

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/22

Bern, 9. August 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____

und



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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ostermundigen vom
21. Januar 2016 (BK-Nr. 363/2015-053; Wintergarten)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer reichte am 5. August 2015 bei der Gemeinde Ostermundigen ein Baugesuch ein für einen unbeheizten Wintergarten auf der bestehenden Terrasse im ersten Obergeschoss mit einer Treppe zum Erdgeschoss auf Parzelle Ostermundigen Grundbuchblatt Nr. C. _____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone 2. Kurz nach Einreichung des Baugesuchs führte der Beschwerdeführer das Bauvorhaben aus.

Die Liegenschaft des Beschwerdeführers ist im Bauinventar als erhaltenswert eingestuft. Die Vorinstanz bat den Berner Heimatschutz, zum Bauvorhaben einen Fachbericht zu erstellen, und legte es der Fachgruppe Bau und Gestaltung zur Beurteilung vor. Beide Fachgremien beurteilten das Bauvorhaben negativ. Die Gemeinde teilte dem Beschwerdeführer daher mit Schreiben vom 4. November 2015 mit, das Bauvorhaben könne voraussichtlich nicht bewilligt werden. In der Stellungnahme vom 22. Dezember

2015 verlangte der Beschwerdeführer, es sei die Richtigkeit des Inventars zu überprüfen. Die Vorinstanz veranlasste jedoch keine Prüfung des Inventars. Mit Gesamtbauentscheid vom 21. Januar 2016 erteilte sie dem Bauvorhaben den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung an.

2. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 22. Februar 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt, der Gesamtentscheid vom 21. Januar 2016 sei aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei der Entscheid aufzuheben und dem Baugesuch sei die Bewilligung zu erteilen. Er macht insbesondere geltend, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt. Die knappen Ausführungen der Vorinstanz stellten keine rechtsgenügende Begründung dar. Zudem sei seine Liegenschaft zu Unrecht im Bauinventar als erhaltenswert aufgeführt. Der Bauabschlag sei überdies nicht verhältnismässig und verletze das Rechtsgleichheitsgebot.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte bei der Vorinstanz eine Stellungnahme sowie die Vorakten ein. Zudem forderte es die Denkmalpflege des Kantons Bern (KDP) auf, einen Fachbericht bezüglich der Richtigkeit des Bauinventars zu erstellen. Diese kommt in ihrem Bericht zum Schluss, die Liegenschaft des Beschwerdeführers falle aus architekturhistorischer Sicht im Quervergleich mit ähnlichen Objekten in der näheren Umgebung ab. Daher erfülle die Liegenschaft die Voraussetzungen für eine Einstufung als erhaltenswertes Baudenkmal zum heutigen Zeitpunkt nicht (mehr). Sie beabsichtige, das Objekt aus dem Inventar zu entlassen. Die Gemeinde Ostermundigen nahm diesen Bericht zur Kenntnis. Sie hält aber an ihrem Entscheid fest. Der Beschwerdeführer stimmt demgegenüber der Einschätzung der KDP zu. Er bekräftigt, angesichts dieser Umstände rechtfertige sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese neu verfüge.

4. Auf die Rechtsschriften und den Fachbericht der KDP 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. Sachurteilsvoraussetzungen

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 Baugesuch abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Überprüfung Bauinventar

a) Der Beschwerdeführer stellte bereits im vorinstanzlichen Verfahren den Antrag, es sei zu überprüfen, ob seine Liegenschaft zu Recht im Bauinventar aufgeführt ist. Im vorliegenden Verfahren hält er an diesem Antrag fest.

b) Dem Bauinventar kommt nur "negative Wirkung" zu (Art. 13c Abs. 3 BauV³). Das heisst, es legt in verbindlicher Weise nur fest, welche Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone keine Baudenkmäler sind, nämlich jene, die nicht ins Inventar aufgenommen wurden. Deshalb kann im Inventarisierungsverfahren auch nur gerügt werden, ein bestimmtes Objekt sei ins Bauinventar aufzunehmen. Hingegen besteht nicht die Möglichkeit ein Objekt aus dem Bauinventar streichen zu lassen (Art. 13a Abs. 4 BauV). Dafür können die Eigentümer eines inventarisierten Gebäudes in einem Nutzungsplanverfahren oder, wenn seit der Errichtung des Inventars kein solches durchgeführt worden ist, im Baubewilligungsverfahren den Nachweis verlangen, dass ein Inventar richtig ist (Art. 10d Abs. 2 BauG). Die Behörden haben in diesem Fall den Beweis zu erbringen, dass das betreffende Objekt erhaltens- oder gar schützenswert ist.⁴

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

³ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 10a-10f N. 9

c) Die Liegenschaft des Beschwerdeführers ist im Bauinventar als erhaltenswert aufgeführt. Das Bauinventar für die Gemeinde Ostermundigen wurde am 29. Juni 2005 ausgeliefert.⁵ Seither ist keine Überarbeitung der Nutzungsordnung der Gemeinde erfolgt. Die Liegenschaft ist auch nicht im Baureglement der Gemeinde Ostermundigen unter den geschützten Objekten aufgeführt (vgl. Art. 89 i.V.m Anhang I GBR⁶). Der Beschwerdeführer durfte somit im Baubewilligungsverfahren verlangen, dass überprüft wird, ob seine Liegenschaft korrekterweise im Bauinventar erfasst ist. Die KDP kam bei ihrer Überprüfung zum Schluss, die Voraussetzungen für die Inventarisierung des Objektes seien nicht (mehr) gegeben. Die Liegenschaft des Beschwerdeführers soll aus dem Inventar entlassen werden. Sie gilt damit nicht (mehr) als erhaltenswert.

3. Rechtliches Gehör

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, dem Bauentscheid könne in keiner Weise entnommen werden, auf welche Überlegungen sich die Vorinstanz stütze. Die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Da die Vorinstanz zudem die Korrektheit des Inventars nicht überprüfte und sich mit dem entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers auch nicht auseinandersetzte, stellt sich die Frage, ob sie auch damit den Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers verletzt hat.

b) Art. 29 Abs. 2 BV⁷ garantiert den Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Daraus ergibt sich das Recht der Parteien, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen und mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden (Art. 21 ff. VRPG⁸). Zudem muss eine Verfügung nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG eine Begründung enthalten. Diese muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien

⁵ Vgl. Verzeichnis der gültigen Bauinventare vom 1.2.2016, abrufbar unter: <http://www.erz.be.ch/erz/de/index/kultur/denkmalpflege/bauinventar.html>

⁶ Baureglement der Gemeinde Ostermundigen, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 8. August 2011

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.⁹

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung jedoch eine Heilung grundsätzlich aus.¹⁰

c) Die Vorinstanz gab in ihrem Entscheid einerseits die negative Beurteilung des Berner Heimatschutzes wieder. Andererseits erläuterte sie, weshalb die Abteilung Hochbau dessen Ansicht nicht unterstütze. Da der Wintergarten dezent sei und bereits ähnliche Bauvorhaben bewilligt worden seien, müsse im Sinne der Rechtsgleichheit entschieden werden. Sie führte zudem aus, das Bauvorhaben gefährde die öffentliche Sicherheit nicht und könne daher bewilligt werden. Trotzdem erteilte sie dem Bauvorhaben den Bauabschlag.

Die Begründung des Entscheides der Vorinstanz ist widersprüchlich und mit dem Ergebnis nicht vereinbar. Zudem legte die Vorinstanz weder dar, mit welchen Bestimmungen das Bauvorhaben nicht vereinbar sein soll, noch zeigte sie auf, weshalb sie das Bauvorhaben als nicht bewilligungsfähig erachtet. Es geht aus dem Entscheid nicht hervor, von welchen Überlegungen sich die Vorinstanz leiten liess und welche Gründe dazu führten, dass sie dem Bauvorhaben den Bauabschlag erteilte. Der vorinstanzliche Entscheid ist nicht rechtsgenügend begründet. Die Vorinstanz verletzte damit den Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers.

d) Wie in Erwägung 2 ausgeführt, hätte die Vorinstanz zudem auch dem Antrag des Beschwerdeführers auf Überprüfung des Bauinventars folgen müssen. Indem sie auf diesen Antrag überhaupt nicht einging und sich damit nicht auseinandersetzte, verletzte sie ebenfalls den Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers.

⁹ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5

¹⁰ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16

e) Die BVE überprüft den Sachverhalt, andere Rechtsverletzungen inklusive Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens sowie Unangemessenheit (Art. 66 VRPG). Ihr kommt damit volle Überprüfungskognition zu. Die BVE heilte durch die Überprüfung des Bauinventars im Beschwerdeverfahren den Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers teilweise. Die Verletzungen wiegen jedoch schwer. Es ist daher fraglich, ob eine vollständige Heilung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren überhaupt möglich wäre oder ob das Verfahren wegen erheblichen Verfahrensmängeln teilweise aufgehoben werden müsste. Wie die nachfolgende Erwägung zeigt, ist der angefochtene Entscheid unabhängig von der Beantwortung dieser Frage aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie muss daher nicht abschliessend beurteilt werden.

4. Rückweisung

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, da seine Liegenschaft aus dem Bauinventar zu entlassen sei, rechtfertige sich eine Rückweisung an die Vorinstanz, damit diese das Bauvorhaben neu beurteile.

b) Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Regel in der Sache. Sie weist die Akten nur ausnahmsweise und mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück (vgl. Art. 72 Abs. 1 VRPG). Es müssen besondere Gründe, die prozessökonomische Gesichtspunkte in den Hintergrund treten lassen, dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird. Wenn sich die Vorinstanz aber zu einer Sache noch nicht geäußert hat und ein beträchtlicher Ermessensspielraum besteht, den die Beschwerdeinstanz nicht als erste Behörde ausfüllen sollte oder wenn das vorinstanzliche Verfahren mit beträchtlichen Verfahrensfehlern behaftet war, so ist kassatorisch zu entscheiden und die Sache ist zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.¹¹

c) Der rechtserhebliche Sachverhalt hat sich im Vergleich zum vorinstanzlichen Verfahren deutlich verändert; gemäss dem Fachbericht der KDP soll das Bauvorhaben aus dem Bauinventar entlassen werden. Es gilt damit entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht als erhaltenswert und die besonderen Vorschriften für Baudenkmäler gemäss Art. 10a

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 3

ff. BauG finden keine Anwendung. Es bleibt aber zu überprüfen, ob das Bauvorhaben mit den allgemeinen Ortsbild- und Landschaftsschutzvorschriften gemäss Art. 9 BauG respektive 42 ff. GBR vereinbar ist oder nicht. Dem Entscheid der Vorinstanz ist nicht zu entnehmen, welche Normen sie als verletzt erachtet. Da die Vorinstanz aber davon ausging, die Liegenschaft des Beschwerdeführers sei ein erhaltenswertes Objekt, ist anzunehmen, dass sie der Ansicht war, das Bauvorhaben sei mit den Vorschriften für Baudenkmäler nicht vereinbar. Demensprechend prüfte sie noch nicht, ob das Bauvorhaben mit den allgemeinen Ortsbild- und Landschaftsschutzvorschriften vereinbar wäre. Der Gemeinde kommt bezüglich den kommunalen Ästhetikvorschriften ein gewisser Ermessensspielraum zu, es ist nicht Sache der BVE erstmals darüber zu entscheiden. Daher muss das Verfahren zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der Bauentscheid der Vorinstanz vom 21. Januar 2016 ist aufzuheben.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigen sich die Überprüfung der übrigen Rügen sowie die Durchführung eines Augenscheines bei der Liegenschaft des Beschwerdeführers und beim Gebäude D._____strasse 2. Die entsprechenden Beweisanträge werden abgewiesen.

5. Kosten

a) Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die Sache ist zur Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Gemeinde als unterliegend. Ihr können jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Es werden daher keine Verfahrenskosten erhoben.

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).

Es liegen keine besonderen Umstände vor. Die Kostennote des Anwaltes des Beschwerdeführers im Umfang von Fr. 2'466.65 (Honorar Fr. 2'250; Auslagen Fr. 33.90;

Mehrwertsteuer Fr. 182.75) gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Gemeinde hat somit dem Beschwerdeführer die Parteikosten von Fr. 2'466.65 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen
2. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Ostermundigen vom 21. Januar 2016 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Behandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Die Gemeinde hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten im Betrag von Fr. 2'466.65 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ostermundigen, Abteilung Hochbau, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin