

# BE\_BVD 120 2024 5 vom 1. Mai 2024

Be Bvd, 2024-05-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_bvd\\_120\\_2024\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_120_2024_5)

FR: BE\_BVD 120 2024 5 du 1 mai 2024

IT: BE\_BVD 120 2024 5 del 1 maggio 2024

## Regeste

Pflanzentröge

## Erwägungen

### E. 1

Prozessvoraussetzungen a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG<sup>10</sup> können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. b) Die Gemeinde bringt vor, es handle sich nicht um eine anfechtbare Ersatzvornahmeverfügung, sondern um eine reine Mitteilung über das Wann und Wie der (erneut nötigen) Ersatzvornahme. Nach Art. 116 Abs. 2 VRPG<sup>11</sup> kann die Vollstreckungsverfügung bereits in die Sachverfügung integriert werden, indem mit der Androhung der Ersatzvornahme in der Wiederherstellungsverfügung auch die Vollstreckungsmodalitäten (das Wann [nach unbenütztem Ablauf der gesetzten Frist] und das Wie [die im Entscheid genannten Massnahmen]) weitgehend festgelegt werden. Ist dies der Fall, bildet die nach unbenütztem Ablauf der Wiederherstellungsfrist ergehende Mitteilung an den Pflichtigen, wann genau, allenfalls mit welchen Mitteln, zur Ersatzvornahme geschritten wird, grundsätzlich keine anfechtbare Verfügung mehr.<sup>12</sup> Im vorliegenden Fall sah die Verfügung vom 26. November 2015 in Bezug auf die Ersatzvornahme der Terrasse einzig vor, dass die Baupolizeibehörde nach Ablauf der angesetzten Frist den recht- 9 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) 10 Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0) 11 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) 12 Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 47 N. 4; Ruth Herzog/Lorenz Sieber, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 116 N. 9

BVD 120/2024/5 4/8 mässigen Zustand ohne weitere Verfügung auf Kosten der Grundeigentümerschaft durch Dritte ausführen lässt, indem das Geländer und der Sichtschutz auf dem Garagendach demontiert werden (vgl. Ziffer 6). Im nun hängigen Verfahren sollen nicht Geländer und Sichtschutz, sondern Pflanzentröge entfernt werden und die damals angesetzte Frist kann infolge Zeitablaufs nicht zur Bestimmung des Zeitpunkts der heute verlangten Wiederherstellung herangezogen werden. Damit hat die Gemeinde weder das Wie noch das Wann bereits weitgehend festgelegt bzw. die Sachverfügung äussert sich in Bezug auf die Pflanzentröge nicht hinreichend über die Vollstreckungsmodalitäten. Inhaltlich handelt es sich damit um eine anfechtbare Ersatzvornahmeverfügung nach Art. 47 BauG. Die Beschwerdeführerinnen sind als Adressatinnen dieser Verfügung beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. c) Die Beschwerdeführerinnen beantragen, es sei festzustellen, dass die angefochtene

Ankündigung einer Ersatzvornahme keine Rechtswirkungen entfalten kann und demzufolge unwirksam (ungültig) ist. Damit beantragen sie sinngemäss die Feststellung der Nichtigkeit, was zulässig ist.<sup>13</sup> Auf diesen Teil der form- und fristgerecht eingereichten Beschwerde ist daher einzutreten. Mangels eines expliziten diesbezüglichen Antrages stellt sich vorliegend zudem die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen auch die Aufhebung des Entscheids beantragen. Da die Ankündigung der Ersatzvornahme inhaltlich zu bestätigen ist, kann diese Frage offen bleiben. d) Die Beschwerdeführerinnen beantragen zudem, eine allfällige Ankündigung einer Ersatzvornahme sei in Form einer Verfügung rechtsgenügend zu eröffnen, wobei ihnen vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren sei. Eventualiter sei von der Gemeinde Köniz eine neue, angemessene Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen. Im Falle der Feststellung der Nichtigkeit oder der Aufhebung eines Entscheids weist die BVD die Vorinstanz nicht im Dispositiv an, wie sie weiter vorzugehen hat. Allfällige Hinweise ergeben sich vielmehr aus der Begründung des Entscheids. Möglich sind hingegen Vollzugsanordnungen.<sup>14</sup> Ob es sich bei diesen Begehren der Beschwerdeführerinnen um zulässige Anträge handelt, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offenbleiben, da sie unbegründet sind.

## **E. 2**

Keine Nichtigkeit a) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Ankündigung hätte mittels einer Verfügung erfolgen sollen. Das Schreiben der Gemeinde sei weder als Verfügung bezeichnet noch enthalte es eine Rechtsmittelbelehrung. Das Schreiben vom 20. Februar 2024 sei daher ein «rechtliches Nichts». Die Gemeinde bringt vor, es handle sich nicht um eine anfechtbare Ersatzvornahmeverfügung, sondern um eine reine Mitteilung über das Wann und Wie der (erneut nötigen) Ersatzvornahme. 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 13 Vgl. BVR 2013 S. 536 E. 3.2; Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 85 14 Vgl. Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 10 m.w.H.

BVD 120/2024/5 5/8 verfügenden Behörde. Inhaltliche Mängel haben dagegen nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge.<sup>15</sup> c) Wie oben ausgeführt, hätte die Gemeinde eine Verfügung erlassen sollen (vgl. Ziffer I.1.b). Dass sie ihr Schreiben nicht als Verfügung betitelte und nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versah, führt vorliegend nicht zur Nichtigkeit, da es sich nicht um schwere Form- oder Eröffnungsfehler handelt.<sup>16</sup> Vielmehr liegt eine mangelhafte Eröffnung vor, aus der niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen darf (dazu unter Ziffer 3).<sup>17</sup> Die angefochtene Verfügung ist daher nicht nichtig, weitere Nichtigkeitsgründe sind auch nicht ersichtlich.

## **E. 3**

Mangelhafte Eröffnung und rechtliches Gehör a) Wie oben bereits erwähnt, gilt bezüglich der mangelhaften Eröffnung (Schreiben nicht als Verfügung betitelt und nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen), dass daraus niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen darf.<sup>18</sup> Da die Beschwerdeführerinnen rechtzeitig Beschwerde erhoben haben, haben sie keinen Rechtsnachteil erlitten und können aus der ungenügenden Eröffnung nichts für sich

ableiten.<sup>19</sup> Kostenmässig ist der Eröffnungsfehler ebenfalls nicht zu berücksichtigen, da ihnen dadurch kein unnötiger Aufwand entstanden ist.<sup>20</sup> b) Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, sie hätten sich vor der Ankündigung der Ersatzvornahme nicht äussern können (Verletzung des rechtlichen Gehörs). Die Gemeinde verweist diesbezüglich auf Art. 21 Abs. 2 Bst. e VRPG, wonach nicht einmal bei Vollstreckungsverfügungen das rechtliche Gehör gewährt werden müsse. Vor Erlass einer Sachverfügung muss die Behörde die Parteien anhören (Art. 21 Abs. 1 VRPG). Bei Vollstreckungsverfügungen ist hingegen die vorgängige Anhörung verzichtbar (Art. 21 Abs. 2 Bst. e VRPG). Dies rechtfertigt sich aufgrund der Tatsache, dass die Vollstreckungsverfügung bloss die Modalitäten der Vollstreckung festlegt, nicht aber materielle rechtliche Fragen regelt, womit ausreichend ist, dass der betroffenen Person im Erkenntnisverfahren das rechtliche Gehör zustand. Anders verhält es sich insbesondere, wenn die Vollstreckungsverfügung weitergehend in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreift als die zu vollziehende Sachverfügung und damit eine eigenständige (Sach-)Verfügung vorliegt.<sup>21</sup> Im vorliegenden Fall verfügte die Gemeinde gestützt auf die Dauerverfügung vom 26. November 2015 erneut die Ersatzvornahme (vgl. nachfolgend Ziffer 4). Sie musste daher die Beschwerdeführerinnen nicht (erneut) anhören.

#### **E. 4**

Ersatzvornahme a) Abgesehen von der Nichtigkeit der Wiederherstellungsverfügung kann gegen eine Ersatzvornahmeverfügung nur geltend gemacht werden, was nicht schon gegen die Wiederherstellungsverfügung vorgebracht werden konnte. Namentlich kann noch gerügt werden, es fehle an den Voraussetzungen für die Ersatzvornahme oder diese sei rechtswidrig, z.B. weil sie über das in der 15 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. 16 Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 89 17 Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 50, 54 und 55 18 Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 50, 54 und 55 19 Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 59 20 Vgl. Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 22; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 58 21 Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 38; Ruth Herzog/Lorenz Sieber, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 116 N. 11 f.

BVD 120/2024/5 6/8 Wiederherstellungsverfügung Angeordnete hinausgeht.<sup>22</sup> Die Voraussetzungen der Ersatzvornahme sind die Vollstreckbarkeit der Wiederherstellungsverfügung, deren Nichterfüllung durch die verpflichtete Person, die Eignung der Verfügung zur ersatzweisen Vollstreckung und die vorherige Androhung der Ersatzvornahme.<sup>23</sup> b) Die Beschwerdeführerinnen bestreiten einzig, dass die Wiederherstellungsverfügung auch die Blumentöpfe umfasst und machen damit geltend, die Ersatzvornahme gehe über das in der Wiederherstellungsverfügung Angeordnete hinaus bzw. bestreiten deren Nichterfüllung. Die Gemeinde bringt vor, es handle sich bei der Wiederherstellungsverfügung um eine Dauerverfügung, welche erneut vollstreckt werden könne. Dass eine Terrassennutzung auf dem Garagendach nicht zulässig sei, sei von allen Instanzen bestätigt worden. Unter Verweis auf den Entscheid BVE RA 110/2019/88 führt die Gemeinde aus, die Rechtslage habe sich auch unter dem neuen Baureglement nicht geändert. Die Wiederherstellungsverfügung ordne den Rückbau «sämtlicher

nichtbewilligter Elemente im Bereich des Garagendachs, die der Nutzung als Terrasse dienen können» sowie die Sicherung der raumhohen Fenstertürelemente, damit diese nur zu Reinigungs- zwecken geöffnet werden können, an. Unter die «sämtlichen nichtbewilligten Elemente» würden auch die nun aufgestellten Pflanzentröge fallen, zumal auch eine Nutzung des Garagendachs als reinen Pflanzengarten eine hier gerade nicht zulässige Terrassenutzung darstelle. Personen, welche die Pflanzentröge anpflanzen, dort jäten, gegebenenfalls ernten oder giessen, würden zu- dem Gefahr laufen, abzustürzen. c) Die Wiederherstellungsverfügung vom 26. November 2015 ist eine Dauerverfügung, deren Einhaltung bei unveränderter Sach- und Rechtslage keiner neuen Wiederherstellungsverfügung bedarf; gestützt auf die bestehende Verfügung kann die Wiederherstellung erneut vollstreckt werden, wenn der Zustand nach erfolgter Wiederherstellung rückgängig gemacht wird (durch bauliche Massnahmen, Ersatz entfernter Gegenstände, erneute widerrechtliche Nutzung).<sup>24</sup> Vorliegend wird weder geltend gemacht noch ist ersichtlich, dass die Sach- oder Rechtslage massgeblich geändert hätte. Die Wiederherstellungsverfügung vom 26. November 2015 kann daher grundsätzlich erneut vollstreckt werden. Im Entscheid vom 26. November 2015 ordnete die Gemeinde Köniz unter Androhung der Ersatz- vornahme den Rückbau sämtlicher nicht bewilligter Elemente im Bereich des Garagendachs an. Insbesondere seien die Geländer und der Sichtschutz im Bereich des Garagendachs zu entfernen und die raumhohen Fenstertürelemente (Wintergarten auf Garagendach) seien derart zu sichern, dass sie nur zu Reinigungszwecken geöffnet werden könnten. Wie das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid 2016.319 vom 9. März 2017 in E. 2.4 festhielt, darf das Garagendach nicht als Terrasse und damit als begehbare Fläche genutzt werden. Mit der erfolgten Anordnung verbietet die Wiederherstellungsverfügung folglich jegliche Nutzung der Fläche und insbesondere ein Betreten derselben.<sup>25</sup> Ein Betreten wäre mangels Sicherung auch gefährlich und wird durch das angeordnete Verschliessen der Fenstertürelemente verhindert. Bereits das Aufstellen der Pflanzentöpfe verstiesst damit gegen die Wiederherstellungsverfügung und die bei Pflanzen notwendige Pflege erfordert immer wieder das unzulässige Betreten der Fläche. Der jetzige Zustand mit den aufgestellten Pflanzentöpfen verstösst damit gegen die Wiederherstellungsverfügung. Da die Wiederherstellungsverfügung als Dauerverfügung direkt neu vollstreckt werden kann, ist entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerinnen keine neue Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustands zu setzen. <sup>22</sup> Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 49 N. 4 Lemma 4 <sup>23</sup> Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 47 N. 3, vgl. auch VGE 2015.7 vom 14.08.2015, E. 2.1 <sup>24</sup> VGE 2020.243 vom 12.10.2021, E. 3; <sup>25</sup> Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 8 <sup>25</sup> Vgl. dazu auch BGer 1C\_673/2013 vom 7. März 2014 E. 5.5

BVD 120/2024/5 7/8 stands anzusetzen. Demzufolge erweist sich die von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Beschwerde als unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann, und ist abzuweisen. Da auch die übrigen Voraussetzungen der Ersatzvornahme vorliegen, ist die von der Gemeinde angeordnete Ersatzvornahme zu bestätigen. d) Der in der angefochtenen Verfügung angesetzte Termin für die Ersatzvornahme ist aufgrund des vorliegenden Verfahrens mittlerweile verstrichen. Die Gemeinde muss daher den Zeitpunkt für die Ersatzvornahme neu festlegen. Die Gemeinde wird daher aufgefordert, den Beschwerdeführerinnen den genauen Zeitpunkt der Ersatzvornahme mitzuteilen. Diese Mitteilung der Gemeinde ist nicht mehr anfechtbar.

## E. 5

Kosten a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschal- gebühr von CHF 1200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV26). Die Beschwerde- führerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag (Art. 106 VRPG). b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG). III. Entscheid 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Anordnung der Ersatzvornahme der Gemeinde Köniz vom 20. Februar 2024 wird bestätigt. 2. Die Gemeinde Köniz wird aufgefordert, den Zeitpunkt für die Ersatzvornahme neu festzule- gen und den Beschwerdeführerinnen mitzuteilen. 3. Die Verfahrenskosten von CHF 1200.– werden den Beschwerdeführerinnen zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine se- parate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. 4. Es werden keine Parteikosten gesprochen. 26 Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

BVD 120/2024/5 8/8 IV. Eröffnung - Frau C.\_\_\_\_\_, eingeschrieben - Frau D.\_\_\_\_\_, eingeschrieben - Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, eingeschrieben Bau- und Verkehrsdirektion Der Direktor Christoph Neuhaus Regierungsrat Rechtsmittelbelehrung Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungs- gericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Ver- waltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen An- trag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift ent- halten; 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.