

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/125

Bern, 23. Januar 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 3

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 4

Herrn **E.**_____
Beschwerdeführer 5

Beschwerdeführende 3 bis 5 vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____

und

Frau **G.**_____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt H._____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Merzligen, Gemeindeverwaltung,
Schulgasse 3, 3274 Merzligen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Merzligen vom
1. September 2017 (Baugesuchs-Nr. 741 - 08/14; Umgebungsgestaltung)



I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtbauentscheid vom 12. Januar 2015 erteilte das Regierungsstatthalteramt Seeland der Beschwerdegegnerin die Baubewilligung für den Neubau eines Einfamilienhauses mit Nebengebäude auf der Parzelle Merzligen Gbbl. Nr. I._____. Am 9. Juli 2015 bewilligte die Gemeinde Merzligen eine hier nicht interessierende Projektänderung.

2. Am 18. Februar 2016 reichten die Beschwerdeführenden 3-5 in Bezug auf die Umgebungsgestaltung baupolizeiliche Anzeige bei der Gemeinde ein. Sie rügten, dem damaligen Baugesuch habe nicht entnommen werden können, dass derartige, baubewilligungspflichtige Terrainveränderungen vorgenommen werden sollten. Die ausgeführte Umgebungsgestaltung und Stützmauer stimmten auch nicht mit den bewilligten Plänen überein. Mit Verfügung vom 18. Mai 2016 stellte die Gemeinde fest, dass die Bauten und Anlagen auf der Parzelle Nr. I._____ weder formell noch materiell rechtswidrig seien. Diese Verfügung fochten die Beschwerdeführenden 3-5 am 17. Juni 2016 mit Beschwerde bei der BVE an (Verfahren RA Nr. 120/2016/28). Im Verlauf des Beschwerdeverfahrens verlangte die Gemeinde dennoch ein nachträgliches Baugesuch für die Umgebungsgestaltung.¹ Am 15. August 2016 reichte die Beschwerdegegnerin bei der Gemeinde ein Projektänderungsgesuch ein, das einerseits die Umgebungsgestaltung, andererseits Änderungen bei der westlichen Nebenbaute und eine Schallschutzwand entlang der Kantonsstrasse zum Gegenstand hatte.

3. Die Beschwerdeführenden 1-2 und 3-5 erhoben je Einsprache gegen das Projektänderungsgesuch vom 15. August 2016, soweit es die Umgebungsgestaltung betraf. Die Beschwerdegegnerin reichte am 31. Januar 2017 überarbeitete Pläne ein ("rev. 23. 01.2017"). In der Folge führte die Gemeinde das Baubewilligungsverfahren für die Umgebungsgestaltung und die übrigen Projektänderungen getrennt weiter. Am 9. Mai 2017 erteilte sie die Teilbaubewilligung für die Verlängerung der westseitigen Nebenbaute sowie die Schallschutzwand entlang der Kantonsstrasse. Diese Bewilligung wuchs unangefochten in Rechtskraft. In Bezug auf die umstrittene Umgebungsgestaltung liess die

¹ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde vom 17. August 2016 an die BVE, Vorakten Register 3

Gemeinde vom Geometer Geländeaufnahmen erstellen, die sie den Beschwerdeführenden 3-5 sowie der Beschwerdegegnerin am 22. August 2017 zustellte.² Mit Bauentscheid vom 1. September 2017 erteilte die Gemeinde die Teilbaubewilligung für die Umgebungsgestaltung.

4. Dagegen gelangten die Beschwerdeführenden 1-2 am 28. September 2017 mit Beschwerde an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Ihre Rügen betreffen die Stützmauer bei der südlichen Parzellengrenze. Sie machen insbesondere geltend, die Pläne stimmten nach wie vor nicht mit dem bestehenden Zustand überein. Anstelle der eingezeichneten Böschung stehe die "TerraMur" – ein Rostgitter, hinterlegt mit erdgefülltem, schwarzem Plastik – mit einem Winkel von 80° direkt auf der Blocksteinmauer. Dies bewirke eine zusätzliche Erhöhung der Mauer und entspreche nicht der Abmachung mit der Bauherrin. Erforderlich sei eine zurückversetzte Böschung von höchstens 45° Neigung. Es treffe auch nicht zu, dass die Höhe der Mauer von 4,2 m vom Regierungsstatthalteramt rechtskräftig bewilligt worden sei, zumal die Höhe auf den bewilligten Plänen nicht dargestellt gewesen sei.

Am 4. Oktober 2017 reichten die Beschwerdeführenden 3-5 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen die Aufhebung des Gesamtentscheides vom 1. September 2017 und Erteilung des Bauabschlags. Sie rügen insbesondere die Verletzung des rechtlichen Gehörs, die Verletzung der Gestaltungsvorschriften und eine Überschreitung der zulässigen Höhen bei den geschlossenen Holzbretterzäunen.

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde nahm mit Eingabe vom 3. November 2017 Stellung zu den Beschwerden, ohne einen expliziten Antrag zu stellen. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 6. November 2017, die Beschwerden seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

² E-Mail der Gemeinde vom 22. August 2017, Vorakten Register 2

³ 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)

Am 21. November 2017 reichte die Beschwerdegegnerin eine Projektänderung ein. Sie hält dazu fest, dass die "TerraMur" zurückgebaut und die Blocksteinmauer weitergeführt werde, wie sie vom Regierungsstatthalteramt mit Gesamtbauentscheid vom 12. Januar 2015 bewilligt worden sei.

Das Rechtsamt stellte die Projektänderung den Beteiligten vorerst zur Kenntnisnahme zu. Am 20. Dezember 2017 reichten die Beschwerdeführenden 1-2 eine Stellungnahme ein.

6. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG⁴ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerden zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Alle Beschwerdeführenden verfügen als Grundeigentümer bzw. Bewohner von benachbarten Liegenschaften über die erforderliche Beziehungsnähe zum Bauvorhaben (vgl. Art. 65 Abs. 1 VRPG⁵). Sie sind durch den vorinstanzlichen Bauentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist einzutreten.

2. Stützmauer an der südlichen Parzellengrenze

a) Die Beschwerdegegnerin hat die vorbestehende Böschung zu den südöstlich gelegenen Parzellen durch eine Terrainauffüllung ersetzt. Entlang der südlichen

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

Parzellengrenze hat sie eine rund 35 m lange Blocksteinmauer erstellt. Auf einem über 19 m langen Abschnitt der Stützmauer ist der oberste Teil mit einer sogenannten TerraMur ausgebildet, d.h. einem erdbewehrten Stützsystem mit Armierungseisen, das sich zur Begrünung eignet. Darauf befindet sich ein Maschendrahtzaun als Absturzsicherung, der sich gegen Osten auf der Blocksteinmauer fortsetzt. Wie hoch die Blocksteinmauer samt TerraMur aktuell ist, lässt sich den von der Gemeinde bewilligten Plänen nicht entnehmen, nach den Fotos zu schliessen ist sie mehrere Meter hoch.⁶ Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin würde die im vorliegenden Verfahren eingereichte Projektänderung den bewilligten Zustand herstellen. Aus den neuen – allerdings unzureichend vermassten – Projektplänen kann herausgemessen werden, dass die Stützbaute (sei es als reine Blocksteinmauer oder Blocksteine und TerraMur) zwischen ca. 3,5 m (Schnitt A) und 4,2 m (Schnitt C) hoch ist.⁷ Die Höhe der gegen Osten anschliessenden Blocksteinmauer lässt sich den Plänen nicht entnehmen, da entsprechende Schnitte fehlen. Nach den Fotos zu schliessen, wurde sie in der Höhe stufenweise reduziert.⁸

b) Die Gemeinde hat nur die TerraMur beurteilt, weil sie davon ausgeht, dass eine bis zu 4,2 m hohe Stützmauer aus Blocksteinen bereits mit Gesamtentscheid des Regierungsstatthalters vom 12. Januar 2015 bewilligt wurde. Davon geht auch die Beschwerdegegnerin aus. Demgegenüber machen die Beschwerdeführenden 1-2 geltend, dass sich die Baubewilligung nur auf das Wohnhaus und die Nebengebäude bezogen habe. Die Umgebung sei in den Plänen nicht detailliert dargestellt gewesen und die Angabe der Höhe der Mauer habe gefehlt. Aus der Skizze für die Umgebungsgestaltung lasse sich auch kein richtiges Bild der Mauer gewinnen.

c) Es wird zu Recht nicht infrage gestellt, dass eine bis zu 4,2 m hohe Stützmauer, die zusätzlich eine Absturzsicherung erfordert, raumrelevant und daher ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben ist (vgl. Art. 1a BauG). Baubewilligungsfrei sind nur geringfügige Bauvorhaben wie bis zu 1,20 m hohe Einfriedungen und Stützmauern (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD⁹). Im Baugesuch sind die Vorhaben zu bezeichnen und alle für die baurechtliche Beurteilung erforderlichen Angaben aufzuführen. Unter anderem sind die Hauptdimensionen der Bauten und Anlagen, ihre Konstruktionsart, die wichtigsten

⁶ Vgl. Fotos, Beschwerdebeilage der Beschwerdeführenden 1-2

⁷ Plan Detailschnitte A-C 1:50, 1:20 vom 31.10.2017; Plan Umgebung 1:100 rev. am 6.11.2017

⁸ Vgl. Fotos, Beschwerdebeilage der Beschwerdeführenden 1-2

⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

Baumaterialien, Art und Farbe der Fassaden und der Bedachung zu bezeichnen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d BewD). Dem Baugesuch sind der Situationsplan und die korrekt vermassten Projektpläne beizulegen (Art. 10 Abs. 3 und Art. 14 BewD). Die vorgesehene Terraingestaltung (Gebäudeanschlüsse, Böschungen, Stützmauern) und die festen Einfriedungen müssen aus den Plänen ersichtlich sein (Art. 14 Abs. 3 BewD). Gleichzeitig ist das Bauvorhaben zu profilieren, was auch für hohe Stützmauern gilt (Art 16 BewD).¹⁰ Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, sind nicht bewilligt. Nur was aus den Plänen mit hinreichender Klarheit hervorgeht, kann von der Behörde bewilligt und rechtskräftig werden. Schematische Darstellungen genügen nicht. Im Fall von unklaren oder missverständlichen Bauplänen trägt die Bauherrschaft die Folgen unklarer Planinhalte.¹¹

d) Gegenstand des Baugesuchs vom 27. November 2014 und der Baupublikation war das Einfamilienhaus mit Nebengebäude. Eine bis zu 4,2 m hohe Stützmauer wurde nicht als Bauvorhaben genannt. Auf dem bewilligten Plan "Erdgeschoss/Situation" (ohne Massstab), der erst im Verlauf des Baubewilligungsverfahrens eingereicht wurde, ist die geplante Umgebungsgestaltung von Hand skizziert. Daraus geht hervor, dass bei der südlichen Parzellengrenze, östlich der Sichtschutzwand eine Steinmauer vorgesehen ist, an die sich eine Einfriedung mit grösseren Blocksteinen anschliesst. Der Skizze sind aber keine weiteren Details zu entnehmen. Auf dem bewilligten Plan "Querschnitt A" ist eine Natursteinmauer mit einer Höhe von ca. 1,7 m als Schnitt eingetragen. Auf dem Plan "Nordostfassade" ist die Natursteinmauer ebenfalls im Schnitt eingezeichnet und weist dort eine Höhe von ca. 3 m auf. Die Höhe und Gestaltung der gesamten Stützmauer ist aber auf keinem einzigen Plan ersichtlich. Aus dem bewilligten Plan "Südostfassade" kann wohl herausgemessen werden, dass die maximale Terraindifferenz zwischen dem "NT" auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerin und "GWT Grenze Süd" etwa 4,2 m beträgt. Mit diesen Abkürzungen sind vermutlich das neue Terrain und das gewachsene Terrain auf der südlichen Parzellengrenze gemeint. Auch wenn auf dem Plan "Erdgeschoss/Situation" mit der skizzierten Umgebungsgestaltung eine Steinmauer eingezeichnet ist, lässt sich daraus nicht ableiten, dass eine 4,2 m hohe Stützmauer aus Blocksteinen geplant war; dies wäre reine Spekulation. Die Überwindung der Terraindifferenz könnte nämlich auch mit

¹⁰ Baubewilligungsverfahren; Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben vom 14. April 2010, Ziff. 4 (BSIG Nr 7/721.0/10.1), abrufbar unter <www.bsig.jgk.be.ch>

¹¹ VGE 2016/345 vom 23. Mai 2017 E. 2.3; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 34 N. 19

einer weniger hohen Stützmauer und einer Böschung erfolgen. Aus den bewilligten Plänen geht somit nicht hinreichend hervor, dass eine bis zu 4,2 m hohe Stützmauer vorgesehen war. Die Pläne sind unvollständig und unklar, die Stützmauer ist nicht bewilligt.

d) Da die südseitige Stützmauer als solche nicht bewilligt ist, handelt es sich für die gesamte Mauer um ein nachträgliches Baugesuch. Es hätte daher nicht nur die Gestaltung mit TerraMur, sondern die gesamte Mauer beurteilt werden müssen, und zwar sowohl hinsichtlich der ästhetischen Gestaltung als auch hinsichtlich der baupolizeilichen Masse. Die Beschwerdegegnerin wird daher noch mitteilen müssen, ob sie an der im Beschwerdeverfahren eingereichten Projektänderung festhält, bei der zwei weitere Blocksteinreihen vorgesehen sind. Zudem sind korrekt vermasste, aussagekräftige Projektpläne für die Stützmauer erforderlich.

3. Einfriedungen entlang der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenze

a) Umstritten sind unter anderem die geschlossenen Holzbretterzäune entlang der nördlichen sowie die Einfriedung aus Blocksteinen und der Holzbretterzaun bei der östlichen Grundstücksgrenze, und zwar hinsichtlich der Gestaltung wie auch in Bezug auf deren Höhe. Einfriedungen, die über 1,20 m hoch sind, sind baubewilligungspflichtig (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Auch bei diesen Holzbretterzäunen handelt es sich um ein nachträgliches Baugesuch: Auf dem am 12. Januar 2015 bewilligten Plan "Erdgeschoss/Situation" war entlang der Nord-, Ost- und Südgrenze mit blauer Farbe eine Einfriedung eingetragen, die in der Legende als "Zaun mit Tor (Absturzsicherung)" bezeichnet wurde. Aus dieser Bezeichnung ergibt sich weder die Höhe noch die Materialisierung. Die heute bestehenden Holzbretterzäune wurden mit Gesamtbauentscheid von 2015 nicht bewilligt.

b) In der Einsprache rügten die Beschwerdeführenden 3-5 fehlende Angaben zu den Terrainhöhen, weshalb sich nicht zuverlässig beurteilen lasse, ob der Zaun die Maximalhöhe einhalte. Sie verlangten Geländeaufnahmen durch einen Geometer, welche die Gemeinde einholte. Mit Beschwerde rügen die Beschwerdeführenden 3-5 nun u.a., dass ihnen die Gemeinde keine Gelegenheit mehr gegeben habe, zu den Geometeraufnahmen Stellung zu nehmen und dass der Bauentscheid bereits kurz nach Kenntnissgabe dieser Unterlagen erging.

Das rechtliche Gehör umfasst auch den Anspruch, sich zu den eingegangenen Akten und Beweismitteln äussern zu können (Art. 21 ff. VRPG¹² und Art. 26 KV¹³). Die Beschwerdeführenden konnten in der Beschwerde zu den Geländeaufnahmen des Geometers Stellung nehmen und gestützt auf diese Unterlagen ihre Rügen zur Zaunhöhe begründen. Damit ist eine allfällige Gehörsverletzung geheilt. Die Rüge betreffend der überschrittenen Höhe konnte aber erst im Rechtsmittelverfahren konkret erhoben werden. In diesem Zusammenhang ist nun umstritten, ob und inwieweit auch auf den Nachbarparzellen Terrinaufschüttungen erfolgt sind und von welchem Terrain aus zu messen ist. Über diese Fragen muss erstmals entschieden werden.

c) Das Baureglement der Gemeinde Merzligen¹⁴ enthält keine Vorschriften über die Zulässigkeit und Masse von Stützmauern und Einfriedungen. Die Beschwerdeführenden 3-5 bringen vor, gestützt auf Art. 3 NBRD¹⁵ gelte die Bestimmung von 79k EG ZGB zu den Einfriedungen als öffentlich-rechtliche Vorschrift der Gemeinde. Die Gemeinde und die Beschwerdegegnerin machen demgegenüber geltend, im GBR seien die nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB nur als Hinweise aufgeführt, aber nicht explizit als öffentlich-rechtliche Bestimmungen übernommen worden. Da die Gemeinde ein Baureglement erlassen habe, sei das NBRD nicht anwendbar. Die behauptete Verletzung von Art. 79k EG ZGB sei zivilrechtlich geltend zu machen. – Die Frage, ob die Bestimmungen von Art. 79 ff. EG ZGB im Baubewilligungsverfahren als öffentlich-rechtliche Vorschriften zu prüfen sind, stellt sich auch in Zusammenhang mit der südlichen Stützmauer.

d) Bei den nachbarrechtlichen Vorschriften von Art. 79 ff. EG ZGB handelt es sich um zivilrechtliche Vorschriften. Den Gemeinden steht es jedoch frei, für baubewilligungspflichtige Anlagen und Bauten die entsprechenden Bestimmungen des EG ZGB als öffentlich-rechtliche Bestimmungen in das Baureglement zu übernehmen. Davon kann aber nur ausgegangen werden, wenn die Übernahme klar und eindeutig erfolgt.¹⁶ Das Baureglement der Gemeinde Merzligen weist in der Rubrik "Lesehilfe/Abkürzungen" und im

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹³ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

¹⁴ Bau- und Nutzungsreglement der Einwohnergemeinde Merzligen, vom Amt für Gemeinden und Raumordnung genehmigt am 24. Dezember 2009 (GBR)

¹⁵ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13)

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 12 N. 13a

Anhang 5 auf die nachbarrechtlichen Vorschriften von Art. 79 ff. EG ZGB hin. Dies stellt keine explizite Übernahme der zivilrechtlichen Bestimmungen in das Baureglement dar.

e) Soweit bestehende Gemeindebauvorschriften einen baurechtlich wesentlichen Sachverhalt nicht oder nur lückenhaft ordnen, gilt das Normalbaureglement als ergänzendes Recht, wenn es eine den Verhältnissen der Gemeinde angemessene Regelung enthält (Art. 70 Abs. 3 BauG und Art. 1 Abs. 2 NBRD). Zwar hat die Gemeinde die frühere Bestimmung zur Maximalhöhe von Stützmauern (1,20 m) nicht in das neue Baureglement übernommen. Dem Bericht zur Ortsplanungsrevision von 2008/2009 ist nicht zu entnehmen, welche Gründe die Gemeinde dazu bewogen haben. Im Amtsbericht zum Bauvorhaben auf der Parzelle Nr. I. _____ hielt die Gemeinde zur Stützmauer hingegen fest, "anlässlich der Baureglements-Revision wollte man die Bestimmungen etwas lockern, indem bei guter Gestaltung auch einmal eine 1,80 m hohe Stützmauer bewilligt werden kann."¹⁷ Dies lässt einerseits auf eine bewusste Regelungslücke schliessen. Andererseits ergibt sich daraus aber auch, dass die Gemeinde nur eine Flexibilisierung im kleineren Rahmen bezweckte und nicht an eine mehrere Meter hohe Stützmauer dachte. Die vorliegende Stützbaute ist bis zu 4,2 m hoch und überschreitet damit sogar die zulässige Gebäudehöhe einer unbewohnten Nebenbaute (3 m, vgl. Art. 3.2 GBR). Für einen baurechtlich wesentlichen Sachverhalt fehlt somit eine Regelung, so dass diesbezüglich das NBRD heranzuziehen ist.

Nach Art. 3 NBRD gelten die nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB über Stützmauern und Einfriedungen sowie über die Ausführung der Brandmauern als öffentlich-rechtliche Vorschriften der Gemeinde. Gemeint sind nur die baubewilligungspflichtigen, mithin festen Einfriedungen wie Holzwände, Mauern, Zäune etc. In Art. 3 NBRD werden die Böschungen nicht genannt, so dass Art. 79h EG ZGB nur soweit als öffentlich-rechtliche Bestimmung gilt, als sie sich mit den Stützmauern befasst.¹⁸ Das Erstellen einer Böschungsneigung von maximal 45° müsste daher zivilrechtlich durchgesetzt werden. Im Übrigen ist die Einhaltung von Art. 79k Abs. 1 und 2 EG ZGB sowie Art. 79h Abs. 3 EG ZGB bei der Stützmauer und den Einfriedungen im Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Dies ist im vorinstanzlichen Verfahren noch nicht geschehen. Zu berücksichtigen sind

¹⁷ Amtsbericht der Gemeinde vom 16. September 2014, Vorakten Register 5

¹⁸ Zum Ganzen Peter Ludwig, Die nachbarrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 79 ff. EG/ZGB in KPG Bulletin 2/1982 S. 23 ff.; BSIG Nr. 7/721.0/10.1, Baubewilligungsverfahren; Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben vom 14. April 2010, Ziff. 4.2

dabei auch die in der BSIG Nr. 7/721.0/10.1 aufgeführten Empfehlungen zu Stützmauern und Sicherheitsmassnahmen.¹⁹

4. Rückweisung

a) Zusammenfassend steht fest, dass die Stützmauer entlang der Südgrenze nicht bewilligt ist und als Ganzes noch durch die Baubewilligungsbehörde beurteilt werden muss. Auch die zulässige Höhe und Einhaltung des Abstands bei den Einfriedungen auf der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenze muss baurechtlich noch geprüft werden. Es ist nicht Sache der BVE als Rechtsmittelbehörde, diese erstmaligen Beurteilungen vorzunehmen.

b) Auch nicht als entscheidreif erweist sich die Sache hinsichtlich der ästhetischen Beurteilung der Umgebungsgestaltung. Die Gemeinde hat im angefochtenen Entscheid erwogen, die Gestaltung richte sich im Rahmen der Möglichkeiten (Grundstück am Hang) nach ortsüblichen Merkmalen. Die Natursteinmauern, Aufschüttungen und Holzwände seien in Merzligen nicht ortsfremde Gestaltungselemente. Es trifft wohl zu, dass solche Gestaltungselemente in den Gärten von Merzligen vorzufinden sind. Zu beurteilen ist aber die vorliegende Umgebungsgestaltung mit der bis zu 4,2 m hohen Stützmauer aus Bruchsteinen und TerraMur, der insgesamt rund 42 m langen Holzbretterwand mit Sichtschutzcharakter, mit dem terrassiertem Terrain, das durch Stützmauern befestigt wird. Die Gemeinde hat sich noch nicht konkret dazu geäußert, ob die vorgenommene Aussengestaltung den ästhetischen Anforderungen von Art 14 BauG und Art. 8.6 GBR genügt. Einer Beurteilung bedürfen in diesem Zusammenhang auch das südliche Ende der Holzbretterwand, das teilweise in der Luft hängt und das Stück Bretterwand, das nach dem Eckstück auf der Nordseite gegen Osten ragt und ohne erkennbaren Nutzen für die Beschwerdegegnerin ist.

c) Es ist nicht Sache der BVE, weitere Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen und als erste Instanz über die Zulässigkeit der Einfriedungen, über die südseitige Stützmauer und die Gestaltung des Gartens zu entscheiden. Soweit das nachträgliche Baugesuch (bzw. gegebenenfalls die Projektänderung bei der südlichen Stützmauer) nicht oder nur teilweise

¹⁹ BSIG Nr. 7/721.0/10.1, Baubewilligungsverfahren; Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben vom 14. April 2010, Ziff. 4.3 und 4.4

bewilligt werden kann, wird die Gemeinde zudem über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu entscheiden haben (vgl. Art. 46 Abs. 2 BauG). Die Sache erweist sich somit in mehrerer Hinsicht nicht als entscheidreif. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Gemeinde zurückzuweisen (vgl. Art. 72 VRPG).

5. Kosten

a) Zu beurteilen waren zwei separat eingereichte Beschwerden, die vereinigt wurden. Die Verfahrenskosten der beiden Beschwerden werden daher reduziert und bestimmt auf eine Pauschalgebühr von insgesamt Fr. 1'200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁰).

b) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei den besonderen Umständen stehen behördliche Fehlleistungen im Vordergrund, die für die Parteien mit erheblichem Mehraufwand verbunden gewesen sind. Wird eine Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren geheilt, kann dies bei den Kosten berücksichtigt werden. Zu berücksichtigen sind nur Normverstösse von einem gewissen Gewicht.²¹ Die gerügte und bereits mit Einreichung der Beschwerde geheilte Gehörsverletzung hat weder den Parteien noch der BVE erhebliche Kosten verursacht. Die Beschwerdeführenden 3-5 haben in ihrer Beschwerde insbesondere auch Rügen zur Gestaltung erhoben. Die unterbliebene Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Geometeraufnahmen war nicht ursächlich für das Einreichen der Beschwerde. Es liegen somit keine besonderen Umstände vor, die eine Ausscheidung von Verfahrenskosten zulasten des Kantons rechtfertigen würden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerin. Sie hat die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.– zu tragen.

²⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 9; BVR 2004 S. 133 E. 3.1

c) Die Verlegung der Parteikosten folgt den obgenannten Grundsätzen (vgl. Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerdeführenden 1-2 waren nicht anwaltlich vertreten und haben daher keinen Anspruch auf Ersatz von Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdegegnerin hat hingegen den Beschwerdeführenden 3-5 die Parteikosten zu ersetzen. Die Kostennote im Betrag von Fr. 4'017.60 (inkl. Spesen und MWSt) des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden 3-5 gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

III. Entscheid

1. Die Beschwerden werden gutgeheissen. Der Bauentscheid der Gemeinde Merzligen vom 1. September 2017 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde zurückgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden 3-5 die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'017.60 (inkl. Spesen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Den Beschwerdeführenden 1-2 werden keine Parteikosten zugesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau B._____ und Herrn A._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt H._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Merzligen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION

Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin