

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/52

Bern, 27. Juni 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

und



**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Safnern, Gemeindeverwaltung, Hauptstrasse
62, 2553 Safnern**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Safnern vom 7. April
2016 (Stützmauer)

I. Sachverhalt

1. Mit Schreiben vom 29. Juni 2015 wies die Gemeinde Safnern die Beschwerdeführenden darauf hin, dass die von ihnen an der südwestlichen Grenze der Parzelle Safnern Grundbuchblatt Nr. C._____ erstellte Stützmauer der Baubewilligungspflicht unterliege. Daraufhin reichten die Beschwerdeführenden am 15. Juli 2015 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein für eine Stützmauer mit einer Höhe von 1.6 m. Die Parzelle liegt in der Wohnzone W2. Zwischen der Gemeinde, der Bauherrschaft und einem betroffenen Nachbarn fanden verschiedene Gespräche statt. Am 5. Februar 2016 stellten die Beschwerdeführenden erneut ein Baugesuch. Mit Eingabe vom 16. Februar 2016 verbesserten sie ihr Baugesuch und reichten ein Gesuch um

Erteilung einer Ausnahmegewilligung ein. Ohne vorgängige Bekanntmachung erteilte die Gemeinde dem Bauvorhaben mit Verfügung vom 7. April 2016 den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes an. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme bei Nichtbefolgung an.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 11. April 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie machen sinngemäss geltend, die Gemeinde hätte das Bauvorhaben veröffentlichen müssen und das Bauvorhaben sei zu bewilligen.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten sowie eine Stellungnahme der Vorinstanz ein. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Angefochten sind ein Bauentscheid und eine Wiederherstellungsverfügung. Nach Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG² können Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

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

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

2. Ausstandsbegehren

a) Die Beschwerdeführenden erläutern, nur ein Nachbar, der mit dem Präsidenten der Baukommission befreundet sei, verweigere seine Zustimmung zum Bauvorhaben. Sie verlangen die Beurteilung des Bauvorhabens durch eine gerechte und unparteiische Baubehörde. Damit machen sie sinngemäss geltend, der Präsident der Baukommission habe seine Ausstandspflicht verletzt.

b) Im Baubewilligungsverfahren vor der Gemeinde gelten die gegenüber Art. 9 VRPG³ milderen Ausstandsregeln des Gemeindegesetzes.⁴ Nach Art. 47 Abs. 1 GG⁵ hat in den Ausstand zu treten, wer an einem Geschäft unmittelbar ein persönliches Interesse hat. Ausstandspflichtig ist ebenfalls, wer mit einer Person, deren persönliche Interessen von einem Geschäft unmittelbar berührt werden, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist oder diese Person gesetzlich, statutarisch oder vertraglich vertritt (Art. 47 Abs. 2 GG). Ausstandspflichtige müssen von sich aus ihre Interessenbindung offenlegen (Art. 48 Abs. 1 GG). Sie dürfen sich vor Verlassen des Raumes zur Sache äussern (Art. 48 Abs. 2 GG). Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben sind Ausstandsgründe so früh wie möglich geltend zu machen. Ein Untätigbleiben gilt als Verzicht und führt daher zum Verwirken des Anspruchs. Mit dem Rechtsmittel gegen den Hauptentscheid können Verstösse gegen die Ausstandspflicht nur gerügt werden, wenn die Ablehnung vorher nicht möglich war.⁶

c) Die Gemeinde hat den Vorwurf der Befangenheit zurückgewiesen. Es kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben, ob und falls ja wie stark ein freundschaftliches Verhältnis zwischen dem Präsidenten der Baukommission und dem Nachbarn der Beschwerdegegner besteht und ob ein solches eine Ausstandspflicht zur Folge hätte. Den Beschwerdeführenden war bereits im vorinstanzlichen Verfahren bekannt, wer die Baukommission präsidiert. Sie selber standen mit dem Präsidenten verschiedentlich in Kontakt. Sie machen zudem nicht geltend, sie hätten erst zum jetzigen Zeitpunkt vom

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

⁴ Daniel Arn, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, 1999, Vorbemerkungen zu Art. 47 und Art. 48 N. 7; BVR 2011 S. 15 E. 3

⁵ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11)

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 5 und N. 22

angeblich freundschaftlichen Verhältnis zwischen dem Präsidenten der Baukommission und ihrem Nachbarn erfahren. Ein allfälliges Ausstandsbegehren hätten die Beschwerdeführenden daher bereits im vor-instanzlichen Verfahren stellen müssen. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

3. Publikation des Bauvorhabens

a) Die Beschwerdeführenden rügen, das Baubewilligungsverfahren sei nicht ordnungsgemäss abgelaufen. Ihr Nachbar spreche immer wieder mit dem Präsidenten der Baukommission über die Angelegenheit und beeinflusse die Gemeinde. Das Vorhaben sei zu publizieren, so dass ihr Nachbar allenfalls offiziell dagegen Einsprache erheben müsse, falls er sich unbedingt gegen das Bauvorhaben wehren wolle. In diesem Fall müsse er auch die Kosten der Einsprache übernehmen. Da nicht alles richtig abgelaufen sei, habe sich das Verfahren zeitlich verzögert.

b) Ein Baugesuch muss grundsätzlich veröffentlicht werden (vgl. Art. 35 Abs. 1 BauG i.V.m. Art. 26 BewD⁷). Die Baubewilligungsbehörde bestimmt den Zeitpunkt der Publikation und kann damit bis nach der materiellen Prüfung des Bauvorhabens zuwarten (Art. 25 BewD).⁸ Wenn sie zum Schluss kommt, dass das Bauvorhaben nicht bewilligungsfähig ist, kann sie gemäss Art. 24 BewD den Bauabschlag ohne Bekanntmachung erteilen. Voraussetzung ist jedoch, dass sie der gesuchstellenden Person dazu vorgängig das rechtliche Gehör gewährt. Hält diese am Bauvorhaben fest, weist die Baubewilligungsbehörde das Gesuch ohne Bekanntmachung ab, sofern sie ihre Beurteilung nicht geändert hat (Art. 24 Abs. 2 BewD). Der Bauabschlag ohne Bekanntmachung dient der Verfahrensbeschleunigung und hilft, unnötige Verfahrenskosten zu vermeiden (v.a. Kosten der Publikation). Mit der vorgängigen Mitteilung wird den Baugesuchstellenden die Möglichkeit eingeräumt, sich zur Beurteilung der Baubewilligungsbehörde zu äussern und allenfalls ihr Bauvorhaben anzupassen.

c) Die Gemeinde hat in ihrem Schreiben vom 29. Juni 2015 betont, die von den Beschwerdeführenden erstellte Stützmauer entspreche nicht ihrer ursprünglichen

⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35-35c N. 7

Baueingabe. Es sei eine Böschung bewilligt worden. Eine Mauer mit einer Höhe über 1.2 m müsse gemäss Art. 16 Abs. 2 GBR⁹ abgestuft sein; die obere Mauer müsse um mindesten 1.2 m von der unteren Mauer zurückversetzt sein. Da sich die von ihnen erstellte Mauer mit einer Höhe von 1.6 m nicht an Hanglage befinde, müsste gestützt auf ein schriftliches und begründetes Ausnahmegesuch entschieden werden, ob eine Ausnahme von Art. 16 Abs. 2 GBR erteilt werden könnte. Auf Grund der präjudizierenden Wirkung sei fraglich, ob für das Bauvorhaben eine Ausnahmewilligung erteilt werden könne. Am 28. August 2015 fand zwischen dem Präsidenten der Baukommission und dem Beschwerdeführer eine Besprechung statt, anlässlich welcher sie die Problematik der Höhe der Mauer und des allfälligen Rückbaus diskutierten. Gemäss dem Protokoll der Sitzung der Baukommission vom 20. Oktober 2015 wies der Präsident die Beschwerdeführenden schliesslich auf zwei verschiedene Vorgehensweisen hin; entweder einigten sie sich mit dem Nachbarn dahingehend, als dieser dem Bauvorhaben zustimme, oder sie müssten die oberste Lage der Steine entfernen sowie eine Absturzsicherung anbringen. Am 5. Februar 2016 stellten die Beschwerdeführenden erneut ein Baugesuch. Mit Schreiben vom 11. Februar wies die Gemeinde auf verschiedene formelle Mängel hin und teilte ihnen mit, wenn die Unterlagen vollständig seien, werde das Bauvorhaben publiziert. Mit Entscheid vom 7. April 2016 verfügte die Gemeinde ohne vorgängige Publikation den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung an.

d) Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden mit keinem Schreiben mitgeteilt, sie beabsichtige, dem Bauvorhaben den Bauabschlag zu erteilen und hat sie auch nicht aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden jedoch verschiedentlich erörtert, das Bauvorhaben überschreite die gemäss Baureglement zulässige Maximalhöhe von Stützmauern. Wenn von Seite der Nachbarschaft keine Einwände bestünden, könne allenfalls eine Ausnahmewilligung erteilt werden. Die Beschwerdeführenden wussten, dass sich ihr Nachbar mit dem Bauvorhaben nicht einverstanden erklären konnte. Auf Grund der vorangehenden Diskussionen und des Schreibens vom 29. Juni 2015 waren sie dementsprechend trotz fehlender klarer Mitteilung darüber informiert, dass die Gemeinde das Bauvorhaben nicht bewilligen wird. Die Beschwerdeführenden haben zudem zum Ausdruck gebracht, dass sie ihr bereits ausgeführtes Bauvorhaben nicht anpassen wollen. Sie konnten sich zum beabsichtigten Bauabschlag der Gemeinde insgesamt genügend äussern. Die Gemeinde hat das

⁹ Baureglement der Gemeinde Safern vom 18.09.2013, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 30.01.2014 (GBR)

rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden nicht verletzt. Dementsprechend durfte die Gemeinde dem Bauvorhaben ohne vorgängige Publikation den Bauabschlag erteilen.

e) Allerdings hat sich die Gemeinde widersprüchlich verhalten, indem sie den Beschwerdeführenden mitgeteilt hat, das Bauvorhaben würde bei einer erneuten Einreichung respektive Verbesserung publiziert. Die Publikation hätte allerdings nicht dazu geführt, dass das Bauvorhaben hätte bewilligt werden können. Zudem haben die Gesuchstellenden unabhängig vom Ausgang des Verfahrens immer die Kosten des Baubewilligungsverfahrens zu tragen und Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 51 Abs. 1 BewD). Dem betroffenen Nachbarn wären im Zusammenhang mit einer allfälligen Einsprache gegen das publizierte Bauvorhaben keine Kosten entstanden. Die Nichtpublikation hat somit lediglich dazu geführt, dass keine unnötigen Verfahrenskosten angefallen sind, die die Beschwerdeführenden hätten tragen müssen. Überdies hätte sich das Verfahren durch die Publikation weiter verzögert. Den Beschwerdeführenden ist daher durch diese (falsche) Auskunft kein Nachteil erwachsen.

Schliesslich ist der Gemeinde keine Rechtsverzögerung vorzuwerfen, zumal das Interesse der Bauherrschaft an einer raschen Verfahrenserledigung bei einem nachträglichen Baubewilligungs- und Wiederherstellungsverfahren gering ist.

4. Höhe der Stützmauer

a) Die Beschwerdeführenden erläutern, die Mauer sei nur 1.2 m hoch. 35 cm, d.h. die oberste Reihe der Jura Steine, diene anstelle eines Zaunes als Abgrenzung.

b) Gemäss Art. 16 Abs. 2 GBR dürfen Stützmauern und genügend gesicherte Böschungen zur Umgebungsgestaltung im ganzen Gemeindegebiet die Höhe von 1.2 m nicht übersteigen. Auf Einfriedungen zwischen privaten Grundstücken ist wenn möglich zu verzichten (Art. 16 Abs. 5 GBR). Werden Einfriedungen auf Stützmauern gestellt, so dürfen diese Bauten zusammen die zulässige Maximalhöhe nicht überschreiten.¹⁰

¹⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 14e

c) Die Mauer an der Grundstücksgrenze der Beschwerdeführenden weist eine Höhe von insgesamt ca. 1.6 m auf. Über eine Höhe von ca. 1.2 m dient sie als Stützmauer für das von den Beschwerdeführenden aufgeschüttete Terrain. 35-40 cm dienen als Einfriedung. Die Materialisierung der Einfriedung und der Stützmauer sind identisch. Die Mauer tritt vom Nachbargrundstück als Einheit in Erscheinung. Obwohl ein Teil der Mauer als Einfriedung und nicht als Sicherung der Böschung resp. der Aufschüttung dient, ist bei der Beurteilung, ob die Mauer mit Art. 16 Abs. 2 GBR vereinbar ist, die gesamte Höhe von 1.6 m massgebend. Damit überschreitet die Mauer die maximal zulässige Höhe. Sie verletzt somit Art. 16 Abs. 2 GBR.

5. Ausnahmegewilligung

a) Die Beschwerdeführenden machen als Ausnahmegründe geltend, sie hätten das Terrain wegen des Grundwassers erhöhen müssen. Die Mauer sei sowohl schön als auch natürlich und diene der Sicherheit der Kinder.

b) Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Eine Ausnahmegewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können aber auch Besonderheiten, die sich aus den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Personen ergeben, eine Ausnahme begründen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die

Bauwilligen zur Folge hätte.¹¹ Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Ausnahmegrund keine absolute Grösse ist. Ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, hängt von drei Komponenten ab: vom Interesse des Bauherrn an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung.¹²

c) Die Parzelle der Beschwerdeführenden liegt unbestrittenermassen in einem Gebiet mit hohem Grundwasserspiegel. Auf den eingereichten Fotos ist denn auch ersichtlich, dass sowohl das Haus der Beschwerdeführenden als auch die umliegenden Gebäude auf aufgeschüttetem Terrain erbaut sind. Hingegen ist nicht erkennbar, weshalb der gesamte Gartenbereich wegen des Grundwasserspiegels um 1.2 m angehoben und eine so hohe Stützmauer erstellt werden müsste. Die Beschwerdeführenden könnten den Gartenbereich auch bei weniger grossen Terrainveränderungen nutzen. Damit erübrigte sich eine so hohe Stützmauer. Durch die Aufschüttung des Terrains bis nahe an die Parzellengrenze haben die Beschwerdeführenden die Notwendigkeit einer Stützmauer selber verursacht. Die benachbarten Parzellen zeigen, dass eine Gartengestaltung ohne so grosse Terrainaufschüttung und somit ohne so hohe Stützmauern gut realisierbar ist. Die Abweichung vom Zulässigen ist überdies beträchtlich. Die Beschaffenheit des Baugrundstückes verlangt keine Stützmauer über 1.2 m. Sie stellt damit keinen Grund für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung dar.

Gemäss Art. 37 Abs. 1 GBR dürfen Bauten und Anlagen das Orts- und Landschaftsbild nicht beeinträchtigen. Die Einhaltung dieser Ästhetikvorschrift durch die im Quartier vorherrschende Materialisierung der Stützmauer ist eine zusätzliche Voraussetzung für die Bewilligungsfähigkeit einer Baute. Hingegen stellt sie keinen Ausnahmegrund dar, um von einer anderen Vorschrift abweichen zu dürfen. Schliesslich ist zu beachten, dass die oberste Steinreihe, die als Abgrenzung dienen soll, die Sicherheit der spielenden Kinder nicht fördert; da die Mauer eine Breite von ca. 40 cm aufweist, aber auf der Seite des aufgeschütteten Terrains weniger als 65 cm hoch ist, gilt sie als begehbar.¹³ Die Absturzhöhe beträgt auf Grund der Einfriedung nicht nur 1.2 m, sondern 1.6 m. Die Einfriedung ist daher nicht geeignet, die Sicherheit der spielenden Kindern zu

¹¹ VGE 2015/98 vom 20.01.2016, E. 4.1; VGE 2014/103 vom 6.11.2015, E. 4.1

¹² Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4 Bst. c

¹³ Vgl. Fachbrochure Geländer und Brüstungen, Beratungsstelle für Unfallverhütung, 2012, einsehbar unter: www.bfu.ch

gewährleisten, sondern erhöht das Gefährdungspotenzial der Terrainunterschiede. Es liegt somit keine Ausnahmesituation vor, welche es rechtfertigte, in Abweichung von der gesetzlichen Regelung eine Ausnahmegewilligung zu erteilen. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

6. Gleichbehandlung im Unrecht

a) Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, dass die Lärmschutzwände auf dem gegenüberliegenden Grundstück 2 m hoch seien und diese offensichtlich kein Problem darstellten. Damit machen sie sinngemäss einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend.

b) Das Gebot rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV¹⁴ ist ein verfassungsmässiges Recht. Die Rechtsgleichheit gebietet, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.¹⁵ Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Rechtsgleichheitsprinzip, und damit dem Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, in der Regel vor. Auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht ausnahmsweise ein Anspruch, wenn die Behörde nicht nur in einem oder einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform handeln werde. Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, können öffentliche Interessen oder berechnete Interessen Dritter an einer gesetzmässigen Rechtsanwendung der Gleichbehandlung im Unrecht entgegenstehen.¹⁶ Bei einer erstmaligen gerichtlichen Überprüfung ist zudem davon auszugehen, dass die Behörde eine rechtswidrige Praxis anpasst.¹⁷

c) Art. 16 Abs. 2 GBR regelt nur die zulässige Höhe von Stützmauern und Böschungen. Die Lärm- und Sichtschutzwände auf dem gegenüberliegenden Grundstück dienen im

¹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁵ Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013, S. 414

¹⁶ BGer 1C_400/2014 vom 4.12.2014, E. 2.3

¹⁷ BGer 1C_43/2015 vom 6.11.2015, E. 6

Gegensatz zur Mauer auf dem Grundstück der Beschwerdeführenden nicht dazu, eine Böschung zu stützen. Bei deren Beurteilung ist daher Art. 16 Abs. 2 GBR nicht zu berücksichtigen. Die leicht entfernbaren Sichtschutzwände sind mit der Stützmauer auf dem Grundstück der Beschwerdeführenden nicht vergleichbar. Aus dem Umstand, dass diese Wände eine Höhe von 2 m aufweisen, können die Beschwerdeführenden daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet. Die Mauer auf dem Grundstück der Beschwerdeführenden ist nicht bewilligungsfähig.

7. Wiederherstellung

a) Die Beschwerdeführenden erklären, die Kosten für den Rückbau der Mauer sowie die damit verbundenen Schäden am Land wären zu hoch. Damit rügen sie implizit, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sei unverhältnismässig.

b) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁸

c) Es besteht ein öffentliches Interesse an der Durchsetzung der baurechtlichen Grundordnung. Überdies verstösst das vorliegende Bauvorhaben nicht nur gegen die maximal zulässige Höhe von Stützmauern, sondern es hält auch die allgemeine Sicherheit nicht ein. Die letzte Steinreihe, welche gemäss den Beschwerdeführenden als Abgrenzung und zur Sicherheit der spielenden Kinder gedacht ist, bewirkt genau das Gegenteil. Die privaten Interessen der Beschwerdeführenden sind daher insbesondere finanzieller Natur.

¹⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

Die Beschwerdeführenden haben sich allerdings vor der Ausführung der Gartengestaltung über die Bewilligungsfähigkeit der Arbeiten nicht informiert. Sie geltend daher als bösgläubig im baurechtlichen Sinn. Dementsprechend kann ihren privaten Interessen an der Beibehaltung des bestehenden Zustandes nur wenig Gewicht beigemessen werden. Die öffentlichen Interessen überwiegen somit die privaten Interessen. Die Gemeinde hat deshalb den rechtmässigen Zustand grundsätzlich zu Recht angeordnet.

Die von der Gemeinde verfügte Wiederherstellungsmassnahme ist allerdings nicht geeignet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen; die Stützmauer und die Absturzsicherung sind auf Grund des funktionellen Zusammenhangs unabhängig von deren Ausgestaltung als Einheit zu betrachten. Daher ist die Höhe von beiden Anlageteilen zusammenzurechnen.¹⁹ Der rechtmässige Zustand kann mit der Entfernung der obersten Steinschicht, kombiniert mit einer Absturzsicherung, nicht wiederhergestellt werden. Das Verfahren wird deshalb zur Prüfung und Festlegung einer geeigneten Wiederherstellungsmassnahme an die Gemeinde Safern zurückgewiesen.

8. Beweisabnahme

a) Die Beschwerdeführenden bitten um eine faire Verhandlung. Aus dieser Formulierung geht nicht eindeutig hervor, ob sie die Durchführung einer Instruktionsverhandlung beantragen.

b) Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest; sie sind nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden (Art. 18 VRPG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG) verpflichtet aber die Behörden, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese nötig sind für die Klärung des Sachverhalts. Wenn die Behörde bei freier, pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhalts, so kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.²⁰

¹⁹ Vgl. VGE 2008/23270 vom 9.9.2008, E. 3.

²⁰ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen

c) Der massgebliche Sachverhalt ergibt sich im vorliegenden Fall aus den vorhandenen Akten. Die Durchführung einer Instruktionsverhandlung könnte den Entscheid nicht beeinflussen. Daher wird ein allenfalls gestellter Beweisantrag abgewiesen.

9. Kosten

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. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²¹). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Ziffer V./1, V./2 und V./5 des Bauentscheides / der Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Safnern vom 7. April 2016 werden bestätigt. Ziffer V./3 und V./4 des Entscheides werden aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– 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.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Frau B._____ und Herrn A._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Safnern, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin