

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2015/54

Bern, 14. Dezember 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher C. _____



und

— Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ostermundigen, Abteilung Hochbau, Bernstrasse 65 D, Postfach 101, 3072 Ostermundigen 1

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ostermundigen vom 24. März 2015 (BK-Nr. 363/2014-065; Sanierung und Erweiterung Sitzplatz und Poolbereich)

I. Sachverhalt

1. Den Beschwerdeführenden wurde mit Bauentscheid vom 3. November 2003 die Erstellung eines ebenerdig verlegten Schwimmbeckens auf Parzelle Ostermundigen Grundbuchblatt Nr. D. _____ bewilligt. Im Rahmen der Bauausführung im August 2004 kam eine vorher nicht bekannte unterirdische Leitung zum Vorschein. Infolgedessen wurde eine von der Baubewilligung nicht umfasste Terrainaufschüttung vorgenommen und eine Pool-Terrasse von 1,20 m Höhe erstellt. Diese war gesamthaft rund 17 m lang und verbreiterte sich zur Strasse hin bis zu einer Breite von 12,50 m. Diese Pool-Terrasse gilt

nach Angabe der Gemeinde Ostermundigen als "rechtmässig ausgeführt", obwohl die entsprechende Genehmigung in den Bauakten nicht ersichtlich ist.

2. Mit Schreiben vom 31. Juli 2014 teilte die Gemeinde Ostermundigen den Beschwerdeführenden mit, sie habe Kenntnis von erneuten Terrainveränderungen auf der Parzelle Nr. D._____ erhalten. Die Gemeinde forderte die Beschwerdeführenden auf, die Bauarbeiten (Terrainveränderungen) sofort einzustellen, und gewährte ihnen das rechtliche Gehör. Gleichzeitig wurde auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hingewiesen. Andernfalls werde eine kostenpflichtige Wiederherstellungsverfügung unter Androhung der Ersatzvornahme erlassen.

3. Die Beschwerdeführenden reichten am 5. August 2014 bei der Gemeinde ein nachträgliches Baugesuch ein für "Sanierung und Erweiterung Ter[r]assensitzplatz/Poolbereich. Defekte Mauern abreißen und neu stellen (Nord und Ost). Defekte Mauer (Süd abreißen und um ½ Meter versetzen). Pflanzsteine (West) entfernen und neue Mauer um 2 Meter versetzen und mit bestehender Hecke bepflanzen. Aufschüttung des Terrains ca. 46 m³ u. mit Gartenplatten bedecken". Mit Schreiben vom 15. August 2014 teilte die Gemeinde Ostermundigen den Beschwerdeführenden mit, dass das Baugesuch mit vermassten Grundriss- und Schnittplänen zu ergänzen sei. Diese wurden am 19. August 2014 eingereicht. Die Parzelle Nr. D._____ liegt in der Wohnzone 1 (W1) und im Siedlungsschutzgebiet.

4. Da es sich um ein kleines Bauvorhaben handelte, verzichtete die Gemeinde auf eine Publikation und informierte die Nachbarschaft über das bereits weitgehend fertiggestellte Bauvorhaben. In der Mitteilung an die Nachbarn wurde darauf hingewiesen, dass eine Ausnahme beantragt werde für das Bauen in der Bauverbotszone. Gegen das Vorhaben wurde am 4. September 2014 eine Einsprache eingereicht.

5. Mit Entscheid vom 24. März 2015 erteilte die Gemeinde den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes an. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an. Zur Begründung führte sie im

Wesentlichen an, die Aufschüttung gegen den E. _____ Weg beeinträchtige die Wirkung des Strassenraumes erheblich. Es könne keine Ausnahmegewilligung für das Bauen in der Bauverbotszone gewährt werden. Die Terraingestaltung sei ortsfremd und störe den Charakter des Siedlungsschutzgebietes E. _____ Weg /F. _____ Weg /G. _____ Strasse. Die bereits vorbestehende Beeinträchtigung werde mit der zusätzlichen Geländeanpassung gemäss Baugesuch verstärkt. Die Anordnung der Wiederherstellung sei verhältnismässig.

6. Gegen diesen Entscheid reichten die Beschwerdeführenden am 23. April 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Bauentscheids vom 24. März 2015 und die Erteilung der nachträglichen Baubewilligung; eventuell sei die Sache an die Baubewilligungsbehörde zurückzuweisen.

7. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Ostermundigen beantragt mit Eingabe vom 26. Mai 2015 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des angefochtenen Entscheids. Der Einsprecher verzichtete auf eine Beteiligung am Beschwerdeverfahren.

8. Das Rechtsamt holte einen Fachbericht der kantonalen Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) ein. In ihrem Fachbericht vom 14. August 2015 hielt die OLK fest, die Pool-Terrasse auf Parzelle Nr. D. _____ entspreche nicht dem tradierten Bebauungsmuster des Quartiers. Die im Gemeindebaureglement geforderte Abstimmung auf den Charakter der Umgebung werde missachtet. Die streitige, im Jahr 2014 vorgenommene Erweiterung des Sitzplatzes und Poolbereichs zementiere dabei lediglich einen Zustand, der bereits vorher nicht dem Gemeindebaureglement entsprach. Die alleinige Wiederherstellung der letzten, im Jahr 2014 vorgenommenen Baumassnahmen oder eines Teils davon würde nicht zu einer grundsätzlichen Verbesserung führen. Ein reglementskonformer Zustand könnte nur durch die vollständige Entfernung von Terrasse

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)

und Pool wiederhergestellt werden. Die OLK verzichte daher auf einen Antrag. Die Gemeinde Ostermundigen und die Beschwerdeführenden verzichteten auf eine Stellungnahme zum Fachbericht der OLK.

9. Mit Verfügung vom 22. September 2015 gewährte das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten das rechtliche Gehör in Bezug auf die Frage, ob mit dem Bauvorhaben der vorgeschriebene Grenzabstand eingehalten wird. Die Gemeinde Ostermundigen hielt mit Stellungnahme vom 12. November 2015 an ihren Anträgen und am angefochtenen Entscheid fest, ohne sich zur Frage des Grenzabstands zu äussern. Die Beschwerdeführenden teilten mit Stellungnahme vom 16. November 2015 mit, dass sie an den Rechtsbegehren der Beschwerde festhalten. Auf ihre Ausführungen wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen können nach Art. 40 Abs. 1 BauG² und Art. 49 Abs. 1 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten des Bauabschlags und der Wiederherstellungsverfügung durch den angefochtenen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt ist der Entscheid der Gemeinde Ostermundigen vom 24. März 2015. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann

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

aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand.

b) Die Beschwerdeführenden beantragen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Erteilung der nachträglichen Baubewilligung. Sinngemäss führen sie in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2015 aus, die im Sommer 2004 realisierte Erstellung des Swimmingpools mit Terrainaufschüttung sei nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens und dürfe daher hinsichtlich der Baubewilligungspflicht und des massgebenden Grenzabstands nicht berücksichtigt werden.

c) Nach Ansicht der Gemeinde gilt die im Jahr 2004 vorgenommene Erstellung des Swimmingpools mit Terrainaufschüttung und Stützmauern als "rechtmässig ausgeführt", obwohl sie mit der entsprechenden Baubewilligung aus dem Jahr 2003 – welche eine ebenerdige Erstellung des Swimmingpools vorsah – nicht übereinstimmt. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren gehört die ursprüngliche Erstellung aus dem Jahr 2004 nicht zum Streitgegenstand, sondern einzig die bereits weitgehend ausgeführte Erweiterung gemäss Baugesuch vom 5. August 2014. Zu überprüfen ist folglich lediglich deren Rechtmässigkeit und im abschlägigen Fall die Anordnung der Wiederherstellung des Zustands, wie er vor der Erweiterung aus dem Jahr 2014 bestand.

Hinsichtlich der Frage, was für die Bewilligungspflicht des streitigen Bauvorhabens und den massgebenden Grenzabstand gilt, vgl. Ziff. 4 und 5 hiernach.

3. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden rügen, im angefochtenen Entscheid werde unzulänglich begründet, weshalb das Bauvorhaben gegen den Siedlungsschutz verstosse. Die Gemeinde verweise auf ihre Praxis, welche den Beschwerdeführenden jedoch nicht bekannt sei. Auch der Hinweis auf die "Handlungsanweisungen für die Behandlung von Bauvorhaben in den Siedlungsschutzgebieten" vom 22. Januar 2001 genüge nicht zur Begründung. Weiter fehle in den Akten das Protokoll der Sitzung der Hochbaukommission vom 18. März 2015, worin angeblich der Bauabschlag und die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands beschlossen worden sei. Den Beschwerdeführenden seien damit die Gründe für den abschlägigen Bauentscheid und die

Wiederherstellungsverfügung nicht rechtsgenügend bekannt gegeben worden. Dies verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör.

b) Eine Verfügung muss die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe enthalten, auf die sie sich stützt.³ 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

c) Die Gemeinde erwog im angefochtenen Entscheid im Zusammenhang mit dem Ausnahmegesuch (Bauen in der Bauverbotszone), mit der vom Einsprecher geltend gemachten Beeinträchtigung von dessen Liegenschaft sowie mit dem Verhältnis zur vorbestehenden Situation, dass die mit dem Bauvorhaben erreichte Terraingestaltung nicht ortsüblich sei und keine Rücksicht nehme auf die im Siedlungsschutzgebiet erforderliche Erhaltung und Ergänzung der Bauweise. Zudem wies sie auf die erwähnten Handlungsanweisungen hin.

Die Handlungsanweisungen ergänzen Art. 88 Abs. 2 GBR⁵, wonach Neu- und Umbauten auf das Bebauungsmuster und den architektonischen Charakter der Umgebung abzustimmen sind. Die Handlungsanweisungen präzisieren diese Regel für die einzelnen Gebiete im Siedlungsschutzgebiet. Sie beziehen sich auf sämtliche baulichen Massnahmen. Für das Gebiet E. _____Weg/F. _____Weg/G. _____Strasse beschreiben sie zunächst das Gebiet, die Quartierstruktur, das Bebauungsmuster und die Bautypologie. Als Schutzzweck des Siedlungsschutzgebiets nennen sie u.a. die Erhaltung der Erkennbarkeit des ursprünglichen Bebauungsmusters und der dafür massgebenden Elemente; zu letzteren zählt gemäss Ziff. 31 auch der Zusammenhang der Aussenräume zwischen den Bauzeilen. In Ziff. 52 Bst. e wird festgehalten, dass ausserhalb der Bautiefe nur baubewilligungsfreie Bauten sowie offene Unterstände zugelassen sein sollen. Die Beschwerdeführenden bestreiten nicht, dass ihnen diese Handlungsanweisungen bekannt gegeben worden waren.

³ Art. 52 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes 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.

⁵ Gemeinde Ostermundigen, Baureglement 1993

d) Den Erwägungen im angefochtenen Entscheid lässt sich entnehmen, dass das Bauvorhaben die Anforderungen an das Bauen im Siedlungsschutzgebiet aus ästhetischen Gründen nicht erfüllt. Den Beschwerdeführenden war demnach bekannt, auf welche Überlegungen die Gemeinde ihren abschlägigen Entscheid stützte. Die Begründung des angefochtenen Entscheids umfasste die wesentlichen Gesichtspunkte und ermöglichte den Beschwerdeführenden eine sachgerechte Anfechtung. Das Protokoll der Sitzung der Hochbaukommission vom 18. März 2015 findet sich in den Vorakten, pagina 44. Es enthält keine zusätzlichen Entscheidgründe. Die Begründungspflicht ist demnach – unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit der Erwägungen – nicht verletzt; die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich als unbegründet.

4. Baubewilligungspflicht

a) Nach Ansicht der Beschwerdeführenden hat die Gemeinde zu Unrecht berücksichtigt, dass die Terrainaufschüttung gemäss dem streitigen Bauvorhaben zusammen mit der bereits im Jahr 2004 erfolgten Aufschüttung weit mehr als 100 m³ umfasse. Die damalige Aufschüttung sei rechtmässig erfolgt. Im vorliegenden Verfahren sei nur die 55 m³ umfassende Erweiterung aus dem Jahr 2014 zu berücksichtigen.

b) Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen.⁶ Die Baubewilligungspflicht gilt auch für wesentliche Terrainveränderungen.⁷ Terrainveränderungen gelten als wesentlich und damit baubewilligungspflichtig, wenn sie mehr als 100 m³ Inhalt umfassen.⁸ Die Gemeinden haben keine Kompetenz, über die Baubewilligungspflicht oder Baubewilligungsfreiheit

⁶ Art. 1a Abs. 1 BauG

⁷ Art. 1a Abs. 2 BauG

⁸ Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD e contrario

abweichende Vorschriften zu erlassen.⁹ Baubewilligungspflichtig sind auch Erweiterungen einer bestehenden Anlage.¹⁰

c) Mit der ursprünglichen Terrainveränderung von mehr als 100 m³ im Jahr 2004 wurde eine Pool-Terrasse mit einer Höhe von 1,20 m geschaffen. Diese soll nun gemäss Baugesuch vom 5. August 2014 nach zwei Seiten hin (nordwestseitig zur Nachbarparzelle sowie südwestseitig zur Strasse hin) um zusätzliche 55 m³ erweitert werden. Die Baubewilligungspflicht stünde ausser Frage, wenn von Beginn weg die gesamte Terrainveränderung projektiert worden wäre. Wenn eine Terrainveränderung wie vorliegend in zeitlich versetzten Etappen erfolgt, sind die Wirkungen auf den Raum und die Umwelt dieselben, wie wenn die Gesamtanlage in einer Etappe erstellt worden wäre. Nach Sinn und Zweck der baurechtlichen Vorschriften dürfen die einzelnen Etappen nicht ohne Zusammenhang mit der Gesamtanlage beurteilt werden, deren Teil sie bilden. Vielmehr müssen Erweiterungen anhand der resultierenden Gesamtsituation beurteilt werden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist daher nicht entscheidend, ob die Terrainveränderung mit einer Stützmauer oder einer Böschung abgeschlossen wird und ob die Stützmauer in der ersten oder einer späteren Etappe der Gesamtanlage errichtet wird. Massgebend ist vielmehr, dass mit den fraglichen Bauetappen eine zusammenhängende Gesamtanlage realisiert wird, welche gesamthaft 100 m³ übersteigt. Dies steht vorliegend ausser Zweifel.

Die Baubewilligungspflicht ist demnach zu bejahen. Sie ergäbe sich, wie die Beschwerdeführenden zutreffend anmerken, ohnehin aus Art. 7 Abs. 2 BewD, da die Bauparzelle in einem Siedlungsschutzgebiet liegt.

5. Erweiterung der Pool-Terrasse zur Nachbarparzelle hin

a) Auch für die Bestimmung des massgeblichen Grenzabstands ist die Anlage als Gesamtheit zu betrachten. Die zeitliche Staffelung einzelner Elemente eines Bauvorhabens kann nicht bewirken, dass das Bauvorhaben nie als Ganzes, sondern jeweils lediglich Einzelteile davon beurteilt werden. Ansonsten könnten Bauvorschriften umgangen werden,

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 1b N. 1

¹⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 16

indem Bauten oder Anlagen jeweils nur in Teilstücken errichtet bzw. ergänzt werden, für welche bei separater Betrachtung mildere Vorschriften gelten als für das Ganze. Auf diese Weise könnte letztlich eine Anlage resultieren, die als Gesamtheit so nicht hätte bewilligt werden dürfen. Ein solches Vorgehen wäre rechtsmissbräuchlich.

Wenn ein Bauvorhaben nicht zur Realisierung einer separaten Baute oder Anlage dient, sondern zur Ergänzung einer bestehenden, so ist daher bezüglich der Grenzabstände die gesamte Baute oder Anlage massgebend und nicht bloss die Ergänzung. Andernfalls würden die Grenzabstandsvorschriften ihres Zwecks beraubt. Dieser liegt darin, die Nachbarschaft vor Beeinträchtigungen (Schattenwurf, Einschränkung der Privatsphäre, Geräusche, Gerüche etc.) zu schützen und öffentliche Interessen (Ortsbild bzw. Ästhetik, Gesundheits- und Feuerpolizei) zu wahren.¹¹ Für diese Schutzinteressen spielt es keine Rolle, ob eine Anlage in einem Mal gesamthaft erstellt wird oder ob sie zunächst kleiner dimensioniert wurde und später eine Erweiterung erfährt. Entsprechend ist die Reihenfolge der realisierten Baumassnahmen vorliegend nicht massgebend; ebenso wenig die Zeitdauer, die zwischen diesen verstrichen ist.

b) Das Baugrundstück befindet sich in der Wohnzone 1 (W1). Das Gemeindebaureglement sieht für die Wohnzone 1 einen minimalen Grenzabstand von 5 m vor (Art. 86 Abs. 1 GBR). Dieser muss bei allen Bauten eingehalten werden, die nicht unterirdisch sind (Art. 34 GBR). Abweichende Grenzabstände gelten nach Art. 36 GBR für An- und Nebenbauten, sofern die dort definierte Grundfläche nicht überschritten wird oder – bei unbewohnten An- und Nebenbauten – der Nachbar schriftlich zustimmt oder an ein an der Grenze stehendes Nebengebäude des Nachbarn angebaut werden kann. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Insbesondere übersteigt die Grundfläche der Pool-Terrasse die in Art. 36 Abs. 1 und 2 GBR definierten Masse für An- und Nebenbauten (25 m² Grundfläche für bewohnte An- und Nebenbauten und 40 m² für unbewohnte An- und Nebenbauten) bei weitem. Es liegt demnach keine An- oder Nebenbaute im Sinne des Gemeindebaureglements vor. Für die baubewilligungspflichtige Terrainveränderung gilt demnach der allgemeine Grenzabstand von 5 m gemäss Art. 86 Abs. 1 GBR.

¹¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 8

c) Laut den Plänen soll die neue Stützmauer mit der erweiterten Terrainaufschüttung auf der Nordwestseite der Parzelle der Beschwerdeführenden, d.h. zur Grenze mit der Nachbarparzelle hin, in einer Höhe von 1,20 m und mit einem Grenzabstand von 0,50 m errichtet werden. Der vorgeschriebene Grenzabstand von 5 m wird damit deutlich unterschritten. Die Voraussetzungen einer Unterschreitung des Grenzabstandes (Art. 41 GBR) liegen nicht vor. Das Bauvorhaben verletzt somit die kommunalen Grenzabstandsvorschriften und kann aus diesem Grund nicht bewilligt werden.

6. Erweiterung der Pool-Terrasse zur Strasse hin

a) Zur Strasse hin soll die Pool-Terrasse um 0,70 m erweitert werden, so dass der Abstand zur Strasse noch 1,60 m beträgt. Die Gemeinde erwog im angefochtenen Entscheid, vorliegend werde der massgebende Strassenabstand durch die Baulinie definiert. Das Bauvorhaben überschreite diese und rage in den Strassenabstand. Das Bauvorhaben bedürfe deshalb einer Ausnahmegewilligung. Dies bestreiten die Beschwerdeführenden nicht. Nach Ansicht der Beschwerdeführenden verneint jedoch die Gemeinde zu Unrecht, dass die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Strassenabstandes gegeben sind. Die Kommission Tiefbau und Betriebe der Gemeinde Ostermundigen habe an ihrer Sitzung vom 8. Oktober 2014 der Ausnahmegewilligung für das Bauen in der Bauverbotszone zugestimmt. Die Gemeinde hätte die Ausnahmegewilligung nicht verweigern dürfen.

b) Die Baubewilligungsbehörde kann die Erstellung kleiner und leicht entfernbarer Bauten und Anlagen in der Bauverbotszone bewilligen, wenn der Bauherr ein genügendes Interesse nachweist und weder öffentliche noch nachbarliche Interessen beeinträchtigt werden (Art. 81 Abs. 2 SG¹² i.V.m. Art. 28 Abs. 1 Bst. a und b BauG). Als klein gelten Bauten, welche die Dimensionen gemäss Art. 12 Abs. 3 NBRD¹³ (Grundfläche max. 60 m², Gebäudehöhe max. 4 m) nicht wesentlich überschreiten.¹⁴ Als leicht entfernbar gelten sie, wenn sie ohne besonderen Aufwand beseitigt werden können und für die bestimmungsgemässe Nutzung des Grundstücks entbehrlich sind oder ohne erheblichen

¹² Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

¹³ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13)

¹⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 28 N. 2

Nachteil für diese Nutzung vorschriftskonform gestaltet werden können.¹⁵ Die Gemeinde ging im angefochtenen Entscheid davon aus, dass diese Voraussetzungen gegeben seien und somit eine Kleinbaute vorliege. Dies trifft zu, sofern man die im Streit stehenden Erweiterungen aus dem Jahr 2014 separat von der vorbestehenden Anlage betrachtet. Dies rechtfertigt sich hier, da die Erweiterungen von der vorbestehenden Anlage wieder entfernt werden können, ohne diese technisch oder funktionell wesentlich zu beeinträchtigen. Letztlich ist jedoch nicht entscheidend, ob von einer Kleinbaute auszugehen ist oder nicht. Wie zu zeigen sein wird, sind die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung nach Art. 81 Abs. 2 SG i.V.m. Art. 28 BauG nicht gegeben. Umso weniger könnte eine Ausnahme nach Art. 81 Abs. 1 SG gewährt werden.

c) Die Gemeinde erwog, die Terrainaufschüttung zur Strasse hin beeinträchtige die Wirkung des Strassenraumes erheblich. Die Terraingestaltung sei nicht ortsüblich und nehme keine Rücksicht auf die im Siedlungsschutzgebiet geforderte Erhaltung und Ergänzung der Bauweise. Das Bauvorhaben beeinträchtige damit die öffentlichen Interessen massiv, weshalb die Ausnahmegewilligung nicht gewährt werden könne. In ihrer Stellungnahme vom 26. Mai 2015 ergänzt die Gemeinde, die Baubewilligungsbehörde hole zwecks Entscheidfindung zu einem Baugesuch Amts- und Fachberichte ein. Aus einem zustimmenden Amts- oder Fachbericht könne jedoch kein Anspruch auf eine Baubewilligung abgeleitet werden.

d) Die Gemeinde Ostermundigen ist eine grosse Gemeinde im Sinne von Art. 33 Abs. 1 BauG. Sie verfügt über die volle Baubewilligungskompetenz. Soweit im Baubewilligungsverfahren andere Bewilligungen einzuholen sind, richtet sich das Verfahren nach dem Koordinationsgesetz.¹⁶ Nach diesem holt die Baubewilligungsbehörde als Leitbehörde die nötigen Amtsberichte mit Anträgen ein.¹⁷ Sie fasst die nötigen Entscheide in einem Gesamtentscheid zusammen.¹⁸ Dabei würdigt sie das Ergebnis des Beweisverfahrens frei. Sie ist an die Anträge der Fachstellen in den Amts- und Fachberichten nicht gebunden. Diese beurteilen das Bauvorhaben unter einem bestimmten Aspekt (bspw. Verkehrssicherheit), während die Baubewilligungsbehörde als Leitbehörde die Gesamtverantwortung für den Bauentscheid trägt.

¹⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 28 N. 2a

¹⁶ Art. 2a Abs. 1 BauG

¹⁷ Art. 5 Abs. 1 und 6 Abs. 1 Bst. a Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

¹⁸ Art. 4 Abs. 1 KoG

e) Ein formelles Ausnahmegesuch wurde nicht gestellt. Auch Ausnahmen nach Art. 28 BauG setzen voraus, dass das entsprechende Ausnahmegesuch begründet wird. Zwar erfordert eine Ausnahme nach Art. 28 BauG keine besonderen Verhältnisse im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BauG bzw. Art. 81 Abs. 1 SG. Die Ausnahmegewilligung setzt jedoch voraus, dass die Bauherrschaft ein genügendes Interesse nachweist. Ein genügendes Interesse liegt vor, wenn die Einhaltung der Vorschrift zu einer für die Bauherrschaft unzweckmässigen Lösung führen würde und damit angesichts des unbedeutenden Vorhabens als übertriebene Strenge erschiene.¹⁹ Die Ausnahmegewilligung wird zudem nur gewährt, wenn das Bauvorhaben weder öffentliche noch nachbarliche Interessen beeinträchtigt.²⁰

Die Anlage wurde ursprünglich ohne die strassenseitige Erweiterung gebaut und während 10 Jahren so genutzt. Die Erweiterung dürfte keinem Zweckgedanken, sondern lediglich einem Wunsch nach Ausdehnung der Anlage entspringen. Mit der Erweiterung wird das bestehende ortsfremde Gestaltungselement vergrössert. Auch wenn die negative Wirkung auf das Siedlungsbild bereits mit Erstellung der ursprünglichen Pool-Terrasse eintrat, besteht doch ein öffentliches Interesse daran, dass das ortsfremde Gestaltungselement nicht noch vergrössert wird. Hinzu kommt, dass auch im Bereich der Erweiterung zur Strasse hin der Grenzabstand zum Nachbargrundstück unterschritten wird und somit auch nachbarliche Interessen beeinträchtigt werden. Im Rahmen ihrer Gesamtverantwortung für den Bauentscheid durfte und musste die Gemeinde diese Aspekte in die Beurteilung der Ausnahmegewilligung einfließen lassen. Sie kam zu Recht zum Schluss, dass die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung nicht erfüllt sind.

7. Vertrauensgrundsatz

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Terrainaufschüttung im Sommer 2004 sei in Absprache mit der Baubewilligungsbehörde erfolgt und weder unter dem Titel des Siedlungsschutzes noch sonst wie beanstandet oder mit Bedingungen oder Auflagen versehen worden. Die Beschwerdeführenden hätten nach dem Grundsatz des

¹⁹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 28 N 3

²⁰ Art. 28 Abs. 1 Bst. b BauG

Vertrauensschutzes darauf vertrauen dürfen, dass die viel kleinere Aufschüttung, die jetzt zur Diskussion stehe, unproblematisch sei.

b) Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Er verleiht Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Dieser Anspruch setzt zunächst voraus, dass eine Vertrauensgrundlage besteht, also ein Verhalten eines staatlichen Organs, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Als Vertrauensgrundlage kommen beispielsweise Verfügungen und Entscheide oder behördliche Auskünfte in Frage. Die vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustands bildet jedoch nur in Ausnahmefällen eine Vertrauensgrundlage, namentlich dann, wenn die Behörde durch ihr Verhalten beim Bauherrn die Meinung hat aufkommen lassen, er handle rechtmässig. Liegt eine Vertrauensgrundlage vor, so setzt der Anspruch auf Vertrauensschutz weiter voraus, dass der Private von dieser Kenntnis hatte, deren Fehlerhaftigkeit aber nicht erkannte. Weiter muss er gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt haben, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Schliesslich kann das Vertrauen nur geschützt werden, falls kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht.²¹

c) Die von der Gemeinde erteilte Baubewilligung aus dem Jahr 2003 sah keine Aufschüttung vor. Wie die Beschwerdeführenden selber ausführen, erfolgte die Aufschüttung im Sommer 2004 (und deren Duldung durch die Gemeinde), weil bei den Aushubarbeiten für das Schwimmbecken eine vorher nicht bekannte unterirdische Leitung zum Vorschein kam. Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend, dass vergleichbare Gründe eine Erweiterung der Aufschüttung notwendig machen. Aus der Duldung der Aufschüttung im Jahr 2004 seitens der Gemeinde konnten die Beschwerdeführenden nach Treu und Glauben nicht ableiten, dass auch weitere Aufschüttungen rechtmässig seien. Das vergangene Verhalten der Gemeinde weckte insbesondere auch keine berechtigten Erwartungen hinsichtlich der Unterschreitung von Grenz- und Strassenabständen. Es fehlt somit an einer Vertrauensgrundlage; die Rüge erweist sich als unbegründet.

8. Rechtsgleichheit

²¹ Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, S. 140 ff.

a) Nach Ansicht der Beschwerdeführenden verstösst der angefochtene Entscheid gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Im Siedlungsschutzgebiet seien andere Bauvorhaben mit Terrainaufschüttungen bewilligt worden. Die Beschwerdeführenden legen dazu eine Fotografie ins Recht, welche eine Liegenschaft im selben Siedlungsschutzgebiet zeige.

b) Nach Art. 8 Abs. 1 BV²² sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Dies verpflichtet die Behörden, Private bei gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht lässt sich daraus jedoch nur in engen Grenzen ableiten. Als Regel gilt, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung dem Anspruch auf gleichmässige Rechtsanwendung vorgeht. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt den Bürgern grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht nur, wenn die zu beurteilenden Fälle in den tatbestandserheblichen Sachverhaltselementen übereinstimmen und dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zudem zu erkennen gibt, auch inskünftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Schliesslich dürfen keine überwiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen oder Interessen Dritter entgegenstehen. Als Grundlage für eine Gleichbehandlung im Unrecht fällt grundsätzlich auch eine rechtswidrige Baubewilligungspraxis in Betracht.²³

c) Vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Gemeinde mit dem angefochtenen Entscheid von einer ständigen Praxis abweicht. Zwar zeigt die von den Beschwerdeführenden ins Recht gelegte Fotografie einen (an ein Hauptgebäude angebauten) erhöhten, mit Stützmauern versehenen Sitzplatz. Bereits aus der Fotografie wird jedoch ersichtlich, dass dieser deutlich bescheidener dimensioniert ist als die Pool-Terrasse im Garten der Beschwerdeführenden, die mit den im Streit stehenden Erweiterungen noch vergrössert wurde. Die OLK führt in ihrem Bericht vom 14. August 2015 aus, das durchwegs ebene Gelände im fraglichen Siedlungsschutzgebiet sei in jüngerer Zeit ansatzweise modelliert worden, sei es für Biotope oder für Anböschungen zu erweiterten Sitzplätzen. Diese Terrainveränderungen seien entweder stark begrünt oder

²² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²³ Urteil des Bundesgerichtes 1C_400/2014 vom 4. Dezember 2014, E. 2.3; vgl. BGE 139 II 49 E. 7.1 S. 61; 136 I 65 E. 5.6 S. 78 f.

hielten in ihren Dimensionen Mass und respektierten damit die Gesamtproportionen des zugehörigen Gartens. Die Pool-Terrasse der Beschwerdeführenden beurteilt die OLK dagegen als ortsfremdes Gestaltungselement. Sie weist darauf hin, dass diese nahezu die gesamte vorgelagerte Gartenzone belegt, womit eine grosse Fläche durchwegs auf 1,20 m angehoben wird. Die Pool-Terrasse der Beschwerdeführenden unterscheidet sich demnach in wesentlichen Sachverhaltselementen – namentlich in der Dimensionierung – von anderen Terrainveränderungen im selben Siedlungsschutzgebiet. Aus diesen lässt sich daher kein Gleichbehandlungsanspruch ableiten. Es gibt ausserdem keinerlei Hinweise darauf, dass die Gemeinde in anderen Fällen Terrainveränderungen bewilligt hat, welche die Grenzabstands- und Strassenabstandsvorschriften verletzen. Die Rüge der Ungleichbehandlung erweist sich damit als unbegründet.

9. Wiederherstellung

a) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gemeinde den Bauabschlag zu Recht erteilt hat. Da das Bauvorhaben bereits weitgehend ausgeführt wurde, ist nach Art. 46 Abs. 2 BauG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anzuordnen. Die Wiederherstellungsverfügung stellt einen Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsfreiheit dar und ist deshalb nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und nicht Treu und Glauben widerspricht.²⁴

b) Die gesetzliche Grundlage ist mit Art. 46 BauG vorhanden. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist.²⁵ Dies trifft auch vorliegend zu. Die Beschwerdeführenden hätten bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt erkennen müssen, dass die Bauausführung ohne entsprechende Bewilligung erfolgte. Ihnen war bewusst, dass bereits die im Jahr 2004 erstellte Anlage nicht der erteilten Baubewilligung entsprach. Sie konnten daher nicht gutgläubig annehmen, dass eine Erweiterung dieser Anlage bewilligungsfrei sei.

²⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9

²⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a

Auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann nur verzichtet werden, wenn diese unverhältnismässig wäre. Verhältnismässigkeit setzt voraus, dass die Wiederherstellungsmassnahme geeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, dieses nicht mit einer weniger weit gehende Massnahme erreicht werden kann (Erforderlichkeit) und die Wiederherstellung dem Pflichtigen zugemutet werden kann, seine Belastung also in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel steht.²⁶

c) Nach Ansicht der Beschwerdeführenden ist die Anordnung der Wiederherstellung unverhältnismässig. Die Erweiterung der Terrainaufschüttung um 55 m³ beeinträchtigt den Siedlungsschutz nicht bzw. eine allfällige Beeinträchtigung desselben werde mit einem Rückbau nicht gemindert.

Nach dem Gesagten verstösst die bereits ausgeführte Erweiterung gegen Grenzabstands- und Strassenabstandsvorschriften. Diese dienen nicht lediglich dem Interesse am Siedlungsschutz. Insbesondere geht es vorliegend auch darum, die Nachbarn vor Beeinträchtigungen (Einschränkung der Privatsphäre, Geräusche, Gerüche etc.) zu schützen. Die Wiederherstellung des vorherigen Zustands, also die Rückversetzung der Stützmauern an den vorherigen Ort und die entsprechende Abtragung des aufgeschütteten Terrains, ist zur Verfolgung dieser Ziele geeignet. Eine weniger weitgehende Massnahme, die dazu ebenso dienlich wäre, ist nicht ersichtlich. Den Beschwerdeführenden ist auch zuzumuten, die Terrainaufschüttung auf das vorbestehende Mass zu reduzieren und die Stützmauern an den ursprünglichen Orten wieder zu errichten. Der Rückbau der Erweiterung ist technisch ohne weiteres möglich. Die Benützung der Anlage wird nicht beeinträchtigt. Die Belastung steht somit in einem vernünftigen Verhältnis zu den damit verfolgten öffentlichen und nachbarlichen Interessen.

10. Zusammenfassung und Kosten

a) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Entscheidend ist in erster Linie die Verletzung der Grenz- und Strassenabstandsvorschriften und nicht die ästhetische Beurteilung. Auf den beantragten Augenschein kann daher verzichtet werden.

²⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'600.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²⁷).

Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG sowie Art. 11 GebV). Vorliegend sind jedoch die Kosten der OLK für die Erstellung des Berichts vom 14. August 2015 (Fr. 1'000.–) durch den Kanton zu tragen, da die ästhetischen Fragen für das Ergebnis des Beschwerdeverfahrens letztlich nicht entscheidend waren.

c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid der Gemeinde Ostermundigen vom 24. März 2015 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C. _____, eingeschrieben

²⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ostermundigen, Abteilung Hochbau, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), zuhanden der OLK-Gruppe Mittelland, zur Kenntnis
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin