

# **BE\_BVD 120 2019 77 vom 22. Juni 2020**

Be Bvd, 2020-06-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_bvd\\_120\\_2019\\_77](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_120_2019_77)

FR: BE\_BVD 120 2019 77 du 22 juin 2020

IT: BE\_BVD 120 2019 77 del 22 giugno 2020

## **Regeste**

Klimaanlage; Aufhebung Benützungsverbot

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Eintretensvoraussetzungen a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG<sup>2</sup> können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen die am 11. September 2019 verfügte Aufhebung des Benützungsverbots zuständig. b) Die Beschwerdegegnerschaft bestreitet die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführenden. Zur Begründung macht sie insbesondere geltend, die Klimaanlage sei nicht baubewilligungspflichtig. Zudem habe die Stockwerkeigentümergeinschaft den Klimaanlagegeräten zugestimmt. Weil die Vorsorgewerte eingehalten würden, fehle es an einem Rechtsschutzinteresse für die Beschwerde. Ausserdem könne die Stockwerkeigentümergeinschaft als Gemeinschaft nicht von Lärmimmissionen betroffen sein. Auch der Beschwerdeführer 2 habe mitgeteilt, für ihn sei die Angelegenheit kein Problem mehr, sobald die Dezibelgrenze eingehalten würde. Da dies vorliegend der Fall sei, fehle es auch ihm an einem Rechtsschutzinteresse. c) Zur Beschwerde befugt ist, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung nachweisen kann. Dieses Interesse setzt sich aus der formellen sowie der materiellen Beschwer zusammen und verlangt ein aktuelles und praktisches Interesse (Art. 65 Abs. 1 VRPG<sup>3</sup>). Voraussetzung zur selbständigen Wahrnehmung von Parteirechten in einem Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizverfahren ist sodann die Prozessfähigkeit (Art. 11 Abs. 1 VRPG). Sie ist Ausdruck der Handlungsfähigkeit und setzt diese daher grundsätzlich voraus. Die Handlungsfähigkeit knüpft an die Rechtsfähigkeit an. Wer rechtsfähig und damit auch parteifähig ist, bestimmt sich anhand des Zivilrechts.<sup>4</sup> Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer ist in Angelegenheiten der gemeinschaftlichen Nutzung und Verwaltung prozessfähig (Art. 712l ZGB<sup>5</sup>).<sup>6</sup> d) Die Klimaanlage steht auf einem gemeinschaftlichen Teil der Liegenschaft, womit die Beschwerdeführenden vorliegend prozessfähig sind (Art. 712l ZGB). Dringen die Beschwerdeführenden mit ihrer Beschwerde durch, können sie die Wiederinbetriebnahme der Klimaanlage verhindern. Sie haben damit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheids. Die Vorbringen der Beschwerdegegnerschaft vermögen daran nichts zu ändern: Die Beschwerdeführenden können auch dann eine rechtswidrige Bauausführung bzw. Nutzung der Klimaanlage geltend machen, falls sie der Anlage im Baubewilligungsverfahren zugestimmt haben sollten. Weiter hängt das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers 2 nicht von der Dezibelgrenze bzw. von allfälligen Aussagen seinerseits dazu ab. Die Einhaltung der Lärmgrenzwerte ist eine Frage der Begründetheit der Beschwerde und nicht

der Beschwerdelegitimation. Schliesslich ist auch die bestrittene Baubewilligungspflicht der Klimaanlage für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen unerheblich: Bauten und Anlagen können die öffentliche Ordnung auch dann stören, wenn sie nicht baubewilligungspflichtig sind

## **E. 2**

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

## **E. 3**

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

## **E. 4**

Vgl. zum Ganzen BVR 2001 S. 429 E. 1.a.aa; BVR 2019 S. 31 E. 1.3; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern, 2011, S. 162 f.

## **E. 5**

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)

## **E. 6**

Amédéo Wermelinger, SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das Stockwerkeigentum: Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Zürich 2014, N 158 ff. zu Art. 712l; Arthur Meier-Hayoz/Heinz Rey, Berner Kommentar Band/Nr. IV/1/5, Bern 1988, N. 46, 77 und 91 zu Art. 712l; René Bosch, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Auflage, Basel 2018, N 2 zu Art. 712l

BVD 120/2019/77 4/8 (vgl. Art. 1b Abs. 3 BauG). Überdies anerkannte der Beschwerdegegner 1 die Baubewilligungspflicht der Klimaanlage, als er hierfür im 2006 bzw. 2007 ein Baugesuch einreichte und eine Bewilligung verlangte. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten. Ob auch auf die einzelnen Rügen eingetreten werden kann, ist in den jeweiligen Erwägungen zu prüfen. 2. Rechtliches Gehör a) Die Beschwerdeführenden rügen, die Vorinstanz nehme im angefochtenen Entscheid auf eine Replik der Beschwerdegegnerschaft vom 22. August 2019 Bezug. Diese Replik sei ihnen nie zugestellt worden. Dadurch habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt. b) Gestützt auf Art. 26 KV7 und Art. 23 Abs. 1 VRPG haben die Parteien Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen deren Geheimhaltung erfordern. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere auch das Recht der Parteien, von jedem eingereichten Aktenstück bzw. jeder Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können. Dies gilt unabhängig davon, ob die Stellungnahmen neue Tatsachen oder Argumente enthalten und ob sie die Entscheidbehörde tatsächlich zu beeinflussen vermögen. Die Beteiligten sind deshalb über jede Eingabe zu informieren, damit sie Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern, wenn sie dies als notwendig erachten.<sup>8</sup> c) Die Vorinstanz bestreitet in ihrer Vernehmlassung vom 29. November 2019 nicht, den Beschwerdeführenden das fragliche Schreiben der Beschwerdegegnerschaft nicht zugestellt zu haben. Eine Zustellung ist aus den Vorakten denn auch nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführenden erhielten damit im vorinstanzlichen Verfahren nicht von jedem eingereichten Aktenstück Kenntnis und konnten sich entsprechend auch nicht zu allen Eingaben äussern. Die Vorinstanz verletzte damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden. d) Der Anspruch auf rechtliches

Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.<sup>9</sup> Die Voraussetzungen für eine Heilung des rechtlichen Gehörs sind vorliegend erfüllt: Die BVD kann das Bauvorhaben frei prüfen (Art. 40 Abs. 3 BauG). Mit Verfügung vom 15. Januar 2020 stellte das Rechtsamt den Beschwerdeführenden das Schreiben der Beschwerdegegnerschaft vom 22. August 2019 zu. Die Beschwerdeführenden konnten sich im Rahmen der Schlussbemerkungen dazu äussern, was sie auch taten.<sup>10</sup> Damit haben die Beschwerdeführenden ihre Parteirechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können und die Gehörsverletzung wurde geheilt. Sie ist allerdings bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.

#### **E. 7**

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

#### **E. 8**

Vgl. BGE 133 I 98 E. 4.3 ff.; BGer 5P.385/2005 vom 17. Januar 2006 E. 2

#### **E. 9**

Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, N. 9 zu Art. 108 und N.16 zu Art. 21

#### **E. 10**

Vgl. Ziff. IV der Eingabe der Beschwerdeführenden vom 14. Februar 2020

BVD 120/2019/77 5/8 3. Aufhebung des Benützungsverbots a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Stockwerkeigentümergeinschaft habe der Klimaanlage nie zugestimmt. Dies habe die Vorinstanz verkannt bzw. ignoriert. Ausserdem sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, die Klimaanlage befinde sich im «reglementarischen Sondereigentum» der Beschwerdegegnerschaft. Ein solcher Begriff existiere nicht. b) Die Organe der Baupolizei haben alle Massnahmen zu treffen, die zur Durchführung des Baugesetzes und der gestützt darauf erlassenen Vorschriften und Verfügungen erforderlich sind (Art. 45 Abs. 2 BauG). Ihnen obliegt insbesondere die Aufsicht über die Einhaltung der Bauvorschriften und der Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung sowie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bei widerrechtlicher Bauausführung oder bei nachträglicher Missachtung von Bauvorschriften, Bedingungen und Auflagen (vgl. Art. 45 Abs. 2 Bst. a und b BauG). Nicht Gegenstand eines Baupolizeiverfahrens sind dagegen allfällige Mängel einer rechtskräftigen Baubewilligung. Solche können im Baupolizeiverfahren nicht mehr geprüft werden. Dazu wäre ein Widerruf der Baubewilligung erforderlich (Art. 43 Abs. 2 BauG). Ebenfalls nicht Gegenstand eines Baupolizeiverfahrens ist die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche. c) Die fragliche Klimaanlage wurde mit Verfügung vom 22. November 2007 bewilligt. Die Baubewilligung inkl. die darin enthaltenen Nebenbestimmungen sind mangels Anfechtung rechtsbeständig geworden. Demnach muss die Klimaanlage die Grundgeräuschwerte von 45 dB(A) am Tag und 35 dB(A) in der Nacht einhalten (Ziff. 4 der Bewilligung vom 22. November 2007). Als die Baupolizeibehörde die Überschreitung des am Tag zulässigen Werts feststellte, verfügte sie am 22. März 2012 ein Benützungsverbot, das ebenfalls in

Rechtskraft erwachsen ist. In Ziff. 4 des Benützungsverbots hielt sie fest, das Benützungsverbot werde wieder aufgehoben, sobald bei der betroffenen Anlage die maximal vorgeschriebenen Grenzwerte von tags 45 dB(A) und nachts 35 dB(A) nicht mehr überschritten seien. Hierfür sei der Nachweis zu erbringen, dass diese Werte bei der Anlage eingehalten würden, in dem eine entsprechende amtliche Lärmmessung durch das AfU vorgenommen werde. Gestützt auf eine solche am 15. August 2018 durchgeführte Lärmmessung des AfU gelangte die Vorinstanz zum Schluss, die Lärmgrenzwerte würden wieder eingehalten. Sie hob daher das Benützungsverbot mit der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 11. September 2019 auf. Massgebend für die Korrektheit der streitbetroffenen Verfügung vom 11. September 2019 ist also die Frage, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung des Benützungsverbots gegeben sind. Dies ist dem Gesagten zufolge der Fall, wenn die Lärmimmissionen den Vorgaben der Bewilligung vom 22. November 2007 wieder entsprechen und damit Ziff. 4 des Benützungsverbots vom 22. März 2012 erfüllt ist. d) Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen hält die Klimaanlage unter bestimmten Voraussetzungen den am Tag zulässigen Wert von 45 dB(A) wieder ein. Dies bestreiten die Beschwerdeführenden in ihrer Beschwerde vom 14. Oktober 2019 nicht. Es kann daher auf die Ausführungen und Abklärungen der Vorinstanz abgestellt werden. Damit steht fest, dass die Grenzwertüberschreitung, die zum Benützungsverbot geführt hat, behoben worden ist und die Klimaanlage die massgebenden Lärmpegelwerte gemäss Bewilligung vom 22. November 2007 nicht mehr überschreitet. Die Beschwerdeführenden machen im Wesentlichen eine fehlende Zustimmung der Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer zur Klimaanlage geltend und bringen vor, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, die Klimaanlage befinde sich im «reglementarischen Sondereigentum» der Beschwerdegegnerschaft. Diese Rügen sind jedoch überwiegend zivilrechtlicher Natur und ändern nichts an der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen

BVD 120/2019/77 6/8 Lärmvorgaben. Sie sind daher als unbegründet abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Die Vorinstanz hat das Benützungsverbot 22. März 2012 zu Recht aufgehoben. 4. Kosten a) Die Grundsätze der Kostenverlegung sind in Art. 108 VRPG geregelt. Demnach werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'600.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV11). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass vorliegend auch ein Verfahrensmangel (Verletzung des rechtlichen Gehörs) geheilt werden musste. Es rechtfertigt sich daher, dafür einen Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 400.--, auszuscheiden.<sup>12</sup> Dieser Betrag trägt der Kanton, da der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Beschwerdeführenden haben demnach Verfahrenskosten von Fr. 1'200.-- zu bezahlen. Sie haften solidarisch für diesen Betrag. b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV13 beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis Fr. 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 KAG14). Der Anwalt der Beschwerdegegnerschaft macht ein Honorar von Fr. 4'875.--, Auslagen von Fr. 125.-- und Mehrwertsteuern geltend. Im vorliegenden Fall sind allerdings der gebotene Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache sowie die Schwierigkeit des Prozesses als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint eine Ausschöpfung des Gebührenrahmens zu rund einem Viertel und somit ein Honorar von Fr. 3'250.-- als angemessen. Die ersatzfähigen Parteikosten der Beschwerdegegnerschaft belaufen sich demnach auf Fr. 3'634.90 (Honorar Fr. 3'250.--, Auslagen Fr. 125.--, Mehrwertsteuern Fr. 259.90). Die unterliegenden Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerschaft somit Parteikosten von Fr. 3'634.90 zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den Betrag. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung darf die Heilung einer Gehörsverletzung für die Betroffenen keine Nachteile, insbesondere keine Mehrkosten aus der Beschwerdeführung vor oberer Instanz, zeitigen.<sup>15</sup> Die Vorinstanz hat daher den Beschwerdeführenden einen Viertel

#### **E. 11**

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

#### **E. 12**

Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 7 und 9 zu Art. 108; BVR 2004 S. 133 E. 3.1

#### **E. 13**

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

#### **E. 14**

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

#### **E. 15**

VG 2014/198 vom 6.8.2015, E. 4.3 f.

BVD 120/2019/77 7/8 ihrer Parteikosten zu ersetzen. Die Kostennote des Anwalts der Beschwerdeführenden beläuft sich auf Fr. 2'886.35 (Honorar Fr. 2'600.--, Auslagen Fr. 80.--, Mehrwertsteuer Fr. 206.35) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführenden daher einen Viertel dieser Kosten, ausmachend Fr. 721.60, zu ersetzen. III. Entscheid 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Stadt Bern vom 11. September 2019 wird bestätigt. 2. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'200.-- zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. 3. a) Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerschaft einen Parteikostenanteil von Fr. 3'634.90 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 haften solidarisch für den gesamten Betrag. b) Die Stadt Bern hat den Beschwerdeführenden einen Parteikostenanteil von Fr. 721.60 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. IV. Eröffnung - Herrn Fürsprecher E.\_\_\_\_\_, eingeschrieben - Herrn Fürsprecher H.\_\_\_\_\_, eingeschrieben - Baupolizeibehörde der Stadt Bern, Bauinspektorat,

eingeschrieben Bau- und Verkehrsdirektion Der Direktor Christoph Neuhaus Regierungsrat  
Rechtsmittelbelehrung

BVD 120/2019/77 8/8 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.