

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2015/157

Bern, 9. August 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Herrn **B.** _____
Beschwerdeführer 2

beide vertreten durch Herrn Fürsprecher C. _____

und



Herrn **D.** _____
Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herbligen, Gemeindeverwaltung,
Bühlstrasse 3, 3671 Herbligen

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Nydegasse 11/13, 3011 Bern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herbligen vom
15. Oktober 2015 (Baugesuch Nr. 387-2012 ; Photovoltaikanlage)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner reichte am 7. Dezember 2012 bei der Gemeinde Herbligen ein Baugesuch ein für das Anbringen einer dachintegrierten Photovoltaikanlage auf Parzelle Herbligen Grundbuchblatt Nr. F._____. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone. Ohne das Baugesuch zu publizieren oder die betroffenen Nachbarn darüber zu informieren, bewilligte die Gemeinde das Bauvorhaben mit kleiner Baubewilligung vom 4. Januar 2013. Gestützt auf diese Baubewilligung wurde die Photovoltaikanlage installiert und in Betrieb genommen.

2. Mit Schreiben vom 18. Februar 2015 stellte der Regierungsrat Bern-Mittelland fest, dass die Gemeinde die Publikation des Bauvorhabens zu Unrecht unterlassen habe. Daher müsse die Publikation nachgeholt werden. Anschliessend habe die Gemeinde einen neuen Bauentscheid zu erlassen, welcher den Bauentscheid vom 4. Januar 2013 ersetze. Nachdem die Gemeinde im März 2015 das Baugesuch publiziert hatte, erhoben die Beschwerdeführer am 2. April 2015 gemeinsam Einsprache gegen das Bauvorhaben. Mit Entscheid vom 15. Oktober 2015 erteilte die Gemeinde Herbligen die Baubewilligung inklusive einer Ausnahmegewilligung. Zugleich verfügte die Gemeinde, dass dieser Entscheid die kleine Baubewilligung vom 4. Januar 2013 ersetze.

3. Dagegen reichten die Beschwerdeführer am 16. November 2015 gemeinsam Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung der Baubewilligung vom 15. Oktober 2015. Dem Bauvorhaben sei der Bauabschlag zu erteilen und es sei die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen, indem der Beschwerdegegner zu verpflichten sei, eine mit dem Gemeindebaureglement konforme Dachhaut zu erstellen.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Neben den Verfahrensbeteiligten gab es auch der Denkmalpflege des Kantons Bern (KDP) und dem Amt für Berner Wirtschaft

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)

(beco), Immissionsschutz, Gelegenheit zur Stellungnahme. Das beco hält in seiner Stellungnahme vom 24. November 2015 fest, aus der Baubeschwerde ergäben sich keine neuen Erkenntnisse, und verweist auf seinen Fachbericht vom 31. März 2015. Die KDP verzichtet mit Schreiben vom 1. Dezember 2015 auf eine Stellungnahme und verweist auf ihre eingereichten Fachberichte und Stellungnahmen. Das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) in seiner Stellungnahme vom 3. Dezember 2015 und die Gemeinde Herbligen in ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2015 beantragen die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdegegner beantragt in seiner Beschwerdeantwort vom 18. Dezember 2015, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

Im Rahmen der Instruktion gab das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, sich zur Anwendbarkeit von Art. 26a BauG² zu äussern. Zudem holte es beim Beschwerdegegner zusätzliche Unterlagen und beim Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) einen Bericht ein. Danach erhielten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, Schlussbemerkungen zum Beschwerdeverfahren einzureichen. Auf die Rechtsschriften, Berichte und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG 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). Die Beschwerdeführer, deren Einsprache abgewiesen wurde, sind als unmittelbare Nachbarn des Bauvorhabens durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

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

b) Der Beschwerdegegner bestreitet jedoch, dass die Beschwerde fristgerecht eingereicht worden sei. Ihm sei bereits im Januar 2013 eine kleine Baubewilligung für die Photovoltaikanlage erteilt worden. Im Vertrauen auf diese Bewilligung habe er die Anlage am 19. April 2013 fertiggestellt. Somit hätten die Beschwerdeführer viel früher reagieren können und müssen. Die 30-tägige Einsprachefrist bzw. die 30-tägige nachträgliche Beschwerdefrist sei daher längst verwirkt.

c) In Fällen, in denen die gebotene Bekanntmachung des Bauvorhabens unterblieben ist, läuft die Einsprachefrist nicht. Die einspracheberechtigte Person kann noch Einsprache bzw., wenn der Bauentscheid bereits gefällt ist, Beschwerde erheben, sobald sie Kenntnis vom Bauvorhaben erlangt hat. Sie muss dann aber innert 30 Tagen seit Kenntnis die erforderlichen Vorkehren treffen und sich nötigenfalls bei der Behörde nach Einzelheiten erkundigen.³

Wäre hier das Anfechtungsobjekt die kleine Baubewilligung vom 4. Januar 2013, wäre eine nachträgliche Beschwerde demnach verspätet. Anfechtungsobjekt ist jedoch ein Bauentscheid vom 15. Oktober 2015, welcher gemäss Ziff. 4.1.3 die kleine Baubewilligung vom 4. Januar 2013 ersetzt. Dieses neue Anfechtungsobjekt ist selbständig anfechtbar, zumal erstmals eine Ausnahmegewilligung erteilt wird. Mit der Beschwerde vom 16. November 2015 wurde die 30-tägige Beschwerdefrist für die Anfechtung des Bauentscheids vom 15. Oktober 2015 eingehalten. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

d) Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass das Vorgehen, welches der Gemeinde vom Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland mit Schreiben vom 18. Februar 2015 vorgegeben wurde,⁴ nicht den rechtlichen Vorgaben entspricht. Das Baugesetz sieht nicht vor, dass eine fehlerhafte, rechtskräftige Baubewilligung durch eine neue Baubewilligung ersetzt wird – für die Rücknahme einer rechtskräftigen Baubewilligung steht der Widerruf gemäss Art. 43 BauG zur Verfügung. Allerdings hat der Beschwerdegegner mit seinem Ausnahmegesuch vom 18. Mai 2015 die Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens implizit akzeptiert. Zudem hat er den neuen Bauentscheid nicht angefochten und damit akzeptiert, dass die alte Baubewilligung durch den neuen Bauentscheid ersetzt wird. Die Beschwerdeführer haben den Ersatz der alten Baubewilligung durch den neuen

³ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35-35c N. 11

⁴ Siehe Vorakten, pag. 191 f.

Bauentscheid ebenfalls nicht angefochten. Dieser Teil des Bauentscheids vom 15. Oktober 2015 ist somit nicht Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren und für die Beschwerdeinstanz daher insofern verbindlich. Aufgrund des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens (siehe die folgenden Erwägungen) besteht auch kein Anlass für eine Kassation des Verfahrens vom Amtes wegen. Eine solche Kassation würde lediglich zu unnötigem Verfahrensaufwand führen.

2. Denkmalschutz

a) Die Beschwerdeführer machen geltend, die Photovoltaikanlage raube dem Stöckli, auf dem sie montiert sei, vollumfänglich dessen Charakter und beeinträchtige deshalb das schützenswerte Baudenkmal erheblich. Dabei stehe mit Solardachziegeln eine denkmalschonende Alternative zur Verfügung, sofern dem Dach nicht selbst historische Bedeutung zukomme. Im Übrigen stünden Alternativstandorte zur Verfügung, so dass die Anlage nicht zwingend auf dem Dach eines Baudenkmals umgesetzt werden müsse. Zumal ein untergeordnetes Bauteil der Hauptdachfläche vorzuziehen sei.

b) Die Gemeinde bestreitet eine Verletzung der Denkmalschutzbestimmungen. Der Beschwerdeführer verweist darauf, dass das Bauvorhaben mit der KDP mehrfach abgesprochen worden sei. Die Auflagen der KDP seien alle umgesetzt worden und diese habe die Bauausführung als sehr sorgfältig beurteilt.

c) Die betroffene Liegenschaft ist im Bauinventar der Gemeinde Herbligen als schützenswertes Baudenkmal und Teil der Baugruppe A (Herbligen Dorf) aufgeführt. Damit handelt es sich um ein sogenanntes kantonales Objekt des Bauinventars (K-Objekt). Der Kurzbeschreibung im Bauinventar lautet wie folgt: "Stöckli von 1886. Der elegante Bau ist bis ins Detail weitgehend original erhalten. Bescheiden dimensionierte Riegkonstruktion, deren strenge Geometrie durch überaus reiches Zierwerk im Schweizer Holzstil umspielt wird. Klassizistisch gegliederte Eingangstüren aus der Bauzeit, filigranes Kellertreppengeländer aus Schmiedeisen. N-seitig ehem. Wirtschaftsräume, nachträglich ausgebaut. Vorplatz mit Sandsteinbelag. Von der Hauptstrasse zurückversetzt und, vom benachbarten Bauernhaus leicht abgewandt, nach S ausgerichtet. Schöner Obstgarten zwischen Stöckli, Bauernhaus und Hauptstrasse."

Gemäss Art. 10b BauG können Baudenkmäler nach den Bedürfnissen des heutigen Lebens und Wohnens für bisherige oder passende neue Zwecke genutzt und unter Berücksichtigung ihres Wertes verändert werden. Sie dürfen durch Veränderungen in ihrer Umgebung nicht beeinträchtigt werden. Schützenswerte Baudenkmäler dürfen nicht abgebrochen werden. Innere Bauteile, Raumstrukturen und feste Ausstattungen sind ihrer Bedeutung entsprechend zu erhalten.

d) Die KDP hat das Bauvorhaben mit Fachbericht vom 21. Dezember 2012 geprüft. Sie hat festgestellt, dass das Projekt den Richtlinien für den Bau von Anlagen erneuerbarer Energien entspreche. Daher werde die Bewilligung des Vorhabens beantragt. Für Anpassungen an den Dachrandabschlüssen müsse jedoch die KDP beigezogen werden. Mit Schreiben vom 12. Mai 2015 hat die KDP zur Einsprache der Beschwerdeführer Stellung genommen. Die geplante Anlage entspreche den Richtlinien für den Bau von Anlagen erneuerbarer Energien, die eine verlässliche Rechtssicherheit im Umgang mit solchen Anlagen zum Ziel hätten. Die Zier- und Konstruktionselemente seien entsprechend der Begehung vom 26. März 2013 sorgfältig umgesetzt worden. Ob sich eine rote oder schwarze Glasfläche besser in ein Ortsbild integriere, lasse sich nicht eindeutig beantworten. Im Fachbericht vom 21. September 2015 zum Ausnahmegesuch stellt die KDP fest, dass alle Zierbretter wie vereinbart wiederhergestellt worden seien. In der Ausführung seien alle Details sehr sorgfältig umgesetzt worden. Die KDP beantragt erneut die Bewilligung des Vorhabens.

e) Die BVE sieht keine Veranlassung, von der Einschätzung der Fachbehörde abzuweichen. Aus den Richtlinien des Regierungsrats des Kantons Bern für baubewilligungsfreie Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energien vom Januar 2015 (im Folgenden: Richtlinien) ergibt sich, dass Solaranlagen immer eine Baubewilligung brauchen, wenn sie an einem K-Objekt erstellt werden sollen, wobei in diesen Fällen die Gestaltungshinweise zu beachten sind (Ziff. 2.3.1 der Richtlinien). Daraus kann geschlossen werden, dass Photovoltaikanlagen grundsätzlich auch auf einem K-Objekt möglich sind. Gemäss diesen Gestaltungshinweisen bedeckt die Solaranlage im Idealfall die ganze Dachfläche (Ziff. 4.1 der Richtlinien): "Der Dacheinbau wirkt integrierend, die Solaranlage wird so zu einem Teil der Gebäudehülle. Mit keiner anderen Massnahme kann eine derart hohe Integrationswirkung erzielt werden." Zur Farbgebung äussert sich Ziff. 4.2 der Richtlinien wie folgt: "Farben sind Ausdruck der Funktionen und des Materials eines Bauteils. (...) Diese Abstimmung kann mit zurückhaltenden matten und eher dunklen, an

die bauliche Umgebung angepassten Farbtönen der Materialien erreicht werden. (...) Armaturen und Leitungen sollten ebenfalls farblich abgestimmt werden. Glänzende Materialien und Farben sind zu vermeiden."

Die Photovoltaikanlage des Beschwerdegegners entspricht diesen Gestaltungshinweisen. Insbesondere bedeckt sie die ganze Dachfläche und ist in einem zurückhaltenden matten und dunklen Farbton ausgeführt. Da das Dach des betroffenen Gebäudes im Bauinventar nicht speziell erwähnt wird und ihm somit für das Baudenkmal keine besondere Bedeutung zukommt, stehen die Bestimmungen des Denkmalschutzes dem Bauvorhaben nicht entgegen. Diese Rüge ist unbegründet.

3. Ortsbildschutz, Ausnahme

a) Die Beschwerdeführer machen geltend, die kommunale Ortsbildschutzbestimmung werde durch die umstrittene Anlage verletzt. Dies durch die unpassende Gestaltung der Dachhaut in unerlaubter Farbe und mit nicht bewilligungsfähigem Material: Anstelle der vorgeschriebenen roten Ziegel aus Ton werde schwarz unterlegtes Glas mit metallischen Abschlüssen verwendet. Diese Gestaltung der Photovoltaikanlage sei ortsfremd und störend. Daher seien Alternativstandorte ausserhalb der Ortsbildschutzzone zu prüfen. Mit einem Verweis auf eine kantonale Richtlinie könne die Verletzung der kommunalen Ortsbildschutzbestimmung nicht gerechtfertigt werden, diese habe weder Gesetzes- noch Verordnungsrang.

Weiter rügen die Beschwerdeführer, der Beschwerdegegner habe in seinem Ausnahmegesuch keinen Ausnahmegrund angegeben. Schon aus diesem formellen Grund müsse das Ausnahmegesuch und damit auch das Baugesuch abgewiesen werden. Im Übrigen seien auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht erfüllt. Da sich heute Photovoltaikanlagen problemlos auch in roter Farbe realisieren liessen, seien die Ortsbildschutzbestimmungen für Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energien nicht mehr unzweckmässig. Somit lasse sich damit keine Ausnahme mehr rechtfertigen. Darüber hinaus stünden der Erteilung einer Ausnahmegewilligung auch wesentliche nachbarliche Interessen entgegen. Die durchschnittliche Zellzahl in der Milchproduktion der Beschwerdeführer habe vor Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage rund 55'000 betragen. Mit der Inbetriebnahme der Anlage habe sich dieser Wert auf rund

150'000 erhöht. Parallel dazu seien auch die Tierarztkosten der Beschwerdeführer drastisch gestiegen.

b) Die Gemeinde Herbligen ist der Meinung, dass die kommunale Ortsbildschutzbestimmung nicht verletzt werde, es sei zu Recht eine Ausnahmegewilligung erteilt worden. Dabei sei das Ausnahmegesuch genügend substantiiert gewesen. Auch der Beschwerdegegner macht geltend, dass das Ausnahmegesuch als Laieneingabe genügend begründet gewesen und zu Recht bewilligt worden sei. Insbesondere könne die behauptete Erhöhung der durchschnittlichen Zellzahl nicht bewiesen werden. Gemäss KDP sei unklar, ob sich eine rote oder schwarze Glasfläche besser in das Ortsbild integriere, und gebe es für die Suche eines Alternativstandorts keine rechtliche Grundlage.

c) Gemäss Art. 27 Abs. 1 GBR⁵ sind Bauten und Anlagen derart zu gestalten, dass sie sich in das Siedlungs- und Landschaftsbild einfügen und mit der bestehenden Umgebung eine gute Gesamtwirkung ergeben. Bei der Beurteilung der Gesamtwirkung sind unter anderem die Fassaden- und Dachgestaltung mit Material- und Farbwahl zu beachten (Art. 27 Abs. 2 GBR).

Das Orts- und Strassenbild störende Dachformen und die Verwendung glänzender oder sonst wie auffälliger Bedachungsmaterialien ist untersagt (Art. 30 Abs. 1 GBR). Dachaufbauten sind zugelassen, wenn sie den Gesamteindruck des Gebäudes nicht beeinträchtigen. Sonnenkollektoren gelten nicht als Dachaufbauten (Art. 30 Abs. 4 GBR). Die Anlage von Energiekollektoren (Wärmekollektoren, Fotovoltaik) ist im Ortsbildschutzgebiet "Dorf" sowie an schützenswerten und erhaltenswerten Bauten bewilligungspflichtig. Bei einer störenden Gestaltung kann die Bewilligungsbehörde eine andere Anordnung der Kollektoren verlangen oder den Bauabschlag erteilen (Art. 30 Abs. 5 GBR).

Die Bauparzelle liegt im Perimeter des Ortsbildschutzgebiets. Gemäss Art. 50 Abs. 1 GBR (Ortsbildschutzgebiet "Dorf") soll der kulturhistorisch und gestalterisch wertvolle Dorfbereich in seinem baulichen Charakter sowie mit seinen Aussen- und Umgebungsräumen erhalten und weitergestaltet werden. Im Ortsbildschutzgebiet „Dorf“ ist die Dachhaut der Hauptdachflächen mit roten Ziegeln einzudecken (Art. 50 Abs. 4 Bst. c GBR). Mit dieser speziellen Gestaltungsvorschrift werden die allgemeinen

⁵ Baureglement der Einwohnergemeinde Herbligen vom 9. Dezember 1999

Gestaltungsvorschriften von Art. 27 und 30 GBR konkretisiert, so dass die allgemeinen Vorschriften im Anwendungsbereich der speziellen Vorschrift keine eigenständige Bedeutung mehr haben.

d) Der Beschwerdegegner hat am 18. August 2015 ein Ausnahmegesuch für das Erstellen einer Photovoltaikanlage in schwarzer Farbe anstelle von roten Dachziegeln gestellt. Diesem Gesuch wurde von der Gemeinde Herbligen entsprochen, sie hat im angefochtenen Entscheid eine Ausnahmegewilligung für das Abweichen von Art. 50 Abs. 4 Bst. c GBR erteilt. Demnach ist unbestritten, dass die Photovoltaikanlage dieser Vorschrift nicht entspricht und nur mit einer Ausnahme bewilligt werden kann.

e) Die Gemeinde Herbligen hat die Ausnahme gestützt auf den allgemeinen Ausnahmetatbestand von Art. 26 BauG erteilt. Eine solche Ausnahme kann nur erteilt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen. Es ist fraglich, ob diese Voraussetzung hier erfüllt wäre. Dies braucht jedoch nicht abschliessend geprüft zu werden. Einschlägig ist ohnehin der spezielle Ausnahmetatbestand für die Energienutzung von Art. 26a BauG. Demnach können Ausnahmen von kommunalen Gestaltungsvorschriften gewährt werden, wenn dies für die effiziente Energienutzung oder für die aktive oder passive Nutzung der Sonnenenergie erforderlich ist und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden.

Im vorliegenden Fall kann mit roten Ziegeln die Sonnenenergie nicht aktiv genutzt werden, dazu müssen Solarzellen installiert werden. Zwar mag es sein, dass sich Photovoltaikanlagen heute auch in roter Farbe realisieren lassen. Art. 50 Abs. 4 Bst. c GBR verlangt jedoch nicht bloss ein rotes Dach, sondern die Verwendung roter Ziegel. Können keine solchen verwendet werden, kann es ästhetisch besser sein, wenn dies auch klar erkennbar ist. Der Versuch, der Vorgabe von roten Ziegeln möglichst nahe zu kommen, führt nicht zwangsläufig zu einem ästhetisch besseren Ergebnis. Auch das von den Beschwerdeführern zitierte Handbuch "Energie und Baudenkmal" hält fest, dass Integration nicht Imitation und Tarnung meine, zu wörtliche Imitationen, zu direkte formal und farbliche Angleichung der Solarelemente an die Tonziegel sei nicht fruchtbar.⁶ Dies illustrieren gerade auch die von den Beschwerdeführern in der Beschwerdebeilage Nr. 5 bis 7 herangezogenen technischen Lösungen für Photovoltaikanlagen in roter Farbe. Diese

⁶ Beschwerdebeilage Nr. 4, S. 32

Lösungen könnten alle ebenfalls nur mit einer Ausnahme bewilligt werden und wären ästhetisch nicht besser als die nachgesuchte in schwarzer Farbe. Dies gilt insbesondere auch für die Solarziegel in der Beschwerdebeilage Nr. 7. Zwar ist dieser Ziegel in roter Farbe erhältlich. Das Photovolt-aiklement ist jedoch schwarz und wird auf den Ziegel montiert. Das Ergebnis ist ein rot/schwarz geflecktes Dach.⁷ Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde eine einheitliche schwarze Fläche als ästhetisch besser beurteilt und daher dafür eine Ausnahmbewilligung erteilt hat.

f) Die einzige weitere Voraussetzung von Art. 26a BauG ist, dass keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Gemäss Begründung im angefochtenen Entscheid befinden sich in der weiteren und näheren Umgebung des betroffenen Stöcklis mehrere Gebäude, welche bereits über Sonnenkollektoren oder Photovoltaikanlagen verfügen. Alle diese Anlagen hätten eine dunkelgraue bzw. schwarze Oberfläche. Da sich in der Umgebung des Bauvorhabens nebst rötlichen auch braune, graue und dunkelgraue Dacheindeckungen fänden und nicht alle Gebäude mit Ziegeln eingedeckt seien, trage die Dachlandschaft im Ortsbildschutzgebiet "Dorf" heute kein einheitliches Kleid mehr. Zudem ist die Photovoltaikanlage in schwarzer Farbe auch mit Blick auf den Denkmalschutz nicht zu beanstanden (vgl. oben Erwägung 2). Somit werden durch die Ausnahme keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt, auch die Beschwerdeführer vermögen keine solchen zu nennen.

g) Eine Ausnahme gestützt auf Art. 26a BauG verlangt dagegen weder besondere Umstände noch dass keine nachbarlichen Interessen verletzt werden. Soweit sich die Beschwerdeführer auf diese beiden Voraussetzungen von Art. 26 BauG berufen, ist dies daher unerheblich. Zudem verpflichtet Art. 26a BauG auch nicht zur Suche nach Alternativstandorten. Es müssen daher keine solchen geprüft werden. Insgesamt erweist sich diese Rüge als unbegründet. Da die Gemeinde Herbligen die Ausnahme gestützt auf Art. 26 BauG und nicht gestützt auf Art. 26a BauG erteilt hat, wird dies von Amtes wegen korrigiert.

h) Die Beschwerdeführer machen geltend, die KDP habe sich nicht substantiiert mit der Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit den einschlägigen Bestimmungen des

⁷ Vgl. die Seiten 1 und 4 der Beschwerdebeilage Nr. 7

Ortsbildschutzes auseinandergesetzt. Daher sei eine Begutachtung des Bauvorhabens durch die Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) nötig.

Es ist unbestritten, dass das Bauvorhaben nur mit einer Ausnahme von Art. 50 Abs. 4 Bst. c GBR bewilligt werden kann. Insofern könnte von der OLK lediglich die Frage geprüft werden, ob dadurch keine öffentlichen Interessen im Sinne von Art. 26a BauG beeinträchtigt werden. Dass dem nicht so ist, lässt sich jedoch auch ohne OLK-Gutachten beurteilen. Auch mit Blick auf den Ortsbildschutz ist darauf hinzuweisen, dass Integration nicht mit Imitation und Tarnung gleichgesetzt werden darf. Die KDP hat das Bauvorhaben geprüft. Da das betroffene Stöckli Teil der Baugruppe A (Herbligen Dorf) ist, musste die KDP nicht nur die Wirkungen der Photovoltaikanlage auf das Stöckli selber, sondern auch auf die Baugruppe berücksichtigen. Dabei lässt sich gemäss KDP nicht eindeutig beurteilen, ob sich eine rote oder schwarze Glasfläche besser in das Ortsbild integriert. Unter diesen Umständen konnte auf die Einholung eines OLK-Gutachtens im Beschwerdeverfahren verzichtet werden.

4. Immissionen

a) Die Beschwerdeführer rügen, eine Photovoltaikanlage erzeuge elektrische und magnetische Felder. Welche Reichweite diese Felder hätten, werde in der Stellungnahme des beco nicht erwähnt. Der Regierungsstatthalter habe entsprechende Messungen zugesichert. Indem die Vorinstanz auf diese Messungen verzichtet habe, habe sie den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt. Die Messungen würden zeigen, dass tatsächlich ein Problem mit nichtionisierender Strahlung vorliege, von der Photovoltaikanlage gingen unzulässige übermässige Emissionen aus.

b) Die Beschwerdeführer nennen in ihrer Rüge keine konkreten Bestimmungen, die durch die Photovoltaikanlage verletzt würden. Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) kommt zum Ergebnis, dass die Literaturrecherchen und eigene theoretische und messtechnische Untersuchungen gezeigt hätten, dass die Immissionen einer Photovoltaikanlage gemessen an den Immissionsgrenzwerten der NISV⁸ an den typischen Aufenthaltsorten von

⁸ Verordnung des Bundesrates vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710)

Menschen gering seien.⁹ Das beco räumt in seinem Fachbericht vom 31. März 2015 und seiner Stellungnahme vom 23. April 2015 zur Einsprache der Beschwerdeführer zwar ein, dass beim Betrieb von solchen Anlagen Emissionen entstünden. Diese würden jedoch bereits nach wenigen Metern stark abnehmen und seien daher nach ein paar Metern nicht mehr feststellbar. Weiter weist das beco darauf hin, dass diese Emissionen in der Nacht systembedingt gänzlich entfallen. Für Solaranlagen gebe es bezüglich nichtionisierender Strahlung seitens der Forschung keine Hinweise auf potenzielle Gesundheitsrisiken. Es gebe daher auch keine entsprechenden Vorschriften, insbesondere kenne die NISV keine Grenzwerte für Photovoltaikanlagen. Solche Anlagen müssten gemäss den Vorgaben der NIV¹⁰ erstellt und betrieben werden. Der Vollzug dieser Verordnung obliege dem ESTI.

Das ESTI erteilte am 11. April 2013 die Plangenehmigung für die Photovoltaikanlage.¹¹ Am 10. Juni 2013 wurde die Anlage mit "Sicherheitsnachweis Elektroinstallationen (SiNa)" gemäss NIV sowie Mess- und Prüfprotokoll PVA DC kontrolliert und abgenommen.¹² Am 13. Mai 2014 erfolgte eine Inspektion der Anlage durch das ESTI. Die dabei festgestellten Mängel wurden im Inspektionsbericht Nr. 911337 vom 11. Juni 2014 festgehalten.¹³ Mit der Behebungsanzeige vom 11. September 2014 wurden diverse Unterlagen nachgereicht.¹⁴ Nachdem das ESTI mit Schreiben vom 22. Oktober 2014 festgestellt hatte, dass nach wie vor zwei Mängel offen seien, wurde mit der Behebungsanzeige vom 27. November 2014 erneut eine korrigierte Unterlage eingereicht.¹⁵ Im Beschwerdeverfahren hat das ESTI mit Bericht vom 9. Juni 2016 bestätigt, dass damit sämtliche von ihm gerügten Mängel behoben wurden und die Photovoltaikanlage gemäss NIV ausgeführt wurde. Es seien keine weiteren Abklärungen oder Messungen für den sicheren Betrieb der Anlage notwendig. Die dem ESTI vorliegenden Mess- und Prüfprotokolle seien nach der Mängelbehebung vollständig und die Korrektheit der Messungen sei durch den unabhängigen Kontrolleur bestätigt worden.

⁹ www.bafu.admin.ch > Elektromog > Fachinformationen > Elektromog-Quellen > Photovoltaikanlagen

¹⁰ Verordnung des Bundesrates vom 7. November 2001 über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV; SR 734.27)

¹¹ Vorakten pag. 20 und Beilage Nr. 17 zum Bericht des ESTI vom 9. Juni 2016

¹² Beilagen Nr. 9 und 10 zum Bericht des ESTI vom 9. Juni 2016

¹³ Beilage Nr. 2 zum Schreiben des Beschwerdegegners vom 10. März 2016

¹⁴ Beilage Nr. 6 zum Bericht des ESTI vom 9. Juni 2016

¹⁵ Beilagen Nr. 3 und 5 zum Bericht des ESTI vom 9. Juni 2016

Die BVE sieht keinen Anlass, die Ausführungen der verschiedenen Fachbehörden in Zweifel zu ziehen. Demnach bestehen keine Anzeichen dafür, dass von der Anlage unzulässige Emissionen ausgehen. Die umstrittene Photovoltaikanlage wird korrekt betrieben, anfängliche Mängel wurden behoben. Da sich die Photovoltaikanlage in einem Abstand von mindestens 15 m zur Parzelle der Beschwerdeführer und einem Abstand von mindestens 30 m zu deren Gebäuden befindet, sind damit auch unzulässige Immissionen ausgeschlossen.

c) Auf übermässige Immissionen schliessen die Beschwerdeführer, weil die durchschnittliche Zellzahl in ihrer Milchproduktion mit der Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage von rund 55'000 auf rund 150'000 gestiegen sei. Diese Zahlen könnten mit langjährigen Messungen belegt werden. Parallel dazu seien auch die Tierarztkosten der Beschwerdeführer drastisch gestiegen.

Die Beschwerdeführer liefern jedoch weder Unterlagen zu den Zellzahlen in ihrer Milchproduktion noch Zahlen zu ihren Tierarztkosten. Dies obschon Parteieingaben greifbare Beweismittel beigelegt werden müssen (Art. 32 Abs. 3 VRPG¹⁶), worauf in der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid explizit hingewiesen wurde. Indem die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer keine greifbaren Beweismittel beigelegt haben, haben sie ihre Mitwirkungspflicht verletzt. Unter diesen Umständen ist es auch unter Berücksichtigung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 18 VRPG) nicht an der Beschwerdeinstanz, Beweise für die geltend gemachten Auswirkungen der angeblichen Immissionen zu suchen. Auf die von den Beschwerdeführern beantragte Einvernahme von sämtlichen Tierärztinnen und Tierärzte der Tierpraxis Kiesen AG als Zeugen kann daher verzichtet werden. Die Behauptungen der Beschwerdeführer hinsichtlich Zellzahl in ihrer Milchproduktion und Höhe ihrer Tierarztkosten sind nicht belegt und dementsprechend unbeachtlich. Zumal selbst mit entsprechenden Zahlen die Ursächlichkeit der Photovoltaikanlage für allfällige Schwankungen der Zellzahl in der Milchproduktion und für allfällig erhöhte Tierarztkosten noch nicht nachgewiesen wäre.

d) Da die Anlage keine Emissions- oder Immissionsgrenzwerte einhalten muss, müssen auch keine entsprechenden Messungen vorgenommen werden. Dass solche Messungen gemäss Protokoll vom 23. März 2015¹⁷ ursprünglich geplant waren, ist unerheblich. Dabei

¹⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁷ Vorakten pag. 193 f

spielt es auch keine Rolle, dass der Regierungsstatthalter Bern-Mittelland gemäss diesem Protokoll von einer Sistierung der Messungen gesprochen hat. Auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben können die Beschwerdeführer daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal nicht erkennbar ist, welche Dispositionen sie im Vertrauen auf diese Aussage des Regierungsstatthalters getroffen hätten, die sie nicht ohne Nachteil wieder rückgängig machen könnten.

5. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführer rügen eine unkorrekte Publikation der Ausnahme. Da nicht erkennbar gewesen sei, gestützt auf welche Bestimmung eine Ausnahme verlangt werde, hätten die Beschwerdeführer keine vollumfängliche Stellungnahme einreichen können. Da ihnen der geltend gemachte Ausnahmegrund nicht bekannt gewesen sei, hätten sie sich dazu nicht äussern können. Dadurch sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

b) Die Gemeinde Herbligen bestreitet, dass eine Verletzung des rechtlichen Gehörs stattgefunden habe, die nicht während dem Verfahren geheilt worden sei. Auch der Beschwerdegegner bestreitet eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die Beschwerdeführer seien immer wieder angehört worden. Zudem könne eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt werden.

c) Die Gemeinde Herbligen hat eine Ausnahme gestützt auf Art. 26 BauG erteilt. Die Beschwerdeführer haben sich im vorinstanzlichen Verfahren in ihren Eingaben vom 2. April 2015, 21. September 2015 und 9. Oktober 2015 mehrfach zu den Voraussetzungen von Art. 26 BauG geäußert und diese als nicht erfüllt betrachtet. Selbst wenn die Publikation der Ausnahme nicht korrekt gewesen wäre, hätten die Beschwerdeführer daraus somit keinen Nachteil erlitten. Unter diesen Umständen liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren vor.

d) Der angefochtene Entscheid wird von der BVE von Amtes wegen korrigiert und die Ausnahme nicht gestützt auf Art. 26 BauG, sondern gestützt auf Art. 26a BauG erteilt. Das Rechtsamt der BVE hat mit Verfügung vom 24. Februar 2016 den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. Damit wurde das rechtliche Gehör auch im Beschwerdeverfahren gewahrt.

e) Die Beschwerde erweist sich demzufolge in allen Punkten als unbegründet. Sie wird deshalb abgewiesen und die angefochtene Baubewilligung mit Ausnahme der Korrektur von Amtes wegen bestätigt. Da das Bauvorhaben bewilligt werden kann, erübrigt sich die Prüfung einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

6. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.-- bis Fr. 4'000.-- je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV¹⁸). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale auf Fr. 1'600.-- festgelegt.

Die Verfahrenskosten werden 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 (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführer als unterliegende Partei und sie werden daher grundsätzlich kostenpflichtig.

Zu prüfen ist jedoch, ob im Kostenpunkt zu berücksichtigen ist, dass der angefochtene Entscheid von Amtes wegen korrigiert wird. Anders als bei Art. 28 BauG handelt es sich jedoch sowohl bei Art. 26 als auch bei Art. 26a BauG um vollwertige Ausnahmen, die nicht unter einem Widerrufsvorbehalt stehen. Somit ist eine Ausnahme gemäss Art. 26a BauG nicht weniger wert als eine Ausnahme gemäss Art. 26 BauG. Zudem erachten die Beschwerdeführer in ihren Stellungnahmen vom 4. April und 26. Juli 2016 auch die Voraussetzungen von Art. 26a BauG als nicht erfüllt. Es ist daher davon auszugehen, dass

¹⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

die Beschwerdeführer auch dann Beschwerde erhoben hätten, wenn bereits die Vorinstanz eine Ausnahme gestützt auf Art. 26a BauG erteilt hätte, zumal die Beschwerdeführer weitere Rügen vorgebracht haben, die sich allesamt als unbegründet erwiesen haben. Somit ist die Korrektur von Amtes wegen im Kostenpunkt nicht zu berücksichtigen. Der geringfügige Mehraufwand, der den Beschwerdeführern entstanden ist, vermag daran nichts zu ändern. Demnach haben die Beschwerdeführer die gesamten Verfahrenskosten von Fr. 1'600.-- zu tragen.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben demnach die unterliegenden Beschwerdeführer dem obsiegenden Beschwerdegegner dessen Parteikosten zu ersetzen.

Die Kostennote des Parteianwalts des Beschwerdegegners beläuft sich auf Fr. 5'373.-- und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdeführer haben dem Beschwerdegegner daher die Parteikosten in der Höhe von Fr. 5'373.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Ziffer 4.1.2 des Bauentscheids der Gemeinde Herbligen vom 15. Oktober 2015 wird von Amtes wegen wie folgt geändert:

Die Ausnahmegewilligung für das Erstellen einer Photovoltaikanlage anstelle roter Dachziegel nach Art. 50 Abs. 4 lit. c GBR wird i.V. mit Art. 26a BauG erteilt.

Im Übrigen wird der Bauentscheid bestätigt.

3. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.-- werden den Beschwerdeführern zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführer haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine

separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Die Beschwerdeführer haben dem Beschwerdegegner die Parteikosten in der Höhe von Fr. 5'373.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdeführer haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt E._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herbligen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR)
- Denkmalpflege des Kantons Bern (KDP), Münstergasse 32, 3011 Bern, zur Kenntnis
- Amt für Berner Wirtschaft (beco), Immissionsschutz, Laupenstrasse 22, 3011 Bern, zur Kenntnis
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, zur Kenntnis
- Eidgenössisches Starkstrominspektorat (ESTI), Herrn Rudolf Schmid, Luppmenstrasse 1, 8320 Fehraltorf, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin