

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2014/151

Bern, 24. Juni 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____

und



Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Gals, Gemeindeverwaltung, Dorfstrasse 2, 3238 Gals

Denkmalpflege des Kantons Bern (KDP), Münstergasse 32, 3011 Bern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Gals vom 20. November 2014 (Baugesuch Nr. 03/2014; Thuya-Kunststoffzaun)

I. Sachverhalt

1. Mit Schreiben vom 22. Juli 2013 informierte die Gemeinde Gals den Beschwerdeführer, anlässlich einer Baukontrolle sei festgestellt worden, dass entlang seiner Parzellengrenze ein grüner Kunststoffzaun ohne Baubewilligung errichtet worden sei. Nach einer Besichtigung vor Ort reichte der Beschwerdeführer auf Aufforderung der Gemeinde das von dieser vorausgefüllte nachträgliche Baugesuch am 14. März 2014 ein. Im Begleitschreiben zu diesem Baugesuch bestritt der Beschwerdeführer indessen die Baubewilligungspflicht des Kunststoffzaunes. Der Kunststoffzaun befindet sich auf der Parzelle Gals Grundbuchblatt Nr. C. _____. Die Parzelle liegt in der Kernzone sowie im Ortsbildschutzperimeter. Auf derselben Parzelle befindet sich das Schloss D. _____, welches als schützenswertes K-Objekt im kantonalen Bauinventar eingetragen ist.

2. Auf Anfrage der Gemeinde gelangte das Regierungsstatthalteramt mit Schreiben vom 9. Mai 2014 zum Schluss, dass der bestehende Zaun baubewilligungspflichtig sei. Mit Entscheid vom 20. November 2014 erteilte die Gemeinde den Bauabschlag, ohne jedoch die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anzuordnen.

3. Gegen diesen Entscheid reichte der Beschwerdeführer am 15. Dezember 2014 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Dabei beantragt er die Aufhebung des Entscheids der Gemeinde und die Erteilung der Baubewilligung. Eventualiter seien die Akten mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die kantonale Denkmalpflege verwies in ihrer Stellungnahme vom 8. Januar 2015 auf ihren Fachbericht vom 14. August 2014 und führte aus, die Einfriedung passe sich farblich einigermaßen der bestehenden Haagbepflanzung an und sei als baulicher Eingriff in der Landschaft kaum wahrnehmbar und deshalb vertretbar. Die Gemeinde hielt in ihrer Stellungnahme vom 21. Januar 2015 fest, der Gemeinderat sei nach wie vor überzeugt, dass der Bauentscheid richtig sei. Die Kunststoffzäune würden den Anforderungen des Baureglements aus Sicht des Ortsbildschutzes nicht genügen.

5. Am 22. April 2015 führte das Rechtsamt im Beisein der Parteien und einer Vertretung der kantonalen Denkmalpflege einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Die Parteien erhielten danach Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen.

6. Auf die Rechtsschriften und das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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).

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die 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). Der Beschwerdeführer, dessen nachträgliches Baugesuch abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Bauabschlag beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtliches Gehör / Begründungspflicht

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz berufe sich zur Begründung des Bauabschlags nur auf einen Fachbericht der Denkmalpflege. Dieser Fachbericht sei ihm weder zugestellt worden, noch seien ihm die nicht zitierten Ziffern des besagten Fachberichts und die Begründung zu diesem Fachbericht bekannt. Damit rügt der Beschwerdeführer nicht nur eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufgrund der fehlenden Zustellung des Fachberichts, sondern sinngemäss auch eine Verletzung der Begründungspflicht.

b) Eine Verfügung muss die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe enthalten, auf die sie sich stützt (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG³). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid sachgerecht anfechten können. Deshalb muss die Behörde mindestens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Sie muss sich dabei nicht ausdrücklich mit jeder Behauptung zum Sachverhalt und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.⁴

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

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁴ BGE 134 I 83 E. 4.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 6 ff.

Der angefochtene Entscheid der Gemeinde vom 20. November 2014 hält unter Ziffer 3 "Materielles" fest, das Bauvorhaben liege in der Kernzone, das fragliche Grundstück befinde sich im Ortsbildschutzperimeter und auf dem Grundstück befinde sich ein schützenswertes K-Objekt. Im eingeholten Fachbericht der Denkmalpflege werde festgestellt, dass es sich beim Zaun um ein ortsfremdes Gestaltungsmittel handle. Unter Ziffer 5 "Entscheid" findet sich zudem der Hinweis auf Art. 44 des GBR⁵, welcher vorschreibe, dass sich die Materialien für Neu-, Um- und Nebenbauten den herkömmlichen Materialien anzupassen haben. Weiter wird ausgeführt, dass Kernzone und Ortsbild im ISOS⁶ als Dorfbild von nationaler Bedeutung aufgeführt seien und das Dorfbild neben den Gebäuden auch die Umgebungsgestaltung, Vorzonen und Begrenzungen zum öffentlichen Raum umfasse.

Der Entscheid ist sehr kurz gehalten. Zudem wird darin in irreführender Weise auf einen Fachbericht der Denkmalpflege hingewiesen, welcher das Vorhaben als ortsfremd einstufte. Dass es sich hierbei um ein elektronisches Schreiben eines Bauvertreters der Regionalgruppe Biel-Seeland des Berner Heimatschutzes vom 7. November 2014⁷ handelt und sich die kantonale Denkmalpflege im eingeholten Fachbericht vom 14. August 2014 gegenteilig äusserte, wird verschwiegen. Trotzdem lässt sich aus dem Entscheid schliessen, dass die Gemeinde den Zaun als ortsfremd einstufte und damit als nicht vereinbar mit Art. 44 GBR. Die Begründung ist knapp als genügend einzustufen, war doch der Beschwerdeführer gestützt auf die Ausführungen in der Lage, den Bauabschlag sachgerecht anzufechten. Es liegt diesbezüglich keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

c) Als grundlegende Verfahrensgarantie umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör auch das Recht der Parteien, von jedem eingereichten Aktenstück bzw. jeder Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, und zwar unabhängig davon, ob dieses Aktenstück neue Tatsachen oder Argumente enthält.⁸ Demnach sind den Parteien im Baubewilligungsverfahren etwa die Amts- und Fachberichte

⁵ Baureglement der Gemeinde Gals vom 29. Juni 2000, genehmigt vom AGR am 28. August 2000.

⁶ Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung.

⁷ Vorakten pag. 34.

⁸ BGE 133 I 100, Regeste und E. 4.3 ff.; BGer 5P.385/2005 E. 2.1 f. vom 17. Januar 2006.

zuzustellen, so dass diese Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern, sofern sie dies als erforderlich erachten.⁹

Es ist unbestritten, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer weder den Fachbericht der Denkmalpflege vom 14. August 2014 noch das elektronische Schreiben des regionalen Vertreters des Berner Heimatschutzes vom 7. November 2014 zugestellt hat. Hierzu wäre sie nach dem Gesagten verpflichtet gewesen. Damit hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt.

Eine Gehörsverletzung kann im Rechtsmittelverfahren „geheilt“ werden, sofern die obere Instanz dieselbe Überprüfungsbefugnis hat wie die verfügende Behörde, den Beschwerdeführenden daraus kein Nachteil erwächst und es sich nicht um eine besonders schwere Verletzung der Parteirechte handelt.¹⁰ Gemäss Art. 40 Abs. 3 BauG kommt der BVE als Beschwerdeinstanz die volle Überprüfungsbefugnis zu. Dem Beschwerdeführer wurden zudem mit Verfügung vom 3. Februar 2015 sowohl der Fachbericht der KDP vom 14. August 2014 als auch die Einschätzung eines Vertreters der Regionalgruppe Biel-Seeland des Berner Heimatschutzes (Mail vom 7. November 2014 an die Gemeinde) zugestellt. Er erhielt Gelegenheit, sich zu diesen Unterlagen zu äussern. Der Beschwerdeführer konnte seine Rechte im Beschwerdeverfahren damit vollumfänglich wahrnehmen; ihm ist durch den Verfahrensmangel kein materieller Nachteil entstanden. Die im Baubewilligungsverfahren begangene Gehörsverletzung ist jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹¹

3. Baubewilligungspflicht

a) Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass der Thuja-Kunststoffzaun als geringfügiges Bauvorhaben im Sinne von Art. 1b BauG zu qualifizieren sei und daher keiner Baubewilligung bedürfe. Es handle sich je nach Optik um eine Kleinbaute von höchstens 2.5 m, um einen Lärm- und Sichtschutzzaun bis 2 m bzw. um eine Einfriedung

⁹ VGE 100.2008.23254 vom 26. Februar 2009 in BVR 2009 S. 328 ff. E. 2.4; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38/39 N. 9b; Urs Eymann, Das rechtliche Gehör im erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren, KPG-Bulletin 2006 S. 47 ff.

¹⁰ BGE 129 I 129 E. 2.2.3, 126 I 68 E. 2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 16 zu Art. 21 VRPG.

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16 mit Hinweisen.

bis zu 1.2 m, womit das Bauvorhaben gestützt auf Art. 6 BewD¹² allemal nicht baubewilligungspflichtig sei.

Die Gemeinde verweist in ihrer Stellungnahme vom 21. Januar 2015 auf den im vorinstanzlichen Verfahren eingeholten Bericht des Regierungsstatthalteramts Seeland vom 9. Mai 2014 zur Frage der Baubewilligungspflicht.¹³ Darin hält das Regierungsstatthalteramt fest, dass Art. 6 Abs. 1 Bst. a, b und i BewD nicht anwendbar seien, da der bestehende Zaun die Höhe von 2 m bzw. 1.20 m überschreite und es sich weder um eine mobile Einfriedung noch um eine kurze Sichtschutzwand handle. Deshalb sei der bestehende Zaun baubewilligungspflichtig.

b) Nach Art. 1a Abs. 1 BauG sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauvorhaben, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, baubewilligungspflichtig. Keiner Baubewilligung bedürfen nach Art. 1b Abs. 1 BauG der Unterhalt von Bauten und Anlagen, für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben. Im Übrigen bestimmt das Baubewilligungsdekret die baubewilligungsfreien Bauvorhaben. Baubewilligungsfrei sind nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a BewD unbeheizte Kleinbauten mit einer Grundfläche von höchstens 10 Quadratmetern und einer Höhe von höchstens 2.5 Metern, die weder bewohnt sind noch gewerblich genutzt werden und die funktionell zu einer Hauptbaute gehören. Ebenfalls keiner Baubewilligung bedürfen kleine Nebenanlagen wie mobile Einfriedungen und kurze Sichtschutzwände bis zu 2 Metern Höhe (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD) sowie bis zu 1.20 Meter hohe Einfriedungen (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit deren Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse an der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.¹⁴

c) Am Augenschein vom 22. April 2015 stellte sich heraus, dass an zwei Standorten Kunststoffzäune stehen. Auf der nordöstlichen Seite des Eingangs befindet sich ein

¹² Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

¹³ Vorakten pag. 23.

¹⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 10.

Kunststoffzaun, der eine Höhe von 2 Meter deutlich überschreitet.¹⁵ Der Zaun, welcher entlang der Parzellengrenze auf der südwestlichen Vorderseite von den Eingangstoren verläuft, weist eine Länge von rund 40 Metern auf. An seinem östlichsten Punkt, neben der Steinkolonne beträgt die Höhe 2.3 Meter. Ab dem ersten Knick des Zaunes beträgt die Höhe ca. 1.9 Meter.¹⁶

Mit den aufgeführten Dimensionen überschreiten die beiden auf Dauer angelegten, fest im Boden verankerten Kunststoffzäune den Rahmen von baubewilligungsfreien Bauten. Der kurze Zaun auf der Nordostseite der Eingangstore weist eine Höhe von mehr als 2 m auf. Auch der Zaun auf der südwestlichen Seite der Eingangstore ist teilweise höher als 2 m. Mit einer Länge von rund 40 m kann zudem nicht mehr von einer kurzen Sichtschutzwand gesprochen werden. Damit erfüllen die Zäune die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 Bst. b und i BewD nicht. Ebenso wenig handelt es sich dabei um unbeheizte Kleinbauten im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. a BewD. Der Ansicht des Regierungsstatthalteramts folgend ist damit die Baubewilligungspflicht der erstellten Kunststoffzäune zu bejahen.

4. Baubewilligungsfähigkeit

a) Die Gemeinde erteilte dem nachträglichen Baugesuch des Beschwerdeführers mit Entscheid vom 20. November 2014 den Bauabschlag und begründete dies mit einer Verletzung von Art. 44 Abs. 4 GBR, wonach sich Materialien für Neu-, Um- und Nebenbauten den herkömmlichen Materialien anzupassen haben.

b) Der Beschwerdeführer entgegnet, Kunststoffzäune im Sinne einer synthetischen Thuya-Imitationsbepflanzung würden seit Jahrzehnten dem Herkömmlichen bzw. einer herkömmlichen Materialwahl entsprechen. Die Materialwahl sei von blossen Auge nicht ersichtlich und die Kunststoffbepflanzung werde optisch als natürliche Bepflanzung wahrgenommen. Erst durch den physischen Kontakt erkenne man, dass es sich nicht um ein Naturgewächs handle. Von der Öffentlichkeit sei die kurze Lärm- und Sichtschutzbepflanzung gar nicht wahrnehmbar, weil sich der Beschwerdeführer das Zugangsgrundstück vom Kanton Bern habe abtreten lassen.

¹⁵ Vgl. Fotodokumentation zum Augenschein vom 22. April 2015, Fotos 4 und 5.

¹⁶ Protokoll des Augenscheins vom 22. April 2015, S. 3 (Verbal).

Die Denkmalpflege des Kantons Bern (KDP) hat am 14. August 2014 einen Fachbericht abgegeben, wonach keine denkmal- und ortsbildpflegerischen Interessen betroffen sind.¹⁷ Im Beschwerdeverfahren führte sie mit Stellungnahme vom 8. Januar 2015 aus, ein Sichtschutz aus Kunststoff sei in einem ländlichen Ortschaftsperimeter zwar ein ortsfremdes Material. Vor dem Hintergrund einer Gesamtsicht der Situation sei die Einfriedung allerdings ein kaum wahrnehmbarer baulicher Eingriff in die Landschaft und deshalb vertretbar. Die Kunststoffeinfriedung sei vor eine bestehende haagähnliche Bepflanzung gestellt worden und passe sich dieser farblich einigermaßen an.

Die Gemeinde Gals schreibt in der Stellungnahme vom 21. Januar 2015, der Kunststoffzaun genüge den Anforderungen des GBR nicht. Sie habe das Baugesuch auch durch den Berner Heimatschutz beurteilen lassen. Dieser habe mit Schreiben vom 7. November 2014¹⁸ festgestellt, dass es sich um ein ortsfremdes Gestaltungsmittel handle, welches nicht einer guten Einbindung in das Landschaftsbild entspreche.

c) Bauten, Anlagen, Reklamen, Anschriften und Bemalungen dürfen Landschaften, Orts- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen (Art. 9 Abs. 1 BauG). Diese Vorschrift stellt die „ästhetische Generalklausel“ im Sinne eines allgemeinen Beeinträchtigungsverbots dar. Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn ein Bauvorhaben einen Gegensatz zur bestehenden Überbauung schafft, der erheblich stört. Die Gemeinden dürfen eigene Ästhetikvorschriften erlassen, die über die kantonalen Vorschriften hinausgehen können. Derartige Vorschriften müssen, um selbständige Bedeutung zu erlangen, konkreter gefasst sein als die Anordnungen des kantonalen Rechts, sie dürfen Letztere nicht bloss allgemein anders formulieren.¹⁹

Das Baureglement der Gemeinde Gals (GBR) enthält insbesondere folgende Bestimmungen zur Gestaltung von Bauten und Anlagen: Nach Art. 28 GBR sind Bauten und Anlagen so zu gestalten, dass zusammen mit der bestehenden Umgebung eine gute Gesamtwirkung entsteht. Die Beurteilung dieser Gesamtwirkung richtet sich nach der bestehenden Umgebung, bei Vorliegen einer genügend detaillierten Nutzungsplanung

¹⁷ Vorakten pag. 26.

¹⁸ Vorakten pag. 34.

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 9/10 N. 4 und 13; BVR 2009 S. 328 E. 5.2 mit Hinweisen.

nach der zukünftigen Umgebung. In Art. 28 Abs. 2 GBR sind Elemente aufgelistet, welche bei der Beurteilung der Gesamtwirkung zu berücksichtigen sind. Nach Art. 12 Abs. 1 GBR ist auch die Umgebung von Bauten den örtlichen Verhältnissen anzupassen. Die Grünräume sind so zu gestalten, dass sich eine gute Einordnung in die Landschaft und Siedlung ergibt. Innerhalb der Ortsbildschutzgebiete sind die Elemente der historischen und kulturell bedeutsamen Bausubstanz/Baustruktur in ihrer Gesamtheit grundsätzlich zu erhalten (Art. 51 GBR). Die Kernzone umfasst nach Art. 44 Abs. 1 GBR das Gebiet der ursprünglichen Siedlung, die in ihrem Charakter erhalten werden soll. Materialien für Neu-, Um- und Nebenbauten haben sich dem Herkömmlichen anzupassen (Art. 44 Abs. 4 GBR). Diese Bestimmungen gehen weiter als Art. 9 Abs. 1 BauG; ihnen kommt daher selbständige Bedeutung zu.

Der Gemeinde kommt bei der Anwendung dieser Rechtsnormen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Wird die Anwendung einer von der Gemeinde erlassenen Bestimmung Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens, haben die Rechtsmittelinstanzen zu prüfen, ob die von der Gemeinde geltend gemachte Auslegung rechtlich haltbar ist. Sie auferlegen sich bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen in eigenständigen kommunalen Vorschriften eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Auffassung der Gemeinde.²⁰

d) Anlässlich des Augenscheins vor Ort konnte sich das Rechtsamt der BVE einen eigenen Eindruck der Kunststoffzäune verschaffen. Der Ansicht der KDP, wonach sich der Thuja-Kunststoffzaun der davorliegenden haagähnlichen Bepflanzung farblich einigermaßen anpasse, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr hebt sich das dunklere, unnatürlich wirkende Grün dieses Zaunes deutlich von der Hecke im Vordergrund und den Bäumen im Hintergrund ab und wird – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – nicht als natürliche Bepflanzung wahrgenommen. Mit einer Thujahecke weist er kaum Gemeinsamkeiten auf. Der "Thuja-Kunststoffzaun" ist weder ein Zaun noch ein Heckenimitat, sondern vielmehr ein Kunststoffgewebe, welches als Lärm- und Sichtschutz dient. Zwar ist der Kunststoffzaun von der Strasse her und damit vom öffentlichen Raum nicht gut einsehbar, von einer guten Gesamtwirkung zusammen mit der bestehenden Umgebung des Ortsbildschutzgebietes kann trotzdem nicht gesprochen werden. Sowohl die KDP als auch der Berner Heimatschutz schliessen sich zudem der Einschätzung der

²⁰ VGE 22887 vom 21.08.2007, E. 4.3, mit Hinweisen.

Gemeinde an, wonach dieser Zaun aus Kunststoff in einem ländlichen Ortsschutzperimeter ein ortsfremdes Material darstelle. Der Vertreter der KDP bekräftigte diese Einschätzung anlässlich des Augenscheins.²¹ Dieser Ansicht kann gefolgt werden. Solche künstlich wirkenden Lärm- und Sichtschutzzäune sind sicherlich nicht geeignet, das Ortsbild des Dorfes in seinem Charakter zu erhalten. Von einer Anpassung an das Herkömmliche kann daher nicht gesprochen werden. Vor diesem Hintergrund ist die Auslegung der Gemeinde Gals, wonach der Kunststoffzaun gegen Art. 44 Abs. 4 GBR verstosse und das Material nicht in das Ortsbild passe, rechtlich vertretbar. Die Gemeinde hat zu Recht den Bauabschlag erteilt. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

5. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Im Falle des Bauabschlages entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Der Bauabschlag bedeutet nicht, dass die Wiederherstellung zwangsläufig nachfolgen muss. Es ist denkbar, dass zwar die Bewilligung verweigert, aber auf eine Wiederherstellung verzichtet wird.²²

Mit dem Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs ist die Entscheidbefugnis im Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes von der Baupolizeibehörde an die Baubewilligungsbehörde übergegangen. Diese hat deshalb auch darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Im Beschwerdeverfahren kommt diese Aufgabe der Beschwerdeinstanz zu. Diese entscheidet gemäss Art. 72 Abs. 1 VRPG grundsätzlich in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird.²³

Die Gemeinde Gals hat einen Bauabschlag erteilt, ohne gleichzeitig über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden. Sie hat auch nicht darüber

²¹ Protokoll des Augenscheins vom 22. April 2015, S. 4 unten (Votum KDP).

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 17.

²³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 3.

entschieden, ob auf eine Wiederherstellung zu verzichten ist. Im Beschwerdeverfahren obliegt es somit der BVE, diese Fragen zu beurteilen. Eine Rückweisung an die Vorinstanz ist vorliegend nicht angezeigt.

b) Der Beschwerdeführer bringt vor, es bestehe nach Ablauf von fünf Jahren seit Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit keine rechtliche Grundlage für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Die bauliche Ausführung des Zaunes sei seit 2004 für die zuständige Behörde baupolizeilich erkennbar, da dieser extern und nicht im Innern eines Gebäudes angebracht worden sei. Es bestünden keine zwingenden öffentlichen Interessen, welche eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erfordern würden.

c) Nach Art. 46 Abs. 3 BauG kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nach fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern. Erkennbar ist ein rechtswidriger Zustand, wenn er von einer Behörde bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden können und müssen.²⁴

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Kunststoffzaun im Jahr 2004 erstellt wurde. Dies wird sowohl von der Eigentümerin der Nachbarparzelle²⁵ als auch von den Gemeindevertretern²⁶ bestätigt. Seit der Erstellung des Zaunes sind damit gut zehn Jahre verstrichen. Es ist davon auszugehen, dass die Gemeinde seit mehr als fünf Jahren von diesem Zaun wusste. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, hätte die Gemeinde die Rechtswidrigkeit des auffälligen Zaunes unter Aufwendung der gebotenen Sorgfalt ab dem Zeitpunkt der Erstellung im Jahr 2004 erkennen müssen. Es sind somit mehr als fünf Jahre seit der Erkennbarkeit der Zaunerrichtung vergangen, womit eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur verlangt werden kann, wenn zwingende öffentliche Interessen dies erfordern.

d) Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist zwingend, wenn für die Öffentlichkeit untragbare Verhältnisse entstanden sind, wie etwa bei einer erheblichen

²⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 11

²⁵ Vgl. Schreiben von Frau D. _____ vom 15. März 2015, Beilage zum Schreiben des Beschwerdeführers vom 20. März 2015.

²⁶ Protokoll des Augenscheins vom 22. April 2015, S. 4 (Votum Gemeinde).

Beeinträchtigung der Umwelt, des Ortsbildes oder der Landschaft, oder einer Gefährdung von Leben, Gesundheit oder Sicherheit von Personen. Als zwingende öffentliche Interessen gelten etwa auch der Schutz der Wohnzone vor zonenwidrigen Immissionen, krasse Übernutzung sowie der Schutz der Landwirtschaftszone vor zonenwidrigen Bauten.²⁷

Zwingende öffentliche Interessen in diesem Sinne werden weder von der Gemeinde oder der KDP vorgebracht, noch sind solche erkennbar. Auch wenn sich das Material des Zaunes nicht dem Herkömmlichen anpasst und eine gute Gesamtwirkung zusammen mit der bestehenden Umgebung zu verneinen ist, kann nicht von einer erheblichen Beeinträchtigung des Ortsbildes oder der Landschaft gesprochen werden, welche für die Öffentlichkeit zu untragbaren Verhältnissen führen würde. Wie bereits ausgeführt (E. 4d) ist der Zaun von der Strasse her und damit vom öffentlichen Raum nicht gut einsehbar. Auch die KDP kam zum Schluss, dass der Kunststoffzaun nur einen geringen Eingriff in das Ortschaftsbild darstelle.²⁸ Auch andere zwingende Gründe für eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach Ablauf der Fünfjahresfrist liegen nicht vor. Auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (durch Abbruch des rechtswidrigen Kunststoffzaunes) ist daher gestützt auf Art. 46 Abs. 3 BauG zu verzichten.

6. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend hat die Gemeinde dem nachträglichen Baugesuch des Beschwerdeführers zu Recht den Bauabschlag erteilt. Der vorinstanzliche Entscheid wird daher bestätigt und die Beschwerde diesbezüglich abgewiesen. Auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist aber in teilweiser Gutheissung der Beschwerde gestützt auf Art. 46 Abs. 3 BauG zu verzichten.

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1

²⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11, BVR 2004 S. 440 E. 4.1, BVR 2001 S. 125 E. 4a.

²⁸ Protokoll des Augenscheins vom 22. April 2015, S. 5 oben (Votum KDP).

GebV²⁹). Für den Augenschein vom 22. April 2015 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von Fr. 400.00 erhoben. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit Fr. 1'200.00.

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG 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. Der Beschwerdeführer unterliegt zwar mit seinen Anträgen (Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und Erteilung der Baubewilligung, eventualiter Rückweisung an die Vorinstanz). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt hat. Zudem hat es die Gemeinde fälschlicherweise unterlassen, gleichzeitig mit dem Bauabschlag über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden. Diesbezüglich brachte der Beschwerdeführer zu Recht vor, dass die zwingenden Gründe im Sinne von Art. 46 Abs. 3 BauG nicht vorliegen würden und auf die Wiederherstellung zu verzichten sei. Es rechtfertigt sich daher, dem Beschwerdeführer die Hälfte der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 600.00, zur Bezahlung aufzuerlegen. Die Gemeinde ist nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten trägt deshalb der Kanton.

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei im oberinstanzlichen Beschwerdeverfahren die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Entsprechend den Ausführungen bei den Verfahrenskosten gilt der Beschwerdeführer zur Hälfte als obsiegend. Er hat demzufolge Anspruch auf Ersatz der Hälfte seiner Parteikosten. Die Honorarnote des Parteivertreters des Beschwerdeführers beläuft sich auf Fr. 5'859.00 (Honorar Fr. 5'000.00, Auslagen Fr. 425.00, Mehrwertsteuer Fr. 434.00) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Gemeinde Gals wird demnach verpflichtet, dem Beschwerdeführer Parteikosten in der Höhe von Fr. 2'929.50 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Gemeinde Gals ihrerseits hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 VRPG).

²⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Der Bauabschlag der Gemeinde Gals vom 20. November 2014 wird bestätigt. Insofern wird die Beschwerde abgewiesen.
2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet.
3. Die Hälfte der Verfahrenskosten von 1'200.00, ausmachend Fr. 600.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die restlichen Verfahrenskosten trägt der Kanton.
4. Die Gemeinde Gals hat dem Beschwerdeführer Parteikosten in der Höhe von Fr. 2'929.50 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Gals, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Denkmalpflege des Kantons Bern (KDP), A-Post
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION

Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin