

100.2019.232U
STE/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 20. April 2020

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Steinmann
Gerichtsschreiber Tschumi

A. _____ und B. _____
vertreten durch Fürsprecher ...
Beschwerdeführende

gegen

Einwohnergemeinde Aarwangen
Bauverwaltung, Langenthalstrasse 4, Postfach 72, 4912 Aarwangen
Beschwerdegegnerin

und

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend Baupolizei; Ersatzvornahme (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und
Energiedirektion des Kantons Bern vom 7. Juni 2019; RA Nr. 120/2019/20)



Sachverhalt:

A.

A._____ und B._____ haben im Sommer 2015 an der Nordwestgrenze ihres Grundstücks Aarwangen Gbbl. Nr. 1_____ eine aus drei Elementen bestehende Sichtschutzwand erstellt. Auf eine Anzeige aus der Nachbarschaft hin nahm die Einwohnergemeinde (EG) Aarwangen am 26. Oktober 2015 eine Ortsbesichtigung vor. Dabei stellte sie fest, dass die Elemente insgesamt 4,7 m lang und aufgrund von Terrainveränderungen teilweise über 2 m hoch seien. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 forderte sie A._____ und B._____ auf, die Sichtschutzwand bis zum 11. September 2017 auf eine maximale Gesamtlänge von 4 m zu kürzen; die sichtbare Höhe dürfe 2 m nicht überschreiten. Diese Verfügung blieb unangefochten und von der Möglichkeit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, machten A._____ und B._____ keinen Gebrauch. Nach einer Baukontrolle stellte die EG Aarwangen mit Schreiben vom 12. April 2018 fest, dass ein Teil der Sichtschutzwand (Schilfwand Nr. 2) eine sichtbare Höhe von 2,45 m aufweise, und forderte A._____ und B._____ auf, diesen bis 23. April 2018 auf das zulässige Mass von 2 m (gemessen ab bestehendem Terrain) zu kürzen. Am 31. Januar 2019 verfügte die EG Aarwangen schliesslich, sie werde die Ersatzvornahme am 7. März 2019 ausführen, d.h. die Schilfwand Nr. 2 um 45 cm kürzen lassen.

B.

Dagegen erhoben A._____ und B._____ am 1. März 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE; heute: Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern [BVD]). Mit Entscheid vom 7. Juni 2019 wies die BVE die Beschwerde ab.

C.

Gegen diesen Entscheid haben A._____ und B._____ am 10. Juli 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, der Entscheid der BVE vom 7. Juni 2019 sei aufzuheben.

Die EG Aarwangen und die BVE beantragen mit Beschwerdeantwort vom 13. August 2019 bzw. Vernehmlassung vom 24. Juli 2019, die Beschwerde sei abzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht beurteilt als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen (Art. 74 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in der Hauptsache zulässig, so ist sie es auch gegen die Vollstreckungsverfügung (vgl. Art. 75 Bst. e VRPG im Umkehrschluss sowie Art. 116 Abs. 3 VRPG). Hauptsache war vorliegend die Wiederherstellungsverfügung der EG Aarwangen vom 12. Juli 2017 (vgl. vorne Bst. A). Dagegen wäre die Verwaltungsgerichtsbeschwerde möglich gewesen. Sie ist es somit auch gegen die dem vorliegenden Verfahren zugrundeliegende Vollstreckungsverfügung (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

2.1 Die Vollstreckung einer rechtskräftigen Verfügung erfolgt grundsätzlich in drei Schritten: Sachverfügung mit Fristansetzung zur Erfüllung unter Androhung der Zwangsvollstreckung, Ersatzvornahme- bzw. Vollstreckungsverfügung nach unbenütztem Fristablauf mit Ankündigung der konkreten Zwangsvollstreckung sowie faktische Durchführung der Zwangsvollstreckung (Art. 116 VRPG, Art. 46 Abs. 2 und Art. 47 BauG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 116 N. 1 ff.; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 5. Aufl. 2019, Art. 47 N. 4). Im Vollstreckungsstadium kann die zugrunde liegende Sachverfügung grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden. Vorbehalten bleiben – hier weder geltend gemachte noch ersichtliche (vgl. E. 3.5) – Nichtigkeitsgründe. Im Übrigen kann gegen die Ersatzvornahmeverfügung nur eingewendet werden, was nicht bereits gegen die Wiederherstellungsverfügung vorgebracht werden konnte. Insbesondere könnte noch gerügt werden, es fehle an den Voraussetzungen für die Ersatzvornahme oder diese sei rechtswidrig, z.B. weil sie über das in der Wiederherstellungsverfügung Angeordnete hinausgeht. 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 (VGE 2017/175 vom 23.2.2018 E. 2.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 49 N. 4).

2.2 Die Beschwerdeführenden haben weder die Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 angefochten noch ein nachträgliches Baugesuch eingereicht. Die Wiederherstellungsverfügung ist daher rechtskräftig und grundsätzlich vollstreckbar.

3.

3.1 Die Beschwerdeführenden machen geltend, in den Erwägungen der Wiederherstellungsverfügung habe die Gemeinde die Frage nach der zulässigen Höhe des Sichtschutzes und der korrekten Messweise ausdrück-

lich offen gelassen. Folglich sei nicht festgestellt worden, dass die Schilfwand zu hoch sei, sondern bloss, dass sie die sichtbare Höhe von 2 m nicht überschreiten dürfe. Da die Verfügung sich auch nicht dazu äussere, «von wo aus diese einzuhaltende Höhe zu messen ist», sei konsequenterweise ein Zurückschneiden der Schilfwand nicht angeordnet worden. Der Vollstreckungsverfügung mangle es folglich an der erforderlichen Grundlage (Beschwerde Rz. 27 f., 34).

3.2 Umstritten ist somit vorab, ob die Wiederherstellungsverfügung die Höhe der Schilfwand zum Gegenstand hat bzw. ausreichend konkrete Anordnungen enthält, um vollstreckt zu werden. Das trifft zu, wenn sie die genaue Bezeichnung der Massnahmen enthält, welche die Pflichtigen zur Herbeiführung des rechtmässigen Zustands zu treffen haben (BVR 2004 S. 498 E. 6; VGE 2018/212 vom 10.7.2019 E. 3.1; BGer 1A.301/2000 vom 28.5.2001, in ZBI 2002 S. 354 nicht publ. E. 6d; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10, N. 13 Bst. a). Allgemein gilt, dass eine Verfügung soweit konkretisiert sein muss, dass sie unmittelbar durchgesetzt werden kann. Das heisst, das Verfügungsdispositiv muss so formuliert sein, dass für die Verfügungsadressatinnen und -adressaten sowie die verfügende Behörde gleichermassen klar und unmissverständlich ist, was zwischen ihnen genau gilt. Bleiben Zweifel über die Tragweite der im Dispositiv getroffenen Regelung, muss deren massgebender Gehalt durch Auslegung ermittelt werden. Dabei ist insbesondere auf die Begründung der Verfügung zurückzugreifen. Zudem ist miteinzubeziehen, welches Verständnis der gesetzlichen Regelung entspricht, da die Verwaltung an die Gesetzgebung gebunden und nicht zu vermuten ist, sie habe eine vom Gesetz abweichende Lösung treffen wollen. Gestützt auf den Vertrauensgrundsatz ist weiter zu berücksichtigen, wie die Adressatinnen und Adressaten die Verfügung in guten Treuen verstehen durften und mussten. Hinweise auf das richtige Verständnis können sich aus den Verfahrensakten ergeben (BVR 2016 S. 237 E. 4.1; VGE 2018/212 vom 10.7.2019 E. 3.1; BGE 131 II 13 E. 2.3; BGer 2C_950/2012 vom 8.8.2013, in ZBI 2014 S. 679 E. 4.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 4, Art. 52 N. 12 mit weiteren Hinweisen).

3.3 Ziffer 1 des Dispositivs der Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 lautet wie folgt (Akten Gemeinde [act. 3B] pag. 94):

«Herr und Frau A. _____, vgt., als Gesamteigentümer (einfache Gesellschaft) des Grundstücks Aarwangen Gbbl. Nr. 1 _____ werden hiermit aufgefordert, die auf der Parzelle Nr. 1 _____ erstellten Sichtschutzwände innerhalb einer Frist von 60 Tagen nach Erlass dieser Verfügung, d.h. bis spätestens am 11. September 2017 entsprechend den vorstehend zitierten Grundlagen anzupassen, d.h. auf eine maximale Gesamtlänge von 4 m zu reduzieren. Die sichtbare Höhe darf 2.0 m nicht überschreiten.»

Diese Anordnung betrifft offensichtlich nicht nur die Länge, sondern auch die Höhe des Sichtschutzes. Entgegen ihrem aktuellen Standpunkt haben die Beschwerdeführenden das auch so verstanden. Am 11. September 2017, dem letzten Tag der Frist für ein nachträgliches Baugesuch, stellte ihr Rechtsvertreter bei der Gemeinde ein Sistierungsgesuch und führte u.a. aus: «Meine Mandanten werden verpflichtet, bis am 11. September 2017 die erstellten Sichtschutzwände anzupassen (maximale Gesamtlänge von 4 m und maximale sichtbare Höhe von 2 m) bzw. bis am 11. September 2017 ein Baugesuch einzureichen. Sie haben die Verfügung akzeptiert» (Akten Gemeinde pag. 96). Wohl trifft zu, dass die Gemeinde in der Wiederherstellungsverfügung unter dem Titel «Feststellungen» ausführte, die Baubewilligungspflicht ergebe sich schon aus der Länge der Sichtschutzwände und die Frage nach der Höhe und korrekten Messweise des massgebenden Terrains könne an dieser Stelle offen gelassen werden (Akten Gemeinde pag. 94). Unter dem Titel «Sachverhalt» hat sie aber auch festgehalten: «Die Durchführung eines erneuten Augenscheins ist nach Ansicht der Baukommission Aarwangen für den Erlass dieser Verfügung nicht erforderlich. Es wurde bereits mehrmals festgestellt, dass die bestehende Sichtschutzwand zu hoch und zu lang ist» (Akten Gemeinde pag. 93). «Die [von den Anzeigenden] beantragte Reduktion des Sichtschutzes ist in der nachfolgenden Verfügung enthalten» (Akten Gemeinde pag. 94). Die Anzeigenden hatten nebst der Länge stets auch die Höhe der Sichtschutzwand beanstandet (Eingaben vom 17. August 2015, 24. März 2016, 17. März 2017, Akten Gemeinde pag. 74, 76, 84). Die Feststellung, dass die Schilfwand zu hoch ist, und die Anordnung, dass sie auf 2 m gekürzt werden muss, sind folglich für die Beschwerdeführenden erkennbar Gegenstand der Wiederherstellungsverfügung.

3.4 Weiter machen die Beschwerdeführenden sinngemäss geltend, die Wiederherstellungsverfügung sei unklar und deshalb nicht vollstreckbar. Denn sie hätten in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die sichtbare Höhe vom aufgeschütteten, höher liegenden Grundstück der Anzeigenden aus zu messen sei. Nach dieser Messweise sei die Sichtschutzwand weniger als 2 m hoch, weshalb keine Verpflichtung zur Reduktion mehr bestehe (Beschwerde Rz. 6 ff.). – Das Wort «sichtbar» bedeutet gemäss Duden: «mit den Augen wahrnehmbar, erkennbar» (vgl. Duden online, abrufbar unter: <http://www.duden.de>). Wahrnehmbar ist eine Sichtschutzwand ab dem Punkt, an dem sie aus dem Boden tritt. Das gilt unabhängig vom Betrachtungswinkel. Davon sind die Beschwerdeführenden selber ausgegangen: Bevor sie die Sichtschutzelemente an der Grenze erstellten, fragte der von ihnen beauftragte Gartenbauer bei der Gemeinde an, ob eine Baubewilligung erforderlich sei. Auf den Projektskizzen gab er die Höhe der einzelnen Elemente ab Boden an («reale Höhe», «Höhe auf Grenze»; Akten Gemeinde pag. 66 f.). Die Auskunft der Gemeinde lautete, dass bis 2 m hohe und 4 m lange Sichtschutzwände grundsätzlich bewilligungsfrei seien (Akten Gemeinde pag. 69), und wies auf die entsprechende Praxishilfe des Amtes für Gemeinden und Raumordnung hin. Danach gelten als geringfügige Bauvorhaben im Sinn von Art. 1b BauG Sichtschutzwände, die bestimmte Masse nicht überschreiten – unabhängig von den Verhältnissen auf einer Nachbarparzelle (BSIG Nr. 7/725.1/1.1 betreffend baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG in der damals gültigen Fassung vom 15.1.2013, S. 6; Art. 6 Abs. 1 Bst. b des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]). Auch die bei der Baukontrolle vom 26. Oktober 2015 festgestellte Höhe erfolgte offensichtlich nach dieser Messweise und bezog sich nicht auf den vom Nachbargrundstück aus sichtbaren Teil der Sichtschutzwand (Akten Gemeinde pag. 75). Weder der Begründung noch dem Dispositiv der Wiederherstellungsverfügung lässt sich etwas Anderes entnehmen. Folglich ist die Wiederherstellungsverfügung unmissverständlich so zu verstehen, dass die Sichtschutzwand auf 2 m Höhe zu kürzen ist, gemessen ab dem Punkt, an dem sie aus dem Boden tritt. Dass die Gemeinde sich auf Diskussionen über eine andere Messweise eingelassen hat, nachdem die Wiederherstellungsverfügung bereits rechtskräftig war, ändert daran nichts (vgl. Sistierungs-

verfügung vom 27.9.2017, Schreiben vom 11.5.2018, Akten Gemeinde pag. 98 f. und 25 f.).

3.5 Die Beschwerdeführenden machen schliesslich geltend, die Androhung der Ersatzvornahme in der Wiederherstellungsverfügung nehme keinen Bezug auf die Reduktion der Höhe. Folglich fehle insoweit eine Voraussetzung für die Ersatzvornahme. – Die Ziffer 3 des Verfügungsdispositivs lautet wie folgt (Akten Gemeinde pag. 95):

«Unterbleibt der vorstehend beschriebene Rückbau der Sichtschutzwand bzw. die Reduktion auf eine maximale Länge von 4 m innerhalb der gesetzten Frist d.h. bis spätestens am 11. September 2017 und wird bis dahin kein vollständiges Baugesuch eingereicht, ist die Baukommission als Baupolizeibehörde der Einwohnergemeinde Aarwangen gehalten, aufgrund von Art. 45 und Art. 46 BauG gegen unbewilligtes Bauen einzuschreiten bzw. die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen.»

Es trifft zu, dass diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht missverständlich sind: Sie beziehen sich zwar auf den «vorstehend beschriebene[n] Rückbau», also die Reduktion von Länge und Höhe gemäss Ziffer 1 der Verfügung, nennen aber ausdrücklich nur die Reduktion der Länge. Weiter wird auf Art. 45 und 46 BauG verwiesen, statt auf Art. 47 BauG, der die Ersatzvornahme regelt, und es wird die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angedroht, statt die Ersatzvornahme. Ob damit die Ersatzvornahme für die Reduktion der Höhe gültig angedroht wurde, kann offen bleiben. Denn selbst wenn eine Wiederherstellungsverfügung keine Androhung der Ersatzvornahme enthält, ist sie deswegen weder nichtig noch ungültig. Das Fehlen der Androhung hat bloss zur Folge, dass die Wiederherstellungsverfügung nicht direkt vollstreckt werden kann. Die Ersatzvornahme ist nachträglich anzudrohen, wenn dies nicht bereits in der Sachverfügung geschehen ist (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 13; vgl. Art. 116 Abs. 1 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 116 N. 8; VGE 22962 vom 28.2.2008 E. 4.1). Das hat die Gemeinde mit der Vollstreckungsverfügung vom 31. Januar 2019 getan. Sie hat den Beschwerdeführenden eine letzte Frist gesetzt, um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands selber auszuführen, und angekündigt, dass sie bei unbenütztem Fristablauf zur Ersatzvornahme schreiten wird (Dispositiv Ziff. 1 und 5, Akten Gemeinde pag. 8 f.). Es sind folglich alle Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme erfüllt und diese ist nicht rechtswidrig.

4.

4.1 Nach dem Gesagten hält der angefochtene Entscheid der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. Das Verwaltungsgericht beurteilt solche Rechtsmittel in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'000.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführende
 - Beschwerdegegnerin
 - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.