

BE_BVD 120 2020 89 vom 17. Mai 2021

Be Bvd, 2021-05-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_120_2020_89

FR: BE_BVD 120 2020 89 du 17 mai 2021

IT: BE_BVD 120 2020 89 del 17 maggio 2021

Regeste

Kosten Ersatzvornahme

Erwägungen

E. 1

Eintretensvoraussetzungen Angefochten ist die Auferlegung von Kosten für eine Ersatzvornahme im Sinne von Art. 47 BauG7, welche gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden kann. Die Beschwerdeführerinnen sind als Adressatinnen durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 2

Rechtliches Gehör a) Die Beschwerdeführerinnen bringen in ihrer Beschwerde vor, die Gemeinde lege der angefochtenen Verfügung keine detaillierte Rechnung, aus welcher die angeblichen Aufwandpositionen ersichtlich wären, sondern nur eine Rechnung mit dem Verweis auf das Gebührenreglement der Gemeinde Köniz vom 11. Dezember 1995 bei. Die Beschwerdeführerinnen könnten nicht nachvollziehen, wie sich die hohe Rechnung über CHF 2387.15 zusammensetze. b) Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG8). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt.9 c) Die Gemeinde führte im angefochtenen Entscheid aus, das Bauinspektorat habe die Rückbauten vorbereiten und mit dem beauftragten Bauleiter besprechen müssen. Die beigezogenen Metallbauarbeiter hätten sich die Zeit für die gesamten Rückbauarbeiten freihalten müssen. Gleiches gelte für die beiden Mitarbeitenden des Sicherheitsdienstes und den Bauleiter. Die Gemeinde verzichte aufgrund des Entscheids der BVD vom 18. März 2020 zu den Kosten der ersten Ersatzvornahme darauf, die Kosten des Sicherheitsdienstes bei der zweiten Ersatzvornahme geltend zu machen. Der Betrag von CHF 510.00 werde deshalb vom Gesamtbetrag abgezogen. Dem angefochtenen Entscheid legte sie einzig eine Rechnung über den Betrag von CHF 2387.15 mit dem Vermerk «13a Kosten im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes) gem. Kostenverfügung vom 26.11.2020. Gebührenreglement vom 11. Dezember 1995» bei.10 Weder dem angefochtenen Entscheid noch der beigelegten Rechnung kann damit entnommen werden, wie sich der verrechnete Betrag von CHF 2387.15 zusammensetzt. Ohne detaillierte Rechnung bzw. Ausscheidung der jeweiligen Aufwandposition ist eine sachgerechte Anfechtung des Entscheids nicht möglich. Die Gemeinde hat damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt. d) Der Anspruch auf rechtliches

Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

E. 7

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

E. 8

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

E. 9

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

E. 10

Vorakten Gemeinde pag. 59

BVD 120/2020/89 4/8 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. Nur bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung eine Heilung grundsätzlich aus.11 e) Das Rechtsamt stellte mit Verfügung vom 19. Februar 2021 den Beschwerdeführerinnen zusammen mit der Stellungnahme der Gemeinde Köniz die Vorakten pag. 53 – 58 mit den Details zum von der Gemeinde verlangten Betrag zu und gab ihnen Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Die Beschwerdeführerinnen machten mit Eingabe vom 6. April 2021 davon Gebrauch. Sie hatten damit Gelegenheit, sich zu den einzelnen Aufwandpositionen zu äussern. Da die BVD über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz verfügt (Art. 40 Abs. 3 BauG), kann die Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Sie ist aber bei der Verlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens zu berücksichtigen.12 3. Kosten für die Ersatzvornahme a) Die B._____ Gesamtleistungen AG stellte der Gemeinde am 1. März 2020 Rechnung über einen Betrag von total CHF 2897.15. Darin enthalten sind ihre eigenen Leistungen für die Bauleitung (8 Stunden à CHF 135.00, total CHF 1080.00), die Rechnung über CHF 1100.00 der Unternehmung G._____ für drei Metallbauarbeiter mit Montagefahrzeug, die Rechnung der J._____ Security AG über CHF 510.00 sowie Mehrwertsteuer von CHF 207.15 auf dem Gesamtbetrag, d.h. inklusive der Mehrwertsteuer auf dem Betrag für die J._____ Security AG.13 Mit der angefochtenen Verfügung stellte die Gemeinde den Beschwerdeführerinnen sämtliche Rechnungspositionen in Rechnung mit Ausnahme des Betrages für die J._____ Security AG. b) Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, sie hätten die Gemeinde mehrmals schriftlich (erstmalig am 24. November 2019) darüber informiert, dass das Geländer am 27. Januar 2020 (Datum der angekündigten Ersatzvornahme) nicht mehr vorhanden sein werde. Sie bringen vor, sie hätten davon ausgehen können, dass die Gemeinde kurz vor der Ersatzvornahme, nicht aber bereits drei Wochen vor dem Termin (am 7. Januar 2020), einen Mitarbeiter vorbeischickt, um sich davon zu überzeugen, dass das Geländer entfernt worden sei. Weiter stehe der Einsatz von mindestens neun Leuten in keinem Verhältnis zu den ausgeführten Arbeiten, zumal die Gemeinde bereits aus der ersten Ersatzvornahme hätte wissen müssen, dass eine allfällige Demontage des Geländers und eine mögliche Entfernung der Türfallen an den Balkontüren nur einen geringen Aufwand verursachen würde. Das Geländer an der Westseite sei am Tag der Ersatzvornahme bereits vollständig durch Herrn A._____ entfernt worden. Auf der

Südseite, wo kein Grenzabstand verletzt werde, hätten die Beschwerdeführerinnen zwei Elemente des Geländers stehen lassen, in dem Glauben, diese wären nicht von der Wiederherstellung betroffen. Es hätten nur noch die Türgriffe entfernt werden müssen, dafür habe Herr A. _____ mit einem Metallbauer zusammen höchstens 5-10 Minuten gebraucht (nur vier Schrauben). Zum Lösen von einigen Schrauben seien keine Fachleute nötig gewesen. Der Einsatz von drei Metallbauarbeitern sei nicht nachvollziehbar, da die noch stehenden Geländerelemente von Herrn A. _____ selbst demontiert und vom Garagendach entfernt worden seien. Nebst einer bescheidenen Gebühr für die Gemeinde wäre der Einsatz eines Metallbauers für maximal zwei Stunden gerechtfertigt gewesen.

E. 11

BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 11

E. 12

Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21 und 39

E. 13

Vgl. Vorakten Gemeinde pag. 57

BVD 120/2020/89 5/8 In ihrer Vernehmlassung bringt die Gemeinde vor, dass sie entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht darüber in Kenntnis gesetzt worden seien, dass die verlangten Arbeiten bereits selber ausgeführt worden waren. Die schriftlichen Mitteilungen der Beschwerdeführerinnen seien in einem eigenwilligen Stil verfasst und äusserst uneindeutig formuliert gewesen. Die Formulierung «das Gelände mit Sichtschutz ist am 27. Januar 2020 nicht mehr vorhanden» sei nur eine Behauptung. Mit dieser vagen Aussage habe die Baupolizeibehörde die Vorbereitungen für die Ersatzvornahme nicht abbrechen können. Zudem habe der Bauinspektor am 7. Januar 2020 bei einer kurzen Begehung festgestellt, dass das Gelände noch angebracht war. Am Tag der Durchführung der Ersatzvornahme sei das Gelände auf der Westseite, nicht aber dasjenige auf der Südseite demontiert gewesen. Auch seien die Fenstertürelemente noch nicht wie verlangt verschlossen worden. Damit seien nicht alle verlangten Arbeiten vor dem 27. Januar 2020 ausgeführt worden. Der mit der Planung und Durchführung der Ersatzvornahme betraute Unternehmer, die von ihm beigezogenen Fachleute und die Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes hätten sich die für die Durchführung der Ersatzvornahme vorgesehene Zeit reserviert und hätten sie freihalten müssen. Da die Gemeinde vorgängig nicht ausdrücklich über die teilweise Entfernung der Geländer informiert worden sei, hätten alle aufgebauten Personen anreisen müssen, weshalb die angefallenen Ersatzvornahmekosten notwendig und angemessen seien. Die Gemeinde weist zudem darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Ersatzvornahme der Entscheid der BVD zu der ersten Ersatzvornahme¹⁴ dem Bauinspektorat noch nicht bekannt war. In Kenntnis des Entscheids habe die Gemeinde die Kosten für den Einsatz der Sicherheitsleute (J. _____ Security AG) den Beschwerdeführerinnen schliesslich nicht weiterverrechnet. c) Gemäss Art. 47 Abs. 1 BauG lässt die Baupolizeibehörde rechtskräftig verfügte Massnahmen, die der Pflichtige innerhalb der angesetzten Frist nicht oder nicht vorschriftsgemäss ausführt, auf seine Kosten durch Dritte vornehmen. Die Kosten der Ersatzvornahme gehen zu Lasten der zur Wiederherstellung verpflichteten Person, soweit sie notwendig und angemessen sind, d.h. soweit sie bei einer zweckmässigen Ausführung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im Rahmen der üblichen Preise entstehen. An die Sorgfaltspflicht der Gemeinde

bei der Auftragsvergabe an Dritte darf kein strengerer als ein durchschnittlicher Massstab angelegt werden.¹⁵ d) Vorliegend ist unbestritten, dass am Tag der Ersatzvornahme die Geländer auf der Westseite bereits abmontiert waren, nicht jedoch diejenigen auf der Südseite. Ebenso ist klar, dass die Fenstergriffe noch nicht gesichert waren. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerinnen die Ersatzvornahme noch nicht vollständig vorgenommen hatten und diese Elemente am 27. Januar 2020 entfernt werden mussten. Umstritten ist hingegen, ob die Beschwerdeführerinnen die Gemeinde über die teilweise erfolgte Ersatzvornahme ausreichend informiert hatten. In ihrem Schreiben vom 24. November 2019 an die Gemeinde führten die Beschwerdeführerinnen sinngemäss aus, dass sie das Geländer provisorisch wieder aufgestellt hätten, um die Ankerpunkte einer allfälligen von ihnen gewünschten Sonnenstore festzulegen.¹⁶ Sie teilten der Gemeinde weiter mit, das Geländer sei am 27. Januar 2020 «nicht mehr vorhanden.» Die weiteren Schreiben drehen sich primär um die hier nicht interessierenden geplanten Sonnenstoren und Pflanzentröge und die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten E-Mails lassen nicht auf eine Entfernung der Geländer schliessen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen reicht das bloss in Aussicht stellen der Entfernung des Geländers gemäss Schreiben vom 24. November 2019 nicht aus, um die geplante Ersatzvornahme abzusagen. Auch war die Gemeinde nicht verpflichtet, sich kurz vor dem Tag der

E. 14

Entscheid der BVD 120/2019/96 vom 18. März 2020

E. 15

Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 47 N. 7

E. 16

Vgl. dazu auch Art. 3 der Beschwerde

BVD 120/2020/89 6/8 Ersatzvornahme nochmals vor Ort zu begeben, um zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen die Wiederherstellung bereits vorgenommen hatten. Dies gilt umso mehr, als die Gemeinde anlässlich einer Begehung vor Ort am 7. Januar 2020 festgestellt und dokumentiert hatte, dass das Geländer noch vollständig montiert war¹⁷ und die Gemeinde bei der Ankündigung der Ersatzvornahme und mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass das Bauinspektorat sofort darüber in Kenntnis zu setzen sei, sollten die Beschwerdeführerinnen die Arbeiten selber vorgenommen haben. Folglich durfte die Gemeinde vorliegend davon ausgehen, dass die zu entfernenden Elemente nach wie vor vorhanden waren und die angekündigte Ersatzvornahme wie geplant durchgeführt werden musste. Gemäss Aktennotiz der Gemeinde über die Ersatzvornahme vom 27. Januar 2020 waren am Tag der Ersatzvornahme um 08.00 Uhr Herr A. _____, der Bauunternehmer, ein Mitarbeiter des Bauinspektorats, zwei Kantonspolizisten, zwei Mitarbeiter der J. _____ Security AG und drei Personen der Metallbauunternehmung vor Ort. Mit Hilfe des mit der Ersatzvornahme beauftragten Unternehmers bzw. dem Metallbauarbeiter habe Herrn A. _____ die Fenstergriffe abmontieren können. Der Vertreter des Bauinspektorats, der Bauunternehmer, die Mitarbeiter der Metallbauunternehmung und die Kantonspolizei seien ca. um 08.30 Uhr wieder abgereist. Die zwei Mitarbeiter des Sicherheitspersonals seien vor Ort geblieben, bis Herr A. _____ das Geländer auf der Südseite abmontiert und alle Geländerteile vom Garagendach entfernt hatte. Aus der Aktennotiz und den Ausführungen der Parteien wird

klar, dass der Aufwand vor Ort am Tag der Ersatzvornahme gering war, was die Gemeinde so jedoch nicht vorhersehen konnte. Sie musste rechtzeitig den reibungslosen Ablauf und die fachkundige Durchführung der Wiederherstellung sicherstellen und durfte dafür genügend Fachleute aufbieten. Sie ist gehalten, diese auch hinreichend zu entschädigen und dies den Beschwerdeführerinnen weiter zu verrechnen, auch wenn die Handwerker die Arbeiten nicht auftragsgemäss ausführen konnten. Dies war den Beschwerdeführerinnen spätestens seit der ersten Ersatzvornahme hinreichend bekannt. Die Gemeinde ist daher berechtigt, für den beauftragten Unternehmer und die Handwerker mehr als nur eine Entschädigung für die halbe Stunde, welche alle vor Ort waren, in Rechnung zu stellen. Nebst der notwendigen Vorbereitungszeit rechtfertigt sich auch ein Zuschlag, da sich die Betroffenen die erwartete Zeit freigehalten hatten und sich zuerst umorientieren und anderweitig Arbeit suchen mussten. Der für die drei Metallbauarbeiter und das Montagefahrzeug der Firma aus K. _____ in Rechnung gestellte Einsatz von sechs Stunden für CHF 1100.0018 reduziert den offerierten Betrag von CHF 1650.0019 um CHF 550.00 und erscheint insgesamt als gerechtfertigt. Der in Rechnung gestellte Aufwand des Bauleiters von acht Stunden à CHF 135.00 (total CHF 1080.00) setzt sich gemäss E-Mail vom 5. Juni 2020 aus folgenden Positionen zusammen: zwei Sitzungen bei der Gemeinde (2 Stunden), Unternehmer organisieren (1.5 Stunden), Besichtigung vor Ort (vorgängig) und Kontrolle ob keine Hindernisse vorhanden sind (1 Stunde), Begleitung vor Ort und Nachkontrolle, ob Demontage erfolgt ist (2 Stunden) sowie Einholen Rechnungen und Kontrolle (1.5 Stunden).²⁰ Der geltend gemachte Betrag von CHF 1080.00 entspricht dem gemäss Offerte geschätzten Aufwand.²¹ Der verrechnete Aufwand ist weitgehend unabhängig von der Dauer der Ersatzvornahme vor Ort und nachvollziehbar. Davon ausgenommen ist die Position «Einholen Rechnungen und Kontrolle» von eineinhalb Stunden. Hier erscheint ein Zeitaufwand von maximal einer halben Stunde gerechtfertigt. Die Gemeinde kann den Beschwerdeführerinnen folglich sieben Stunden à CHF 135.00 (total CHF 945.00) in Rechnung stellen. In Kenntnis des Entscheids der BVD zur ersten Ersatzvornahme²² hat die

E. 17

Vorakten Gemeinde pag. 18 ff.

E. 18

Vorakten Gemeinde pag. 55

E. 19

Vorakten Gemeinde pag. 11

E. 20

Vorakten Gemeinde pag. 58

E. 21

Vorakten Gemeinde pag. 12

E. 22

Entscheid der BVD 120/2019/96 vom 18. März 2020

BVD 120/2020/89 7/8 Gemeinde zu Recht die Kosten für die privaten Sicherheitsleute (J. _____ Security AG) den Beschwerdeführerinnen nicht weiterverrechnet, jedoch fälschlicherweise bei der Berechnung der Mehrwertsteuer den entsprechenden Betrag nicht

abgezogen, was vorliegend korrigiert wird. Zusammenfassend kann die Gemeinde den Beschwerdeführenden CHF 1100.00 für die Metallbauarbeiter, CHF 945.00 für den Bauleiter sowie die entsprechende Mehrwertsteuer von CHF 157.50 (7.7 % auf dem Betrag von CHF 2045.00), total CHF 2202.50 in Rechnung stellen. Die Beschwerde ist damit teilweise gutzuheissen. 4. Verfahrenskosten a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG23 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV24). Mit der Reduktion der Kosten von CHF 2387.15 auf CHF 2202.50 dringen die Beschwerdeführerinnen nur zu einem kleinen Teil mit ihrer Beschwerde durch. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass vorliegend auch ein Verfahrensmangel (Gehörsverletzung) geheilt werden musste. Auch nach Einsicht in die Belege, aus denen sich der Rechnungsbetrag ergibt, hielten die Beschwerdeführerinnen an ihrem Rechtsbegehren um Aufhebung der Kostenverfügung fest. b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, den Beschwerdeführerinnen drei Viertel der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Sie haben damit Verfahrenskosten im Umfang von CHF 600.00 zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag (Art. 106 VRPG). Der Gemeinde können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 200.00 trägt daher der Kanton. Die Gemeinde Köniz hat den Beschwerdeführerinnen zudem ein Viertel ihrer Parteikosten von CHF 2555.40 (Honorar: CHF 2247.50, Auslagen: CHF 125.20, Mehrwertsteuer: CHF 182.70) und damit einen Parteikostenanteil von CHF 638.85 zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

E. 23

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

E. 24

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

BVD 120/2020/89 8/8 III. Entscheid

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