

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/107

Bern, 20. Dezember 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer

und

B._____
Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Fürsprecher C._____



_____ sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Langnau i.E., Gemeindeverwaltung,
Alleestrasse 8, Postfach 566, 3550 Langnau im Emmental

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Langnau vom
23. August 2017 (Baugesuch Nr. 2013-0052; Absturzsicherungen im Aussenraum in
Beton)

I. Sachverhalt

1. Mit Entscheid vom 12. Februar 2014 erteilte die Gemeinde Langnau im Emmental dem Beschwerdegegner die Baubewilligung für zwei Neubauten inklusive einer Einstellhalle. Das westliche Gebäude verfügt im Erdgeschoss entlang der Südfassade über eine Terrasse. Gegenüber dem süd-westlichen Nachbargrundstück liegen die Neubauten leicht erhöht. Daher befindet sich am süd-westlichen Ende der Parzelle eine Stützmauer. Die Terrasse kann über eine Rampe erreicht werden, die sich hinter der Stützmauer befindet. Hinter der ersten Stützmauer befindet sich entsprechend der Breite der Rampe

leicht zurückversetzt eine weitere Stützmauer entlang der Terrasse. Die sich darauf befindende Absturzsicherung dient gleichzeitig auch als Einfriedung der Terrasse. Die Stützmauern sind aus Beton erstellt. Gemäss dem ursprünglichen Baugesuch sollten die Absturzsicherungen auf beiden Mauern in Form von Staketengeländern ausgestaltet werden.

Während der Bauphase teilte der Beschwerdeführer der Gemeinde mit, in Abweichung von der Baubewilligung werde die südseitige Absturzsicherung der Terrasse nicht mit einem Staketengeländer, sondern aus Beton ausgeführt. Die Gemeinde hat daraufhin den Beschwerdegegner aufgefordert, eine nachträgliche Projektänderung einzureichen. Am 31. Mai 2017 reichte der Beschwerdegegner bei der Gemeinde eine Projektänderung ein. Diese sieht einerseits vor, dass das Geländer auf der hinteren Stützmauer resp. die Einfriedung der Terrasse nicht mit Staketen, sondern aus Beton erstellt wird. Andererseits ist die Rampe leicht zurückversetzt und etwas kürzer als ursprünglich geplant. Das Bauvorhaben befindet sich auf Parzelle Langnau im Emmental Grundbuchblatt Nr. D._____. Die Parzelle liegt in der Zone für öffentliche Nutzung "E._____". Gegen das Bauvorhaben erhob unter anderem der Beschwerdeführer Einsprache. Mit Verfügung vom 23. August 2017 erteilte die Gemeinde Langnau im Emmental der Projektänderung die Baubewilligung.

2. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 9. September 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des Gesamtentscheides vom 23. August 2017 und den Rückbau der aus Beton erstellten Absturzsicherung.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, gab dem Beschwerdegegner sowie der Gemeinde Gelegenheit, sich zur Beschwerde zu äussern und holte bei der Gemeinde die Vorakten ein. Zudem bat es die Gemeinde, vom Bauvorhaben verschiedene Fotos zu machen und dem Rechtsamt einzureichen. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zu den eingereichten Fotos zu äussern.

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).

4. Auf die Rechtsschriften sowie die eingereichten Fotos wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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 Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer, dessen Einsprache abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2. Vorinstanzliches Verfahren

a) Der Beschwerdeführer bringt vor, mit der erteilten Bewilligung sollten Fehler der Bauherrschaft und der Baubewilligungsbehörde vertuscht werden. Insbesondere habe die Gemeinde ihre Aufsichtspflicht verletzt, indem sie nach Kenntnis der Abweichung von der Baubewilligung nicht sofort den Baustopp verfügt habe. Nachdem er im Namen der Interessengemeinschaft F. _____ weg Einsprache erhoben habe, sei lange nichts geschehen, bevor der enttäuschende Entscheid ergangen sei. Ein Vertreter des Beschwerdegegners habe ihm zudem gesagt, wenn den Nachbarn die Mauer nicht gefalle, so würde sie zurückgebaut.

b) Der Beschwerdegegner macht geltend, für aufsichtsrechtliche Beanstandungen sei die BVE nicht zuständig. Darauf könne im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Die Gemeinde erläutert, das Verfahren sei korrekt abgelaufen. Auf Grund der

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

Geringfügigkeit der Abweichung von der Baubewilligung und da die Bauherrschaft eine Projektänderung in Aussicht gestellt habe, habe sie auf den Erlass einer baupolizeilichen Verfügung verzichtet.

c) Wird ein Bauvorhaben in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten. Die Baupolizei setzt sodann dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Diese Bestimmung soll einerseits die öffentliche Ordnung schützen und verhindern, dass die Bauherrschaft einen *Fait accompli* schafft. Andererseits soll sie auch die Bauherrschaft davor bewahren, dass sie Bauten, die sich im Nachhinein als nicht bewilligungsfähig herausstellen, wieder abbrechen muss.

Im vorliegenden Fall hat die Baupolizei der Gemeinde Langnau im Emmental nach Kenntnis der Abweichung von der Baubewilligung nicht den Baustopp verfügt, sondern akzeptierte die Zusicherung der Beschwerdegegnerin, sie werde ein nachträgliches Baugesuch einreichen. Dieses Vorgehen widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes. Dieses räumt der Baupolizei bezüglich des Vorgehens grundsätzlich keinen Beurteilungsspielraum ein. Trotzdem hat sich staatliches Handeln aber immer auch am Verhältnismässigkeitsprinzip zu orientieren (Art. 5 Abs. 2 BV³). Im vorliegenden Fall ist durch das Verhalten der Gemeinde niemandem einen Rechtsnachteil erwachsen. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern ihm dadurch ein Schaden entstanden ist und ein solcher ist auch nicht ersichtlich. Auch wenn die Baupolizei zum damaligen Zeitpunkt den Baustopp verfügt hätte, hätte die Gemeinde der Projektänderung die Baubewilligung erteilt. Der Beschwerdeführer kann daher aus dieser Rüge nichts zu seinen Gunsten ableiten.

d) Innert sieben Tagen nach Eingang einer Baueingabe nimmt die Gemeindeverwaltung eine vorläufige formelle Prüfung vor und leitet sie an die Baubewilligungsbehörde weiter (Art. 17 Abs. 1 BewD⁴). Stellt sie formelle Mängel fest, so weist sie das Gesuch an die Bauherrschaft zur Verbesserung zurück. Grundsätzlich veröffentlicht die Baubewilligungsbehörde im Anschluss das Gesuch (Art. 26 BewD). Innert sieben Tagen seit Ablauf der Einsprachefrist, stellt die Baubewilligungsbehörde allfällige Einsprachen den Gesuchstellenden zur schriftlichen Stellungnahme binnen zehn Tagen zu (Art. 33 BewD).

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

Die Baubewilligungsbehörde erteilt dem Bauvorhaben die Baubewilligung, wenn es die bau- und planungsrechtlichen Vorschriften einhält (Art. 35 Abs. 1 BewD).

Das Baugesuch für die Projektänderung ist bei der Gemeinde Langnau im Emmental am 31. Mai 2017 eingegangen. Die Gemeinde publizierte das Bauvorhaben am 8. und 15. Juni 2017. Am 13. Juli 2017 leitete sie die von der Interessengemeinschaft F. _____ weg am 10. Juli 2017 eingereichte Einsprache dem Beschwerdegegner zur Stellungnahme weiter. Dieser nahm mit Schreiben vom 20. Juli 2017 dazu Stellung. Mit Verfügung vom 23. August 2017 erteilte die Gemeinde dem Bauvorhaben die Baubewilligung.

Zwischen dem Eingang des Baugesuchs und dem Entscheid der Baubewilligungsbehörde sind insgesamt knapp drei Monate vergangen. Die Behörde hat sämtliche vom Bewilligungsdekret vorgeschriebenen Fristen eingehalten. Nach Eingang der Stellungnahme des Beschwerdegegners zur Einsprache des Beschwerdeführers benötigte die Gemeinde einen Monat für die Ausarbeitung des Entscheides. Auch diese Dauer ist nicht zu beanstanden. Soweit der Beschwerdeführer der Gemeinde uneffizientes Verhalten oder Rechtsverzögerung vorwirft, erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Allfällige Zugeständnisse von Seiten des Beschwerdegegners haben zudem keine Auswirkungen auf die Frage der Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens. Ob ein Vertreter des Beschwerdegegners dem Beschwerdeführer je ein Angebot für den Rückbau unterbreitet hat oder nicht, ist daher für die vorliegende Beurteilung nicht relevant.

3. Bewilligungspflicht

a) Der Beschwerdegegner bringt vor, es sei von Amtes wegen zu prüfen, ob das "Geländer" von weniger als 1.2 Meter Höhe, das in Beton anstelle mit Staketen ausgeführt wurde, überhaupt einer Baubewilligung und damit einer Projektänderung bedürfte.

b) Eine Projektänderung liegt vor, wenn das Bauvorhaben in seinen Zügen gleich bleibt (Art. 43 Abs. 1 BewD). Eine Änderung ist aber nur dann bewilligungspflichtig, wenn sie mehr als geringfügig ist und für sich genommen einer Bewilligung bedarf.⁵ Bis zu 1.2 Meter hohe Einfriedungen, Stützmauern und Schrägrampen bedürfen grundsätzlich keiner

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 32 N. 12a.

Baubewilligung (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Wird aber eine Mauer mit einer Einfriedung kombiniert, so werden sie in der Höhe zusammengerechnet.⁶

c) Die Stützmauer weist zum Teil eine Höhe von über einem Meter auf. Die Absturzsicherung resp. die Einfriedung selber weist zusätzlich eine Höhe von einem Meter auf. Werden die beiden Bauteile zusammen betrachtet, so entsteht im östlichen Bereich eine Mauer mit einer Höhe von über zwei Metern. Auf Grund derselben Materialisierung wirken die Stützmauer und die Absturzsicherung resp. Einfriedung zudem auch optisch als Einheit. Die Mauer ist dementsprechend bewilligungspflichtig. Daher unterliegt auch die Änderung der Materialisierung der Bewilligungspflicht. Der Beschwerdeführer hat zudem selber bei der Gemeinde ein nachträgliches Baugesuch eingereicht. Er hat somit zum damaligen Zeitpunkt die Bewilligungspflicht nicht in Frage gestellt, sondern hat damit selber ein Bewilligungsverfahren ausgelöst.

4. Ästhetikvorschriften

a) Der Beschwerdeführer beantragt, die mächtige und unschöne Mauer sei zurückzubauen. Damit rügt er sinngemäss, das Bauvorhaben halte die massgeblichen Ästhetikvorschriften nicht ein.

b) Bauten, Anlagen, Reklamen, Anschriften und Bemalungen dürfen Landschaften, Orts- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen (Art. 9 Abs. 1 BauG). Diese Vorschrift stellt die „ästhetische Generalklausel“ im Sinne eines allgemeinen Beeinträchtigungsverbots dar. Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn ein Bauvorhaben einen Gegensatz zur bestehenden Überbauung schafft, der erheblich stört. Die Gemeinden dürfen eigene Ästhetikvorschriften erlassen, die über die kantonalen Vorschriften hinausgehen können. Derartige Vorschriften müssen, um selbständige Bedeutung zu erlangen, konkreter gefasst sein als die Anordnungen des kantonalen Rechts, sie dürfen Letztere nicht bloss allgemein anders formulieren.⁷

⁶ Vgl. BSIG Nr. 7/725.1/1.1, "Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG", Ziff. 2 i.

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 9/10 N. 4 und 13; BVR 2009 S. 328 E. 5.2 mit Hinweisen.

Das Baureglement der Gemeinde Langnau im Emmental verlangt, dass neue Gebäude in der Zone für öffentliche Nutzung E._____ mit den bestehenden Bauten ein verträgliches Ensemble mit guter Gesamtwirkung ergeben (vgl. Art. 3 Abs. 2 Ziff. 6 GBR⁸). Diese Bestimmung geht weiter als Art. 9 Abs. 1 BauG; ihr kommt daher selbständige Bedeutung zu.

Der Begriff „gute Gesamtwirkung“ stellt einen unbestimmten kommunalen Gesetzesbegriff dar, bei dessen Auslegung die kommunalen Behörden einen gewissen Beurteilungsspielraum haben. Jedoch dürfen auch an das Erfordernis der guten Gesamtwirkung nicht unverhältnismässig hohe Ansprüche gestellt werden. Die gute Gesamtwirkung ist weder an geringen noch an besonders hohen architektonischen Qualitäten zu messen. Das bedeutet bei durchschnittlichen örtlichen Gegebenheiten, dass das Mittelmass der Umgebung nicht gestört werden darf und sich eine neue Baute oder Anlage an den qualitativ hochwertigeren Bauten und Anlagen der Umgebung zu orientieren hat.⁹

c) Gegenstand der Beurteilung bildet das Geländer resp. die damit verbundene Erhöhung der rückwärtigen Stützmauer aus Beton. Im Vergleich zum ursprünglich bewilligten Baugesuch beschränkt sich die hintere Mauer nicht darauf, den Höhenunterschied zur Terrasse zu stützen, sondern sie dient gleichzeitig auch als Einfriedung und Absturzsicherung. Aus der Entfernung betrachtet scheint es, als sei die Mauer insgesamt einen Meter höher. Zudem verdeckt sie das dahinterliegende Gebäude teilweise. Ein Staketengeländer hätte den Blick zum Gebäude freier gelassen. Die vorliegend zu beurteilende Variante nimmt aber die bereits vorhandene Materialisierung der Stützmauer auf. Auf Grund der vorderen und ähnlich hohen Mauer erscheint sie im Kontext betrachtet nicht als übermässig hoch. Die beiden durch die Rampe versetzten Mauern sind beinahe spiegelbildlich erstellt. Dank der einheitlichen Materialisierung wirkt das Bauvorhaben insgesamt sehr ruhig. Das Geländer fügt sich gut in die bereits vorhandene Materialisierung und Gestaltungsart ein. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Erhöhung der Mauer vom öffentlichen Grund aus nicht stark in Erscheinung tritt. Gemäss der von der Gemeinde eingereichten Fotodokumentation ist die Erhöhung der Mauer nur vom westlichen Bereich des F._____wegs, das heisst von den Standorten

⁸ Baureglement der Gemeinde Langnau im Emmental, vom 12. Dezember 2011, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung.

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 9/10 N. 4a; BVR 2009 S. 329 E. 5.3, BVR 2006 S. 491 E. 6.3.1.

Nr. 3 und 8 gut wahrnehmbar. Bei der seitlichen Betrachtung von der G. _____ strasse resp. vom Standort Nr. 2 tritt sie hinter dem vorderen Staketengeländer beinahe vollständig zurück und ansonsten verbirgt sie sich hinter bereits bestehenden Gebäuden oder Bepflanzungen.¹⁰ Die Ästhetikvorschrift für die Zone E. _____ zielt schliesslich darauf ab, dass bei der Gesamtbetrachtung dieser Zone eine gute Wirkung entsteht. Im Vergleich zu den umliegenden Gebäuden kommt der Stützmauer resp. der sich darauf befindenden Absturzsicherung und Einfriedung mit einer Höhe von einem Meter eine nur untergeordnete Bedeutung zu. Es ist dementsprechend nachvollziehbar, dass die Gemeinde bei ihrer Beurteilung zum Schluss gekommen ist, das Bauvorhaben führe insgesamt zu einer guten Gesamtwirkung des Gebäudeensembles. Die Gemeinde hat ihren Ermessensspielraum nicht überschritten und ihre Ästhetikvorschriften korrekt angewendet. Auch diese Rüge und damit die Beschwerde insgesamt erweist sich als unbegründet.

5. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹¹).

b) Der Beschwerdeführer hat zudem dem Beschwerdegegner die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Die Höhe des vom Anwalt des Beschwerdegegners verlangten Honorars gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Allerdings ist der Beschwerdegegner mehrwertsteuerpflichtig.¹² Er kann somit die von seinem Rechtsvertreter auf ihn überwälzte Mehrwertsteuer in seiner eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihm fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Die in der Kostennote des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners aufgeführte

¹⁰ Vgl. Fotodokumentation der Gemeinde Langnau im Emmental vom 31. Oktober 2017.

¹¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

¹² Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>.

Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.¹³ Der Beschwerdeführer hat somit dem Beschwerdegegner die Parteikosten von Fr. 2'200.– zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Entscheid der Gemeinde Langnau im Emmental vom 23. August 2017 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Der Beschwerdeführer hat dem Beschwerdegegner die Parteikosten im Betrag von Fr. 2'200.– zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn A._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher C._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Langnau i.E., Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer

¹³ BVR 2014 S. 484 E. 6.

Regierungsrätin