ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2010/40 Bern, 1. Juli 2010

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.**_____
Beschwerdeführerin 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

Frau **C.**_____
Beschwerdeführerin 3

alle per Adresse Frau A._____

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Leubringen/Evilard, Bauverwaltung, Hauptstrasse 37, 2533 Leubringen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Leubringen/Evilard vom 11. März 2010 (1912/372; Einbau Lukarne)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerinnen reichten am 2. November 2009 bei der Gemeinde Leubringen/Evilard ein Baugesuch für den Einbau einer Lukarne auf der Parzelle Leubringen/Evilard Grundbuchblatt Nr. D._____ ein. Die Parzelle liegt in der Zone W2. Nach Einreichung des Baugesuches begannen die Beschwerdeführerinnen mit den Bauarbeiten. Mit Verfügung vom 30. November 2009 ordnete die Gemeinde die Einstellung der Bauarbeiten an. Mit Verfügung vom 11. März 2010 erteilte die Gemeinde den

Bauabschlag und verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme bei Nichtbefolgung an.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführerinnen am 23. März 2010 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und sinngemäss die Erteilung der Baubewilligung. Zur Begründung machen sie geltend, es sei ihnen anlässlich einer Voranfrage von der Bauverwaltung mitgeteilt worden, dass sie die Zustimmung von drei Nachbarn zu ihrem Bauvorhaben benötigten, danach sei die Erteilung einer kleinen Baubewilligung lediglich eine Formsache. Sie hätten daraufhin ein mit den Unterschriften der Nachbarn versehenes Formular der Bauverwaltung übergeben. Da sie angenommen hätten, die Baubewilligung sei eine reine Formsache, hätten sie das Fenster daraufhin montiert, um durch den Winter den Innnenausbau ausführen und die Wohnung im Frühling 2010 wieder vermieten zu können.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet[1], führte den Schriftenwechsel durch und edierte die Vorakten. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs.1 und Art. 49 Abs. 1 BauG[2]). Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerinnen,

---

[1] Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

[2] Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

deren Baugesuch abgewiesen und gegen die eine Wiederherstellungsverfügung erlassen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Besitzstandesgarantie

Die Liegenschaft der Beschwerdeführerinnen wurde den Verkaufsunterlagen zufolge, die die Beschwerdeführerinnen vor der Vorinstanz zu den Akten gegeben haben, im Jahr 1880 erstellt. Es handelt sich damit um ein Gebäude, das vor dem heute geltenden Baurecht erstellt wurde. Solche, aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen, dürfen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt werden[3]. Sie dürfen, auch wenn sie neuen Vorschriften und Plänen nicht entsprechen, als altrechtliche Bauten weiter bestehen, unterhalten und weiterhin in der bisherigen Art genutzt werden. Die Besitzstandsgarantie nach Art. 3 Abs. 2 BauG umfasst auch die Befugnis, bestehende Bauten und Anlagen zeitgemäss zu erneuern und sie, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, umzubauen und zu erweitern. Damit will das Gesetz die sinnvolle Weiterverwendung vorhandener Bausubstanz fördern[4]. Umbauten und Erweiterungen altrechtlicher Bauten sind gemäss Art. 3 Abs. 2 BauG aber nur so weit zulässig, als dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird. „Eine verstärkte Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BauG liegt vor, wenn das Interesse, das durch die verletzte Vorschrift geschützt werden soll, stärker beeinträchtigt wird (…). Eine solche stärkere Beeinträchtigung ist nicht nur gegeben, wenn die massgebende Bauvorschrift zusätzlich verletzt wird – das würde ohnehin eine Ausnahmebewilligung erfordern und bedürfte nicht der Regelung in Art. 3 BauG –, sondern auch dann, wenn das Vorhaben in seinen Auswirkungen zu einer Verschlechterung des bereits rechtswidrigen Zustandes führt.“[5] Nicht gestattet sind aus diesem Grund Dachaufbauten auf einem zu hohen Gebäude[6].

---

[3] BVR 2000 S. 170 E. 5c

[4] Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band I, Bern 2007, Art. 3 N. 1

[5] BVR 1997 S. 223 E. 7 c)cc)

[6] BVR 1983 S. 181 E. 4.e)

3. Gebäudehöhe und Dachaufbaute

a) Die Vorinstanz macht geltend, die Liegenschaft der Beschwerdeführerinnen weise auf der Südseite eine Höhe von 8.8 m auf. In der Zone W2 sei jedoch eine maximale Gebäudehöhe von 8 m zulässig. Die Liegenschaft sei damit höher als erlaubt. Das bestehende Haus habe zudem schon heute ein ausgebautes Dachgeschoss. Ein weiterer Dachausbau würde Art. 35 Abs. 2 des Gemeindebaureglements[7] verletzen.

b) Gemäss Art. 47 GBR ist in der Zone W2, in der sich die Liegenschaft der Beschwerdeführerinnen befindet, eine Gebäudehöhe von 7 m zulässig. Bei Bauten am Hang ist nach Art. 28 Abs. 2 GBR talseitig eine Mehrhöhe von 1 m gestattet. Zulässig wäre damit talseitig eine Gebäudehöhe von 8 m. Das bestehende Haus weist gemäss Plan „Coupe et Façade Sud“ 1912/372 vom März 1946, Massstab 1:80, auf der Südfassade eine Höhe von rund 8.8 m auf. Damit übersteigt es die zulässige Gebäudehöhe um rund 0.8m und widerspricht dem geltenden Baureglement.

c) Die von den Beschwerdeführerinnen erstellte Dachaufbaute verstärkt die Baurechtswidrigkeit der bestehenden Baute, weil das bestehende Gebäude die zulässige Gebäudehöhe bereits ohne diese Dachaufbaute um rund 0.8 m überschreitet. Trotz der Besitzstandsgarantie nach Art. 3 Abs. 2 BauG kann sie damit nicht bewilligt werden. Eine Dachaufbaute auf ein bestehendes Gebäude, welches die zulässige Gebäudehöhe überschreitet, könnte nur bewilligt werden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gemäss Art. 26 BauG gegeben wären. Ein Ausnahmegesuch wurde von den Beschwerdeführerinnen jedoch nicht eingereicht. Aus diesem Grund sind die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung nicht gegeben. Selbst wenn jedoch die formellen Voraussetzungen erfüllt wären, könnte eine Ausnahmebewilligung nicht erteilt werden, weil die besonderen Verhältnisse im Sinne von Art. 26 Abs. 2 BauG fehlen. Die zusätzliche Dachaufbaute dient offensichtlich der besseren Belichtung und damit der besseren Nutzungs- und Gestaltungsmöglichkeit des Dachgeschosses, das von den Beschwerdeführerinnen als separate Wohnung vermietet wird. Eine Renovation der bestehenden Mietwohnung mit dem Einbau eines zusätzlichen Fensters würde zu einem besseren Ausbaustandard der Wohnung und damit zu höheren Mieteinnahmen führen.

---

[7] Baureglement der Einwohnergemeinde Evilard vom 29. September 1998 (GBR)

Finanzielle Überlegungen und der Wunsch nach einer intensiveren, optimaleren Nutzung können jedoch eine Ausnahmebewilligung nicht begründen[8].

d) Ob die bereits bestehenden Dachaufbauten auch ohne die Anrechnung der geplanten neuen Dachaufbaute grösser sind als nach Art. 35 GBR gestattet und somit auch aus diesen Grund ein Widerspruch des bestehenden Gebäudes zum heute gültigen Baureglement besteht, lässt sich anhand der Vorakten und der vorhandenen Pläne nicht feststellen. Diese Frage kann jedoch gestützt auf vorstehende Erwägungen offen bleiben.

4. Wiederherstellung

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so setzt die Baupolizeibehörde der Grundeigentümerin oder dem Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss in jedem Fall den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Die Anordnung darf deshalb nicht weiter gehen, als es zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlich ist, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des Pflichtigen muss durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Die Wiederherstellung kann unterbleiben, wenn die Bauherrschaft in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur fraglichen Bauausführung ermächtigt, und der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt. Auch Bösgläubige haben Anspruch darauf, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit berücksichtigt wird. Sie müssen aber in Kauf nehmen, dass die Behörden ihnen gegenüber aus Gründen der Rechtsgleichheit und des Schutzes der gesetzlichen Ordnung dem Interesse an der Wiederherstellung höheres Gewicht beimessen und ihre Nachteile weniger berücksichtigen.[9]

b) Die Dachaufbaute auf dem Gebäude der Beschwerdeführerinnen widerspricht dem Gemeindebaureglement und ist damit materiell rechtswidrig. Von einer bloss geringfügigen

---

[8] BVR 1983 S. 181 E. 5.b); Peter Ludwig/Aldo Zaugg, a.a.O., Art. 26/27 N. 5a

[9] Peter Ludwig/Aldo Zaugg, a.a.O., Art. 46 N. 9c

Missachtung der Vorschriften kann nicht gesprochen werden. An der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands besteht auch aus präjudiziellen Gründen ein erhebliches öffentliches Interesse. Grundeigentümer, die sich über geltende Vorschriften und Bewilligungen hinwegsetzen, sollen nicht besser gestellt werden als diejenigen, die den vorgeschriebenen Verfahrensweg einschlagen und sich an die entsprechenden Vorschriften halten. Dementsprechend ist das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gross.

c) Zur Widerherstellung des rechtmässigen Zustandes gibt es keine mildere Massnahme als die von der Vorinstanz angeordnete Entfernung der neu gebauten Lukarne und die Rückführung des Daches in den ursprünglichen Zustand. Die angeordnete Massnahme ist damit verhältnismässig. Die Beschwerdeführerinnen können sich nicht auf ihren guten Glauben berufen. Sie haben ein Baugesuch eingereicht und vor Erteilung der Baubewilligung mit den Bauarbeiten begonnen. Wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern. Die Bauherrschaft, welche die nach den Umständen zumutbare Aufmerksamkeit und Sorgfalt vermissen lässt, verdient keinen Schutz und kann sich gegenüber einer Wiederherstellungsverfügung nicht auf ihren guten Glauben berufen[10]. Selbst wenn den Beschwerdeführerinnen auf der Bauverwaltung erklärt worden sein sollte, die Erteilung einer Baubewilligung sei nach Erhalt der Zustimmungserklärungen der Nachbarn eine reine Formsache, musste ihnen bewusst sein, dass vor Baubeginn auf jeden Fall die Erteilung der Bewilligung abgewartet werden muss. Sie gelten damit im baurechtlichen Sinn als bösgläubig. Die von der Vorinstanz verfügte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist demnach zu bestätigen.

d) Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wird den Beschwerdeführerinnen eine neue Frist von vier Monaten ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides angesetzt.

5. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine

---

[10] VGE 100.2008.23496 vom 28. April 2009, E. 4.2.2

Pauschalgebühr von Fr. 800.--. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid der Gemeinde Leubringen/Evilard vom 11. März 2010 wird bestätigt.

2. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wird den Beschwerdeführerinnen eine neue Frist von vier Monaten ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides angesetzt.

3. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden den Beschwerdeführerinnen zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A._____, mit GU
- B._____, per Adresse Frau A._____, mit GU
- C._____, per Adresse Frau A._____, mit GU
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Leubringen/Evilard, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne, zur Kenntnis, B-Post

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin