicht sofort ersichtlich gewesen, dass sie von der Verfügung betroffen seien. Aufgrund der gravierenden Verfahrensmängel seien sie zurecht von Anfang an davon ausgegangen, dass die Verfügung nichtig sei und für sie keine materiellen Rechtsfolgen haben könne. Um zu verstehen, ob und wie die Beschwerdeführenden von der Verfügung betroffen seien, sei ein vertieftes Aktenstudium von Nöten gewesen. Die Vorinstanz habe die Akten zudem nur unvollständig zugestellt und es sei für den Anwalt der Beschwerdeführenden aufgrund der fehlenden Pläne unmöglich gewesen, im Vorhinein zu beurteilen, ob die Verfügung wenigstens materiell-rechtlich korrekt war. Nachdem der Anwalt die entsprechenden Akten und Grundbuchbelege habe einholen können, hätten sich die Beschwerdeführenden am 8. März 2022 bei der Gemeinde gemeldet, um auf diese prozessualen Fehler aufmerksam zu machen. Weiter habe der Beschwerdegegner anlässlich der Stockwerkeigentümersammlung vom Juni 2021 einen Plan präsentiert, auf dem die Terrasse eingezeichnet war, und behauptet, dieser sei integrierender Bestandteil der Baubewilligung. Dies habe sich schliesslich als Falschaussage herausgestellt. Zum Zeitpunkt der Stockwerkeigentümersammlung seien weder ein Beschwerdeverfahren noch sonst eine zeitliche Dringlichkeit angezeigt gewesen. Die Verfügung vom 17. Mai 2021 habe ausserdem zu keiner materiellen Rechtskraft für den Beschwerdegegner geführt, da der Rückbau einer

¹¹ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 59

¹² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 12

rechtswidrig erstellten Baute innert fünf Jahren seit Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit verlangt werden könne. Diese Frist sei noch nicht abgelaufen. Ausserdem wirke es mehr als stossend, wenn die Gemeinde nun geltend mache, dass die Beschwerdeführenden nicht rechtzeitig reagiert hätten. Die Gemeinde habe das Verfahren über mehrere Jahre verschleppt. Das Verhalten der Gemeinde widerspreche dem Vertrauensschutz. Aufgrund der unvollständig gewährten Akteneinsicht und dem Verhalten der Vorinstanz lasse sich der Schluss ziehen, dass es sich nicht um eine dringliche Angelegenheit handle. Folglich habe von den Beschwerdeführenden nach Treu und Glauben nicht erwartet werden können, dass sie die Verfügung vom 17. Mai 2022 (richtig: 2021) vor dem 8. März 2022 anfechten. Die entsprechende Beschwerde sei in Anbetracht von Art. 44 Abs. 6 VRPG rechtzeitig eingereicht worden.

b) Es ist ein allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Prozessrechts, dass aus mangelhafter Eröffnung niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen darf (Art. 44 Abs. 6 VRPG). Verfassungsrechtlich ergibt er sich aus dem Prinzip der Fairness (Art. 29 Abs. 1 BV¹³) und dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV).¹⁴ Fehler bei der Eröffnung können namentlich dazu führen, dass Parteivorbringen während verlängerter Frist zugelassen werden.¹⁵ Bei Eröffnungsfehlern ist für den Fristenlauf nicht die (unvollkommene) Bekanntgabe massgebend, sondern das Ereignis oder die Handlung, das bzw. die die betroffene Person in die Lage versetzt hat oder haben müsste, bei zumutbarer Aufmerksamkeit vom Ergehen des Verwaltungsakts Kenntnis zu nehmen. Kenntnis des massgebenden Sachverhalts liegt praxisgemäss dann vor, wenn die beschwerdeberechtigte Person im Besitz aller für die erfolgreiche Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Informationen ist oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte sein können. Sie ist alsdann verpflichtet, die ihr zumutbaren Schritte zur Fristwahrung zu unternehmen. Solange der Fristenlauf gegenüber einzelnen Personen, Organisationen oder Behörden nicht beginnen kann, erwächst ein anfechtbarer Verwaltungsakt ihnen gegenüber nicht in Rechtskraft bzw. wird nicht rechtsbeständig (sog. «hinkende Rechtskraft»)¹⁶. Die beschwerdeberechtigte Person muss sich aber, sobald sie vom Verwaltungsakt erfährt, bemühen, von den für sie wesentlichen Elementen Kenntnis zu erhalten. Sobald sie Kenntnis von allen für die erfolgreiche Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Punkte hat bzw. bei gebührender Aufmerksamkeit haben könnte, beginnt für sie die Beschwerdefrist von 30 Tagen zu laufen. Dabei ist nicht erforderlich, dass sie alle Einzelheiten der behördlichen Anordnung erfährt. Es genügt vielmehr, dass sie Kenntnis von den wesentlichen Elementen erhält. Sie ist dann nach Treu und Glauben verpflichtet, die ihr zumutbaren Schritte zur Fristwahrung zu unternehmen. Welches Mass an Aufmerksamkeit der übergangenen Partei im Interesse der Rechtssicherheit zugemutet werden darf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab; namentlich kann es eine Rolle spielen, ob die Partei rechtskundig vertreten wird.¹⁷

c) Die Verfügung der Gemeinde vom 17. Mai 2021 wurde den Beschwerdeführenden nicht eröffnet. Für sie begann die Beschwerdefrist deswegen erst im Zeitpunkt zu laufen, in dem sie von den für die Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Punkten Kenntnis erhielten. Mit E-Mail vom 7. Juni 2021 informierte der Beschwerdegegner die übrigen Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer über die Einstellung des Baupolizeiverfahrens und teilte ihnen mit, dass sich damit die Abstimmung an der kommenden Versammlung über sein nachträgliches Baugesuch erübrige. Die Beschwerdeführenden gehörten zum Adressatenkreis. Aufgrund dieser Mitteilung waren sie somit über den Umstand, dass das von ihnen initiierte baupolizeilichen Verfahren abgeschlossen

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁴ BVR 2021 S. 558 E. 5.4

¹⁵ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 58

¹⁶ Vgl. BVR 2018 S. 469 E. 5, 2010 S. 433 E. 4.1, 2008 S. 251 E. 4.1, je mit Hinweisen; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 59

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 38-39 N. 26 (betreffend Baumentscheid)

worden war, im Bilde. Sie wurden vom Beschwerdegegner zudem nicht nur mit einem Ausführungsplan sondern auch mit der fraglichen Abschreibungsverfügung bedient.¹⁸ Die Beschwerdeführenden erhielten somit am 7. Juni 2021 Kenntnis vom Inhalt der Verfügung vom 17. Mai 2021. Aufgrund des Hinweises auf die mittels E-Mail vom 22. Mai 2019 erfolgten baupolizeilichen Anzeige musste den Beschwerdeführenden auch klar sein, dass die Abschreibungsverfügung das von ihnen initiierte Baupolizeiverfahren betraf. Sie hatten somit in diesem Zeitpunkt Kenntnis von allen für die erfolgreiche Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Punkte. Aus dem Umstand, dass bis heute eine formelle Eröffnung der Verfügung unterblieben ist, können sie nichts für sich ableiten. Ebenso wenig fällt die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung ins Gewicht. Dabei wurde lediglich eine unzuständige kantonale Behörde als Rechtsmittelinstanz angegeben. Wäre eine Beschwerde an das Regierungsstatthalteramt erfolgt, hätte dieses die Beschwerde an die BVD weitergeleitet, was den Eintretensentscheid nicht beeinflusst hätte.¹⁹ Ab dem 7. Juni 2021 waren die Beschwerdeführenden somit in der Lage, die Verfügung vom 17. Mai 2021 innert 30 Tagen anzufechten. Die Beschwerdefrist begann für sie daher am 8. Juni 2021 zu laufen und endete am 7. Juli 2021. Da sie die Verfügung vom 17. Mai 2021 innert dieser Frist nicht anfochten, trat diese auch ihnen gegenüber in Rechtskraft. Selbst wenn das Schreiben vom 8. März 2022 der damals bereits anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden, mit dem sie den Erlass einer neuen anfechtbaren Verfügung beantragten, als nachträgliche Beschwerde betrachtet werden müsste, wäre sie verspätet erhoben worden.

d) Selbst wenn den Beschwerdeführenden gefolgt werden könnte, dass aufgrund des Textes der Verfügung vom 17. Mai 2021 nicht sofort ersichtlich gewesen sei, dass sie von der Verfügung betroffen seien, sowie dass sie sich aufgrund der langen vorinstanzlichen Verfahrensdauer nach Treu und Glauben ebenfalls Zeit lassen konnten, wäre ihre an die Gemeinde gerichtete Eingabe vom 8. März 2022 zu spät eingereicht worden, um als nachträgliche Beschwerde entgegengenommen zu werden. Den Vorakten lässt sich entnehmen, dass der am 21. Juli 2021 mandatierte Anwalt am 11. August 2021 bei der Gemeinde ein Gesuch um Akteneinsicht stellte.²⁰ Die Gemeinde antwortete umgehend, er könne die Akten auf der Bauverwaltung einsehen. Von dieser Möglichkeit machte der Anwalt der Beschwerdeführenden am 7. September 2021 Gebrauch.²¹ Zudem bat er darum, dass ihm die massgebenden Entscheide des Regierungsstatthalteramts Thun zugestellt würden. Diesem Anliegen kam die Gemeinde am 26. Oktober 2021 nach.²² Am 15. November 2021 bat der Anwalt der Beschwerdeführenden die Gemeinde, ihm noch die abgestempelten Pläne zur nachträglichen Baubewilligung zuzustellen. Dies könne auch elektronisch erfolgen. Mit E-Mail vom 22. November 2021 übermittelte ihm die Gemeinde die gewünschten Planunterlagen.²³ Spätestens in diesem Zeitpunkt hatten die Beschwerdeführenden sämtliche Angaben, die sie für die Beschwerdeerhebung benötigten. Die 30-tägige Frist begann somit am 23. November 2021 zu laufen und endete am 22. Dezember 2021. Eine Beschwerdeeingabe am 8. März 2022 wäre somit auch in diesem Fall verspätet gewesen.

e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführenden am 7. Juni 2021 Kenntnis von der Verfügung vom 17. Mai 2021 erhielten. Sie hätten diese innert 30 Tagen anfechten müssen. Dies haben sie nicht getan, weshalb die Verfügung auch für sie verbindlich wurde. Selbst wenn für den Fristenlauf der Zeitpunkt massgebend wäre, in dem sie vollständige Aktenkenntnis hatten, hätten sie ihre nachträgliche Beschwerde, die frühestens mit der Eingabe vom 8. März 2022 erfolgt wäre, zu spät eingereicht. Soweit sie sich erstmals mit ihrer Beschwerde

¹⁸ Vgl. Vorakten Reg. 12 (2)

¹⁹ Vgl. Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 4 N. 2

²⁰ Vgl. Vorakten Reg. 11 (2)

²¹ Vgl. Beschwerdebeilage Nr. 14

²² Vgl. Vorakten Reg. 14 (1)

²³ Vgl. Beschwerdebeilage Nr. 14

vom 7. Juli 2022 gegen die Verfügung vom 17. Mai 2021 richten, ist diese ebenfalls verspätet und es kann nicht darauf eingetreten werden. Die Verfügung der Gemeinde vom 17. Mai 2021 ist deswegen auch gegenüber den Beschwerdeführenden unanfechtbar in Rechtskraft erwachsen.

4. Wiederaufnahme

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Gemeinde gehe irrigerweise davon aus, dass es sich vorliegend um ein Wiederaufnahmeverfahren gemäss Art. 56 ff. VRPG handle. Dies setze voraus, dass ein Verfahren bereits rechtskräftig erledigt sei. Wie sich aus den obenstehenden Erwägungen ergibt, wurde das Baupolizeiverfahren entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden mit Verfügung vom 17. Mai 2021 rechtskräftig erledigt. Die Gemeinde nahm daher die Eingabe der Beschwerdeführenden vom 8. März 2022, mit der sie beantragten, eine neue anfechtbare Verfügung zu erlassen, die die Verfügung vom 17. Mai 2021 ersetze, zu Recht als Gesuch um Wiederaufnahme entgegen.

b) Ein rechtskräftig erledigtes Verfahren ist laut Art. 56 Abs. 1 VRPG auf Gesuch hin oder von Amtes wegen durch die Verwaltungsbehörde wiederaufzunehmen, wenn ein Strafverfahren ergeben hat, dass durch ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil der Partei auf die Verfügung eingewirkt wurde (Bst. a), wenn die Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die sie im früheren Verfahren nicht anrufen konnte, unter Ausschluss derjenigen, die nach der fraglichen Verfügung entstanden sind (Bst. b) oder wenn zwingende öffentliche Interessen es rechtfertigen (Bst. c). Zugunsten der Verfügungsadressatin oder des Verfügungsadressaten kann die Behörde das Verfahren jederzeit wiederaufnehmen. Begehren um Wiederaufnahme des Verfahrens müssen innert 60 Tagen seit Entdeckung des Wiederaufnahmegrundes gestellt werden (Art. 56 Abs. 3 VRPG). Das Verfahren der Wiederaufnahme gliedert sich in zwei Prüfschritte, einen verfahrensrechtlichen und einen materiellrechtlichen. In der verfahrensrechtlichen Prüfung interessiert, ob die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind. Nur wenn dies der Fall ist, wird anschliessend der Frage nachgegangen ob und wenn ja wie weit die ursprüngliche Verfügung geändert oder aufgehoben werden muss.²⁴ Als erstes sind die Eintretensvoraussetzungen im engeren Sinn zu prüfen: Zum einen muss im Wiederaufnahmegesuch ein schutzwürdiges Interesse am «Neuaufrollen» des Verwaltungsverfahrens dargelegt werden, zum anderen sind die Fristvorschriften von Art. 56 Abs. 3 und 4 VRPG zu beachten. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, wird auf das Gesuch bereits in dieser ersten Phase nicht eingetreten.²⁵ Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verbietet es, mit einem Gesuch um Wiederaufnahme beliebig lange zuzuwarten. Wer sein Begehren erst nach 60 Tagen seit Entdeckung des Wiederaufnahmegrunds einreicht, muss gewärtigen, dass die Behörde auf Nichteintreten entscheidet. Vorbehalten bleibt die Wiederaufnahme zugunsten der Adressatin oder des Adressaten, um die jederzeit ersucht werden kann.²⁶

c) Es ist fraglich, ob die Beschwerdeführenden ein schutzwürdiges Interesse an der Wiederaufnahme des Verfahrens haben. Wie in der obenstehenden Erwägung ausgeführt, hätten sie die Verfügung vom 17. Mai 2021 bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt rechtzeitig mit nachträglicher Beschwerde anfechten können. Zudem waren ihnen die im Schreiben vom 8. März 2022 geltend gemachten Gründe (Verletzung des rechtlichen Gehörs, nicht ordnungsgemässe Eröffnung der Verfügung, mögliche materielle Mängel der Verfügung) seit mehr als 60 Tagen bekannt. Wie die Gemeinde im Übrigen richtig ausführte, handelt es sich bei den

²⁴ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 56 N. 6

²⁵ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 56 N. 8

²⁶ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 56 N. 44

Beschwerdeführenden auch nicht um die Verfügungsadressaten im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Satz 2 VRPG. Ihnen kam zwar im Wiederherstellungsverfahren Parteistellung zu, allerdings war es der Beschwerdegegner, dessen Rechtsbeziehungen zum Gemeinwesen mittels der fraglichen Verfügung zu regeln war. Er war somit Verfügungsadressat.²⁷ Die Wiederaufnahme zu Gunsten der Beschwerdeführenden konnte deswegen nicht ungeachtet der Frist von Art. 56 Abs. 3 VRPG erfolgen. Die Gemeinde ist daher zu Recht nicht auf das Gesuch der Beschwerdeführenden eingetreten.

5. Kostenentscheid

a) Für den Fall, dass die BVD davon ausgeht, dass die Verfügung vom 17. Mai 2021 weder nichtig noch anfechtbar und damit in Rechtskraft erwachen sei, stellen die Beschwerdeführenden das Subeventualbegehren, Ziff. 2 der Verfügung vom 2. Juni 2022 sei aufzuheben und den Beschwerdeführenden seien keine Kosten für das Wiederaufnahmeverfahren aufzuerlegen. Sie machen insbesondere geltend, die Gemeinde habe nicht berücksichtigt, dass sie selbst massgeblich an der Entstehung der Kosten beteiligt gewesen sei. Sie habe den Beschwerdeführenden die Verfügung vom 17. Mai 2022 nicht eröffnet. Zudem habe sie sich zuerst fälschlicherweise auf den Standpunkt gestellt, die Beschwerdeführenden seien nicht Partei des vorliegenden Verfahrens. Anschliessend habe sie die Beschwerdeführenden zur materiellen Stellungnahme aufgefordert und diese dann der BVD geschickt. Durch das widersprüchliche Verhalten der Gemeinde seien sowohl bei den Beschwerdeführenden als auch bei der Gemeinde erhebliche Kosten entstanden. Diese nun den Beschwerdeführenden aufzuerlegen, wäre rechtsmissbräuchlich. Ausserdem stelle sich die Frage, ob die Gemeinde tatsächlich vier Stunden für das Verfahren benötigt habe. Ein Blick in die Verfügung zeige, dass sie schludrig verfasst worden sei. So werde beispielsweise ausgeführt, dass der Thunersee eine Verfügung erlassen habe. Zudem werde im Verlaufe der Erwägungen ohne ersichtlichen Grund mehrmals die Schriftart gewechselt. Dementsprechend seien den Beschwerdeführenden keine Kosten für das Wiederaufnahmeverfahren aufzuerlegen.

b) Anders als für das Beschwerdeverfahren enthält das VRPG für das Verwaltungsverfahren keine allgemeine Regel über die Kostenverlegung (vgl. Art. 107 Abs. 1 VRPG). Wer diese Kosten zu tragen hat, bestimmt sich nach den verschiedenen Sacherlassen und, falls diese keine Regelung enthalten, nach dem Verursacherprinzip.²⁸ Die Gemeinde kann für ihre Tätigkeit im Baubewilligungs- und Baupolizeiverfahren gestützt auf ihren Gebührentarif Verfahrenskosten erheben (Art. 69 Abs. 4 Bst. a BauG). Die Verfahrenskosten (amtliche Kosten) bestehen aus den Gebühren und den Auslagen, welche die Gemeinde für ihre Tätigkeit im Baubewilligungsverfahren und für ihre baupolizeilichen Verrichtungen erheben kann (Art. 51 Abs. 1 BewD²⁹). Sie erlässt gemäss Art. 51 Abs. 3 BewD einen Gebührentarif. Die Gemeinde hat sowohl ein Gebührenreglement³⁰ als auch einen Gebührentarif (Verordnung)³¹ erlassen. Die Gebühren werden grundsätzlich nach Aufwand oder pauschaliert bemessen (Art. 3 GebR). Mit der Gebühr nach Aufwand wird der Personal- und Infrastrukturaufwand abgegolten (Art. 4 Abs. 1 GebR). Sie wird nach Art der Dienstleistung unterteilt in Aufwandgebühr I für normale Verwaltungstätigkeit und in Aufwandgebühr II für Verwaltungstätigkeit, die eine besondere fachliche Qualifikation erfordert (Art. 4 Abs. 2 GebR). Die Gebühren nach Aufwand werden nach dem Zeitaufwand berechnet, der für die konkrete Dienstleistung erforderlich ist (Art. 4 Abs. 3 GebR). Gebühren und

²⁷ Vgl. Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 12 N. 15

²⁸ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 107 N. 9

²⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

³⁰ Gebührenreglement der Gemeinde Oberhofen am Thunersee vom 1. August 2011, rev. 1. Juli 2013 (GebR)

³¹ Gebührentarif der Gemeinde Oberhofen Am Thunersee vom 1. August 2011, rev. 1. Juli 2013 und 1. Januar 2014 (GebT)

Auslagen schuldet, wer eine Dienstleistung nach diesem Reglement veranlasst oder verursacht. Nach Massgabe des Reglements beschliesst der Gemeinderat in einem Gebührentarif (Verordnung) die Höhe der Aufwandgebühren (Art. 48 Abs. 1 GebR). Gemäss diesem Gebührentarif beträgt der Stundenansatz CHF 50.00 pro Stunde für die Aufwandgebühr I und CHF 100.00 pro Stunde für die Aufwandgebühr II. Für die Verfahrensinstruktion und den Erlass von Verfügungen im Zusammenhang mit baupolizeilichen Massnahmen ist die Aufwandgebühr II massgebend (Art. 38 GebR). Diese Regelung ist auch auf Gesuche um Wiederaufnahme eines baupolizeilichen Verfahrens anwendbar.³²

c) Das Wiederaufnahmeverfahren wurde auf Gesuch der Beschwerdeführenden durchgeführt. Sie haben das Verfahren verursacht und müssen daher für die entstandenen Verfahrenskosten aufkommen. Die Verfahrensfehler, die sie bemängeln, betreffen nicht das vorliegende Verfahren, sondern das ursprüngliche Baupolizeiverfahren. Diese hätten im Rahmen einer nachträglichen Beschwerde gegen die Verfügung vom 17. Mai 2021 geltend gemacht werden können. Für das Wiederaufnahmeverfahren sind die Verfahrensfehler aus jenem Verfahren nicht relevant. Die Gemeinde stellt für das Wiederherstellungsverfahren insgesamt vier Stunden in Rechnung. Unter Berücksichtigung der vorgenommenen Verfahrensschritte und dem Aufwand für das Verfassen der Verfügung erscheinen die geltend gemachten Arbeitsstunden als eher gering. Sie sind damit als angemessen zu bewerten, zumal auch die Beschwerdeführenden keine stichhaltigen Gründe gegen die Anzahl Stunden vorbringen. Insbesondere ändern die bemängelten redaktionellen Versehen in der angefochtenen Verfügung nichts daran, dass diese sorgfältig begründet ist. Die Kosten von CHF 400.– bewegen sich im Übrigen auch bei einer Gesamtbetrachtung in vernünftigen Grenzen. Gründe für einen Verzicht auf die Kostenerhebung sind weder dargetan noch ersichtlich. Die Kostenauflegung an die Beschwerdeführenden im vorinstanzlichen Verfahren ist deswegen nicht zu beanstanden.

6. Ergebnis und Kosten

a) Aufgrund der obenstehenden Erwägungen steht fest, dass bezüglich der baupolizeilichen Verfügung vom 17. Mai 2021 keine Nichtigkeitsgründe vorliegen. Die Beschwerdeführenden hätten diese Verfügung deshalb innert 30 Tagen seit Kenntnisnahme anfechten müssen. Dies haben sie nicht getan, weshalb die Verfügung auch für sie verbindlich wurde. Soweit die Beschwerdeführenden überhaupt ein schutzwürdiges Interesse an der Wiederaufnahme des Verfahrens haben, ist ihr Wiederaufnahmegesuch zu spät erfolgt. Die Gemeinde ist daher zu Recht nicht darauf eingetreten. Gründe, die vorinstanzliche Kostenregelung aufzuheben, sind weder dargetan noch ersichtlich. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

b) 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 2000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³³).

c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

³² Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 107 N. 10

³³ 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 Oberhofen am Thunersee vom 2. Juni 2022 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 2000.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt E. _____, eingeschrieben
- Herrn F. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Oberhofen, 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 vier 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.