

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/25

Bern, 15. Mai 2017

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

Herrn **B.** _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 1



Frau **C.** _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wichtrach, Gemeindeverwaltung,
Stadelfeldstrasse 20, 3114 Wichtrach

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wichtrach vom
24. Januar 2017 (632/16.027; Schutzgeländer aus Glas/Metall auf Flachdachbau)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtbauentscheid des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland vom
24. Mai 2013 erhielt die Beschwerdeführerin die Bewilligung für den Abbruch bestehender
Gebäude und den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Einstellhalle sowie einer Garage

für vier Fahrzeuge.¹ Auf einem Hausteil mit Flachdach in der nordöstlichen Ecke des Mehrfamilienhauses erstellte die Beschwerdeführerin eine Terrasse, welche zur Wohnung der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten im Dachgeschoss gehört. Gemäss den ursprünglich bewilligten Plänen sind an der Aussenseite der Terrasse Pflanzentröge eingezeichnet, kombiniert mit einem Metallgeländer geringer Höhe auf der Innenseite der Pflanzentröge.² Im Protokoll der Rohabnahme vom 27. Januar 2014 wurde die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht, dass die SIA-Norm 358:2010 respektive die bfu-Normen bezüglich Geländer und Brüstungen einzuhalten seien.³ In den Projektänderungsplänen vom 20. Juni 2014, die offenbar die mangelhaften Geländer bzw. nicht bewilligte Verglasungen der Balkone der Wohnungen im Obergeschoss betreffen, sind ebenfalls Pflanzentröge mit einem Metallgeländer geringer Höhe auf der Innenseite eingezeichnet.⁴ Die Beschwerdeführerin stellte auf die Aussenseite der Pflanzentröge eine ein Meter hohe Glaswand, welche mit Metallverstreben befestigt ist. Die Gemeinde stellte fest, dass dadurch die zulässige Gebäudehöhe überschritten wird und forderte die Beschwerdeführerin auf, innert zwei Monaten ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.⁵ Die Beschwerdeführerin reichte am 2. September 2016 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein für die Erstellung eines Schutzgeländers aus Glas/Metall auf den Flachdachbau auf Parzelle Wichtrach Grundbuchblatt Nr. D._____. Die Parzelle liegt in der Wohn- und Arbeitszone WA2. Mit Verfügung vom 24. Januar 2017 erteilte die Gemeinde den Bauabschlag (Ziff. 1) und ordnete die Entfernung des Schutzgeländers aus Glas/Metall an (Ziff. 2). Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme (Ziff. 3) und eine Busse bei Nichtbefolgung an (Ziff. 4).

2. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 23. Februar 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein und verlangte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Erteilung der Baubewilligung.

¹ Vorakten Gemeinde, Ordner 2, Dokument 47

² Vorakten Gemeinde, Ordner 2, Dokumente 108 f.

³ Vorakten Gemeinde, Ordner 2, Dokument 60, bei der aktuellen Ausgabe der bfu-Norm handelt es sich um Beispiel 8

⁴ Vorakten Gemeinde, Ordner 2, Dokumente 59 und 99 ff.

⁵ Vorakten Gemeinde, Ordner 2, Dokument 56

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁶, beteiligte die Grundeigentümer von Amtes wegen am Verfahren, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten beantragen sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Erteilung der Baubewilligung, eventualiter den Verzicht auf die Wiederherstellung. Die Gemeinde hält in ihrer Stellungnahme an ihrem Entscheid fest. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Angefochten ist der Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Wichtrach vom 24. Januar 2017. Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG⁷). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des vorinstanzlichen Entscheids beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde wird eingetreten.

2. Bewilligungsfähigkeit

a) Gemäss Art. 13 des Gemeindebaureglements der Gemeinde Wichtrach vom August 2010 (GBR) beträgt die maximale Gebäudehöhe in der Wohn- und Arbeitszone WA2 7 m. Die Gebäudehöhe wird in jeder Fassadenmitte gemessen und zwar vom gewachsenen Boden bis zur Schnittlinie der Fassadenflucht mit der Oberkante des Dachsparrens, bei Flachdächern bis oberkant offene oder geschlossene Brüstung (Anhang I, Art. 6 Abs. 1 GBR). Es ist unbestritten, dass die Glaswand mit Metallverstreben, welche auf der Aussenseite der Pflanzentröge steht, die zulässige Gebäudehöhe überschreitet. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten gehen davon aus, dass die Glasbrüstung lediglich

⁶ 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)

⁷ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

ca. 30 cm zu hoch ist. Gemäss den massgebenden Plänen und dem Ausnahmegesuch beträgt die Überschreitung jedoch 40 cm.⁸

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. 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.⁹

c) Die Beschwerdeführerin begründet das Ausnahmegesuch insbesondere damit, dass für einen genügenden Schutz ein Schutzgeländer aus Glas/Metall habe auf die Brüstung gestellt werden müssen. Die äusserliche Wirkung der Höhe dieses Gebäudeteils werde durch die filigrane Art des Glasgeländers unwesentlich beeinflusst. Im Weiteren ergebe sich auch kein Schattenwurf durch das Glasgeländer. Später führte sie zudem aus, das Schutzgeländer habe keinen wirtschaftlichen Vorteil oder Mehrwert für den Bauherrn. Zudem habe es keine Einsprachen oder Einwände gegeben nach der Publikation des

⁸ Vorakten Gemeinde, Ordner 1, Dokumente 2 und 15 f.

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26-27 N. 4

Ausnahmegesuchs.¹⁰ Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten bringen insbesondere vor, die Pflanzentröge mit einer Höhe von 60-70 cm würden keine genügende Absturzsicherung darstellen und eine auf die zulässige Gebäudehöhe reduzierte Glasbrüstung von 60 cm ebenfalls nicht. Bei einem Geländer auf der Innenseite wäre die Pflege der Pflanzen nicht mehr möglich. Das im Kaufvertrag von der Beschwerdeführerin versprochene Geländer an der Aussenseite biete zudem den notwendigen Windschutz, verhindere ein Verschmutzen der Fassade und der darunter liegenden Balkone, Wintergarten und Garten sowie das Herunterfallen von Ästen oder Werkzeugen. Die Gemeinde habe die Pflanzentröge bewilligt und die Sicherheitsproblematik bedenken müssen.

Die Gemeinde wies das Ausnahmegesuch ab mit der Begründung, das Schutzgeländer sei nicht notwendig. Sollten die Pflanztröge als Absturzsicherung nicht genügen, könnte die Erhöhung auf die vorgeschriebene Höhe mit einem zusätzlichen Handlauf erfolgen. In ihrer Stellungnahme weist sie darauf hin, dass in den Projektänderungsplänen für die Verglasungen der Balkone auch die Erhöhung der bislang ungenügenden Absturzsicherung der Terrasse ersichtlich sei, jedoch mit einer gemessenen Höhe von 90 cm bei einer Brüstungtiefe von mindestens 20 cm.

d) Gemäss Art. 21 Abs. 1 BauG sind Bauten und Anlagen so zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten, dass weder Personen noch Sachen gefährdet werden. Bei der Erstellung von Bauten und Anlagen sind die anerkannten Regeln der Baukunde einzuhalten. Laut Art. 57 Abs. 1 BauV¹¹ dürfen Personen und Sachen weder durch den Bauvorgang noch durch den Bestand oder Betrieb von Bauten und Anlagen gefährdet werden. Im einzelnen gelten die Bestimmungen dieser Verordnung, die Vorschriften der Spezialgesetzgebung sowie die Vorschriften und Richtlinien der Schweizerischen Unfallversicherung (SUVA). Die Normen und Empfehlungen der Fachverbände sind ergänzend zu beachten (Art. 57 Abs. 2 BauV). Treppen, Galerien, Balkone, Brüstungen und andere begehbare Flächen sind, soweit Absturzgefahr für Personen besteht, mit ausreichenden Geländern oder anderen genügenden Schutzvorrichtungen zu versehen (Art. 58 Abs. 1 BauV). Als "begehbare Fläche" müssen Flächen gesichert werden, welche bei bestimmungsgemäsem Benützen einer Baute und Anlage durch eine unbestimmte Anzahl von Personen begangen werden. Zudem gelten solche Flächen als "begebar" und

¹⁰ Vorakten Gemeinde, Ordner 1, Dokument 5

¹¹ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

sicherungsbedürftig, bei denen aufgrund der Umstände mit einer bestimmungswidrigen Benützung durch Kinder zu rechnen ist.¹²

e) Die SUVA verweist bei Hochbauten auf die Norm SIA 358 und die Fachbroschüre "Geländer und Brüstungen" der Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu).¹³ Gemäss dieser ist bei einer Absturzhöhe von einem Meter ein Schutzelement nötig und das Gefährdungsbild 1 gemäss Norm SIA 358 (Fehlverhalten unbeaufsichtigter Kinder) auch für Wohnbauten massgebend.¹⁴ Die Höhe eines Schutzelementes ab der begehbaren Fläche muss mindestens 100 cm betragen. Der Schutz für Kinder gemäss Gefährdungsbild 1 gilt als gewährleistet, wenn das Schutzelement ab der begehbaren Fläche bis zu einer Höhe von 75 cm nur Öffnungen mit einem Durchmesser unter 12 cm aufweist. Als "begehrbar" oder "besteigbar" gilt eine Fläche dann, wenn man auf ihr vergleichsweise gut, ohne besondere akrobatische Anstrengungen und ohne Zuhilfenahme der Hände stehen kann und sie weniger als 65 cm über der massgebenden Fläche liegt.¹⁵ Damit Pflanzentröge, die auf Terrassen als Absturzsicherung dienen, das Schutzziel für Kinder erreichen, empfiehlt die bfu eine Troghöhe von 75 cm. Um den Erwachsenenschutz sicherzustellen, ist benutzerseitig eine Horizontaltraverse auf einer Höhe von mindestens 100 cm anzubringen.¹⁶ Pflanzentröge, Sitzbänke und Möbel, die niedriger als 65 cm sind, sollten mindestens 100 cm von der Absturzsicherung entfernt aufgestellt oder fixiert werden, damit sie nicht als Aufstiegshilfe benutzt werden können.¹⁷

f) Gemäss den photographisch festgehaltenen Messungen der Gemeinde und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten weisen die Pflanzentröge am Rand der Terrasse eine Höhe von ca. 70 cm auf.¹⁸ Da die Pflanzentröge vorliegend eine Höhe von unter 75 cm aufweisen, dienen sie nicht der Absturzsicherung. Die Absturzsicherung soll vorliegend einzig durch eine zusätzliche – auf der Aussenseite der Pflanzentröge stehende – Glaswand von einem Meter Höhe sichergestellt werden. Die Pflanzentröge bieten insbesondere Sicht- und das Geländer Windschutz. Einen Anspruch auf Erteilung einer

¹² BVR 2001 S. 200 E. 4.4.1

¹³ <http://www.suva.ch/Gelaender>

¹⁴ Fachbroschüre bfu "Geländer und Brüstungen", S. 4

¹⁵ Fachbroschüre bfu "Geländer und Brüstungen", S. 5 und 9

¹⁶ Fachbroschüre bfu "Geländer und Brüstungen", S. 7 Beispiel 8

¹⁷ Fachbroschüre bfu "Geländer und Brüstungen", S. 10 Beispiel 13

¹⁸ Vgl. Fotos als Beilage zur Stellungnahme der Gemeinde vom 23. März 2017 und zur Stellungnahme der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten vom 21. März 2017

Ausnahmebewilligung für das Überschreiten der Gebäudehöhe besteht nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen. Solche könnten allenfalls bejaht werden, wenn die Absturzsicherung nicht anders gewährleistet werden könnte. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Entsprechend den Empfehlungen der bfu könnten die Pflanzentröge so ausgestaltet werden, dass sie bis zu einer Höhe von 75 cm nur Öffnungen mit einem Durchmesser unter 12 cm aufweisen. In Frage käme eine Erhöhung der Pflanzentröge auf 75 cm oder ein Staketengeländer mit Öffnungen von weniger als 12 cm Durchmesser bis zu einer Höhe von 75 cm. Als Erwachsenenschutz müsste zusätzlich benutzerseitig eine Horizontaltraverse auf einer Höhe von mindestens einem Meter angebracht werden. Alternativ könnte das bestehende Geländer aus Glas/Metall auf die zulässige Gebäudehöhe reduziert werden. Zusammen mit den Pflanzentrögen mit einer Höhe von 75 cm würde auch so die notwendige Gesamthöhe von 100 cm für den Erwachsenenschutz erreicht. Ebenfalls möglich wären zudem das Zurücksetzen oder Entfernen der Pflanzentröge und ein Weiterführen des bereits teilweise bestehenden Staketengeländers auf einer Höhe von mindestens einem Meter.¹⁹ Damit bestehen verschiedene Varianten, um die notwendige Absturzsicherung zu verwirklichen.

Der Wunsch der Beschwerdeführerin und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten nach einer Lösung, welche zusätzlich Schutz vor Wind, Verschmutzung und dem Herunterfallen von Gegenständen bietet, vermag keine besonderen Umstände zu begründen. Auch die Pflanzenpflege kann aufgrund der Breite des Pflanzentroges von rund 60-70 cm ohne weiteres von der Terrasse aus vorgenommen werden, und zwar selbst dann, wenn zusätzlich ein Handlauf auf einer Höhe von einem Meter angebracht werden sollte.²⁰ Deshalb bestehen keine besonderen Verhältnisse, welche die Gewährung einer Ausnahme erlauben würden. Dies gilt unabhängig von der optischen Wirkung und der fehlenden Opposition von Nachbarn oder wirtschaftlichen Interessen. Die Gemeinde hat die Ausnahmebewilligung daher zu Recht verweigert und dem Bauvorhaben den Bauabschlag erteilt.

g) Es ist vorliegend unklar, ob die Gemeinde die Projektänderung gemäss den Plänen vom 20. Juni 2014 tatsächlich bewilligt hat. Projektänderungen setzen ein schriftliches Gesuch voraus und deren Bewilligung ist schriftlich auszustellen; sie kann weder mündlich

¹⁹ Vgl. Foto zur Stellungnahme der Gemeinde vom 23. März 2017

²⁰ Vgl. den Massstab auf der Beilage der Stellungnahme der Gemeinde vom 23. März 2017 sowie Vorakten der Gemeinde, Ordner 1, Dokument 14

noch konkludent erteilt werden.²¹ Auf diesen Plänen sind – wie auf denjenigen der Baubewilligung vom 24. Mai 2013 – Pflanzentröge und ein Metallgeländer von geringer Höhe, nicht jedoch ein Metall-/Glasgeländer von einem Meter Höhe eingezeichnet. Die heute verwirklichte Lösung entspricht damit nicht den Projektänderungsplänen vom 20. Juni 2014. Es kann daher offen bleiben, ob die Projektänderung bewilligt wurde. Die Beschwerdeführerin und die von Amtes wegen Beteiligten können daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Da der Absturzschutz gemäss Fachbrochure der bfu auch mit den Pflanzentrögen gewährleistet werden kann, lässt sich auch aus der Tatsache, dass diese bewilligt wurden, nichts ableiten. Dies gilt umso mehr, als die Gemeinde die Beschwerdeführerin bereits Ende Januar 2014 auf diese Fachbrochure aufmerksam gemacht hat.²²

3. Wiederherstellung

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist und setzt dafür gegebenenfalls eine neue Frist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Dabei sind die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätze von Art. 5 Abs. 2 BV²³ zu berücksichtigen.²⁴ Die Wiederherstellungsmassnahme muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen.²⁵ Die Verhältnismässigkeit gebietet, dass eine Wiederherstellungsmassnahme geeignet, erforderlich und zumutbar ist.²⁶

b) Für das Schutzgeländer aus Glas-/Metall liegt keine Bewilligung vor. Diese kann auch nachträglich nicht erteilt werden (vgl. E. 2). Das Geländer ist somit formell und materiell rechtswidrig.

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 32-32d N. 15

²² Vorakten Gemeinde, Ordner 2, Dokument 60 mit Verweis auf das Beispiel 6. Bei der aktuellen Ausgabe der bfu-Norm handelt es sich um Beispiel 8.

²³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²⁴ BGer 1C_157/2011 vom 21.07.2011 E. 5.1

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

²⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9c

c) Steht die Widerrechtlichkeit einer Baute oder Anlage fest, so ist darüber zu entscheiden, ob die Wiederherstellungsverfügung das bundesrechtliche Prinzip der Verhältnismässigkeit nicht verletzt. Die Anordnung darf deshalb nicht weiter gehen, als zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des Pflichtigen muss durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.²⁷ Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang.²⁸ Auch eine Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.²⁹

d) Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt, z.B. aufgrund einer mangelhaften Bewilligung oder Auskunft. Im Übrigen wird aber vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern.³⁰ Die Beschwerdeführerin durfte vorliegend nicht annehmen, sie sei zur Bauausführung berechtigt. Gemäss den Angaben der Gemeinde hat sie der Bauverwalter sogar auf die vermutete Überschreitung der Gebäudehöhe und die Bewilligungspflicht eines zusätzlichen Geländers auf den Pflanzentrögen hingewiesen.³¹ Sie gilt daher nicht als gutgläubig im baurechtlichen Sinn. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten müssen sich das Wissen der Beschwerdeführerin anrechnen lassen

²⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

²⁸ BGE 132 II 21 E. 6

²⁹ BVR 2006 S. 444 E. 6.1

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. a, mit Hinweisen

³¹ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde vom 24. Januar 2017 S. 5 und Vorakten Gemeinde, Ordner 1, Dokument 10, S. 2

und können sich nicht auf ihren gutgläubigen Erwerb berufen.³² Auch sie gelten daher nicht als gutgläubig im baurechtlichen Sinn.

e) Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes besteht an der Einhaltung der Gebäudehöhe als zentrales baupolizeiliches Mass. Weder die Beschwerdeführerin noch die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten gelten als gutgläubig 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 die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes grundsätzlich zu Recht angeordnet.

Indem die Gemeinde einzig die Entfernung des Schutzgeländers anordnet, schafft sie jedoch einen gefährlichen und baurechtswidrigen Zustand. Denn die Pflanzentröge alleine bieten keine genügende Absturzsicherung (vgl. Erwägung 2). Die Entfernung bzw. Reduktion der Höhe des Schutzgeländers hat zusammen mit weiteren Massnahmen im Sinne der vorangehenden Erwägung zu erfolgen. Die von der Gemeinde verfügte Wiederherstellung ist daher nicht geeignet zur Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustandes. Das Verfahren wird deshalb an die Gemeinde zurückgewiesen, damit sie die Wiederherstellungsmassnahme unter Einbezug der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten präzisiert.

4. Kosten

a) Die Grundsätze der Kostenverlegung sind in Art. 108 VRPG geregelt. Demnach werden die Verfahrenskosten 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).

³² Aldo Zaugg/Peter Ludwig Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. b mit Hinweisen

Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV³³). Die Beschwerdeführerin und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten sind insoweit mit ihren Anträgen durchgedrungen, als die Gemeinde den Sicherheitsaspekt bei der Anordnung der Wiederherstellungsmassnahme zu wenig berücksichtigt hat. Hingegen unterliegen sie in der Hauptsache (Bauabschlag und grundsätzliche Wiederherstellungspflicht). Im Ergebnis sind der Beschwerdeführerin und den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten je Fr. 300.-- Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die von Amtes am Verfahren Beteiligten haften solidarisch für den ihnen auferlegten Betrag. Den Restbetrag von Fr. 200.-- trägt der Kanton, da der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

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

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

Die Ziffern 2 bis 4 der Verfügung vom 24. Januar 2017 der Gemeinde Wichtrach werden aufgehoben. Die Sache wird diesbezüglich zur Behandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen und die Verfügung der Gemeinde Wichtrach bestätigt.

2. Der Beschwerdeführerin und den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten werden Verfahrenskosten von je Fr. 300.-- auferlegt. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten haften solidarisch für den gesamten ihnen auferlegten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

³³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

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

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin