

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/135

Bern, 20. Dezember 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C. _____

und



Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Müntschemier, Gemeindeverwaltung,
Dorfplatz 2, Postfach 8, 3225 Müntschemier

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Müntschemier vom
23. August 2018 (Geschäfts-Nr. 498-20/18; Garteneinfriedung)

I. Sachverhalt

1. Mit Verfügung vom 3. Mai 2018 forderte die Gemeinde Müntschemier die Beschwerdeführenden auf, die entlang der südlichen Grenze ihrer Parzelle Müntschemier Grundbuchblatt Nr. D. _____ erstellte Einfriedung bis zum 30. Juni 2018 abzureissen; gleichzeitig wurde den Beschwerdeführenden das Recht eingeräumt, den vorherigen Zustand – mithin die ursprüngliche Einfriedung – wiederherzustellen. Für den Fall der Nichtbefolgung wurde die Ersatzvornahme angedroht. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 4. Juni 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Mit Verfügung vom 6. Juni 2018 stellte das

Rechtsamt – das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹ – fest, dass die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde keinen Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs enthalte und gab den Beschwerdeführenden deshalb Gelegenheit, ein solches innert 30 Tagen bei der Gemeinde einzureichen. Die Beschwerdeführenden reichten am 2. Juli 2018 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein. Das Rechtsamt schrieb daraufhin das Beschwerdeverfahren praxisgemäss als erledigt vom Geschäftsverzeichnis ab. Mit Verfügung vom 23. August 2018 erteilte die Gemeinde schliesslich den Bauabschlag; zur Frage, ob bzw. inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen sei, machte sie darin jedoch keine Angaben.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 28. September 2018 wiederum Beschwerde bei der BVE ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

1. Der verfügte Bauabschlag der Einwohnergemeinde Müntschemier vom 23. August 2018 sei aufzuheben und das nachträglich eingereichte Baugesuch der Beschwerdeführer vom 2. Juli 2018 sei gutzuheissen, soweit diesbezüglich überhaupt eine Bewilligungspflicht besteht.
2. Verfahrensantrag: Im Bedarfsfall seien die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung vorzuladen.

3. Das Rechtsamt führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen und die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich zu bestätigen.

4. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 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). Die Beschwerdeführenden, deren nachträgliches Baugesuch abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Bauabschlag beschwert und folglich zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Baubewilligungspflicht

a) Die Beschwerdeführenden stellen sich zunächst auf den Standpunkt, die umstrittene Einfriedung sei aufgrund der Besitzstandsgarantie bewilligungsfrei im Sinne von Art. 6 BewD³; eine Bewilligungspflicht komme vorliegend höchstens bezüglich der Versetzung des Gartentors in Frage.

b) Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD bedürfen bis zu 1.20 m hohe Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen zur Umgebungsgestaltung bis zu 100 m³ Inhalt grundsätzlich keiner Baubewilligung. Betrifft ein solches Bauvorhaben jedoch den Gewässerraum, den Wald, ein Naturschutz- oder Ortsbildschutzgebiet, ein Naturschutzobjekt, ein Baudenkmal oder dessen Umgebung und ist das entsprechende Schutzinteresse betroffen, ist es trotzdem baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 2 BewD).

c) Die umstrittene Einfriedung ist gemäss dem von den Beschwerdeführenden bei der Gemeinde eingereichten Projektplan – mit Ausnahme eines 1.50 m hohen Pfostens – zwar nicht höher als 1.20 m. Die Einfriedung liegt aber, wie die gesamte Bauparzelle, in der Kernzone und im Ortsbildschutzgebiet. Letzteres umfasst gemäss Art. 57 Abs. 1 GBR⁴ die

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁴ Baureglement der Gemeinde Müntschemier vom 9. April 2001 (GBR).

schützens- und erhaltenswerten Ortsteile mit dem Ziel, diese in ihrem äusseren Gesamtbild, ihren traditionellen Elementen und charakteristischen Einzelheiten sowie den Strassenraum- und Platzverhältnissen entsprechend weitgehend zu erhalten. Als wichtige Elemente der Strassen- und Hofräume gelten insbesondere Vorgärten, Baumbestand, Hausvorplätze, Brunnen und Zäune (Art. 57 Abs. 5 zweiter Satz GBR). Die umstrittene Einfriedung grenzt unmittelbar an die E._____gasse bzw. ist vom öffentlichen Strassenraum direkt einsehbar und hat daher einen Einfluss auf das geschützte Gesamtbild. Sie betrifft mit anderen Worten den Schutzzweck des Ortsbildschutzgebiets und ist dementsprechend baubewilligungspflichtig. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Beschwerdeführenden vorliegend auf die Besitzstandsgarantie berufen könnten (vgl. dazu E. 3). Denn die Ausführung von Bauvorhaben aufgrund der Besitzstandsgarantie entbindet nicht vom Erfordernis der Baubewilligung.⁵

3. Besitzstandsgarantie

a) Einfriedungen und Zäune bis zu einer Höhe von 1.20 m haben gegenüber öffentlichen Strassen einen Abstand von 0.50 m ab Fahrbahnrand einzuhalten (Art. 56 Abs. 1 SV⁶). Der Raum seitlich zum Fahrbahnrand von öffentlichen Strassen (lichte Breite) ist zudem auch gemäss Art. 83 Abs. 3 SG⁷ auf einer Breite von 0.50 m freizuhalten. Es ist unbestritten, dass die in Frage stehende Einfriedung weder den Strassenabstand gemäss Art. 56 Abs. 1 SV noch die lichte Breite gemäss Art. 83 Abs. 3 SG ein- bzw. freihält, sondern direkt an die E._____gasse – eine öffentliche Strasse im Sinne von Art. 4 Abs. 1 SG – grenzt. Umstritten ist hingegen, ob sich die Beschwerdeführenden vorliegend auf die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 Abs. 2 BauG i.V.m. Art. 84 Abs. 1 SG berufen können. Danach dürfen aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden, auch wenn sie neuen Vorschriften und Plänen widersprechen. Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, die ursprüngliche Einfriedung sei lediglich unterhalten bzw. zeitgemäss erneuert worden. Die Vorinstanz vertritt demgegenüber die Auffassung, die ursprüngliche

⁵ VGE 2012/101 vom 2.4.2013, E. 3.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 3 N. 1c.

⁶ Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1).

⁷ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11).

Einfriedung sei umgebaut bzw. erweitert worden und zwar in einem solchen Umfang, dass dadurch ihre Rechtswidrigkeit verstärkt worden sei. Dass die ursprüngliche Einfriedung seinerzeit rechtmässig erstellt worden ist und damit als «altrechtliche Baute» im Sinne von Art. 3 BauG zu qualifizieren ist, wird von der Vorinstanz hingegen nicht in Frage gestellt.

b) Die Besitzstandsgarantie wird aus der Eigentumsgarantie sowie aus dem Gebot von Treu und Glauben, das die Rückwirkung von Gesetzen grundsätzlich verbietet, abgeleitet. Sie bezweckt den Schutz von ursprünglichen, unter altem Recht getätigten baulichen Investitionen. Das Baugesetz fördert damit die sinnvolle Weiterverwendung vorhandener Bausubstanz. Dementsprechend erlaubt die Befugnis zur zeitgemässen Erneuerung zwar umfassende Renovationen sowie Anpassungen an moderne Komfortansprüche, jedoch nicht Eingriffe in die Substanz und die Grundstruktur einer Baute. Ebenfalls nicht von der Besitzstandsgarantie gedeckt, sind zudem der Abbruch und Wiederaufbau einer Baute sowie deren neubauähnliche Umgestaltung. Denn wenn die Lebensdauer einer Baute oder Anlage infolge Verfalls abgelaufen bzw. wenn diese freiwillig beseitigt oder durch ein Elementarereignis zerstört worden ist, greift der Investitionsschutz nicht mehr.⁸

c) Die ursprüngliche Einfriedung bestand aus einem oben und unten mittels Metalleisten gerahmten Maschendrahtzaun, der an mehreren Metallpfosten befestigt war. Letztere waren in einen bis zu ca. 0.17 m hohen Sockel einbetoniert.⁹ Die Gesamthöhe der ursprünglichen Einfriedung betrug gemäss Projektplan – mit Ausnahme eines gut 1.70 m hohen Pfostens – zwischen 0.86 und 1.04 m. Die umstrittene Einfriedung besteht nun grösstenteils aus einem an mehreren Posten befestigten Gittermattenzaun, der auf einem gemäss Projektplan bis zu 0.43 m hohen Betonsockel steht; die Gesamthöhe dieses Abschnitts beträgt – mit Ausnahme des gut 1.50 m hohen Pfostens – zwischen 1.06 und 1.14 m. Gut ein Fünftel (3.00 m) der ca. 14.50 m langen Einfriedung besteht sodann aus einer knapp 1.10 m hohen Betonmauer. Das ursprüngliche Gartentor wurde schliesslich durch ein neues ersetzt und dabei in seiner Position um knapp 7.00 m von Osten nach Westen versetzt.¹⁰ Angesichts der Art und des Umfangs der vorgenommenen Arbeiten kann vorliegend weder von Unterhalt bzw. einer zeitgemässen Erneuerung noch von einem blossen Umbau bzw. einer blossen Erweiterung der ursprünglichen Einfriedung

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 1 und 3 ff.

⁹ Vgl. Vorakten, pag. 5 sowie die Fotos Nrn. 2 und 3 der von den Beschwerdeführenden eingereichten Bilderdokumentation vom 23. September 2018 (Beschwerdebeilage 3).

¹⁰ Vgl. Vorakten, pag. 5 sowie die Fotos Nrn. 1 und 8 bis 10 der von den Beschwerdeführenden eingereichten Bilderdokumentation vom 23. September 2018 (Beschwerdebeilage 3).

gesprochen werden. Vielmehr ist Letztere fast vollständig abgebrochen und so weitgehend umgestaltet worden, dass sie einer neuen Anlage gleichkommt. Daran ändert auch der Umstand nichts, wonach der neue Betonsockel sowie die neue Betonmauer auf dem ursprünglichen Sockel fassen und dessen Breite haben; nichts anderes gilt für den Umstand, dass ein Teil der ursprünglichen Metallpfosten eingekürzt als Teil der Armierung für den neuen Betonsockel erhalten geblieben sind.¹¹

d) Wer Veränderungen in einem Umfang vornimmt, der einem Neubau gleichkommt, ist gehalten, zugleich die erforderlichen Anpassungen an das neue Recht vorzunehmen.¹² Die Beschwerdeführenden können sich vorliegend mit anderen Worten nicht auf die Besitzstandsgarantie berufen; dies gilt unabhängig davon, welche Gründe Anlass zur neubauähnlichen Umgestaltung der ursprünglichen Einfriedung gegeben haben. Im Gegensatz zu den unter die Besitzstandsgarantie fallenden Bauarbeiten ist bei neubauähnlichen Umgestaltungen schliesslich nicht von Belang, ob durch diese die Rechtswidrigkeit verstärkt worden ist oder nicht.¹³ Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zwar aus den falschen Gründen, letztlich aber zu Recht die Anwendung der Besitzstandsgarantie verneint. Dementsprechend ist auch der von ihr verfügte Bauabschlag nicht zu beanstanden.

4. Wiederherstellung

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung ausschliesslich über die Bewilligungsfähigkeit der umstrittenen Einfriedung befunden; zu allfälligen Folgen des von ihr verfüigten Bauabschlags, insbesondere zur Frage der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, hat sie sich hingegen mit keinem Wort geäussert. Dies widerspricht Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG, wonach im Falle des Bauabschlags die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber zu entscheiden hat, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden hat das Vorgehen der Vorinstanz zwar nicht die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung zur Folge. Letztere muss aber noch in Bezug auf die Frage der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ergänzt werden. Es ist jedoch nicht

¹¹ Vgl. diesbezüglich BDE vom 7. September 2017, E. 4b (RA Nr. 120/2017/15).

¹² BVR 1991 S. 252 E. 6.

¹³ BVR 1991 S. 252 E. 6.

Aufgabe der BVE als Beschwerdeinstanz erstmals zu prüfen, ob vorliegend die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen ist. Vielmehr ist die Sache diesbezüglich von Amtes wegen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies gilt umso mehr, als für die Frage, ob vorliegend ein konkretes öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht bzw. eine allfällige Wiederherstellung verhältnismässig ist,¹⁴ eine massgebende Bedeutung den örtlichen Gegebenheiten (insbesondere des Ortsbilds und der Verkehrssituation) zukommt und diese die Gemeindebaupolizeibehörde besser kennt als die BVE. Auf die Vorbringen der Beschwerdeführenden betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist folglich nicht weiter einzugehen.

5. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend ergibt sich, dass die umstrittene Einfriedung baubewilligungspflichtig ist und sowohl Art. 56 Abs. 1 SV als auch Art. 83 Abs. 3 SG verletzt und sich die Beschwerdeführenden diesbezüglich nicht auf die Besitzstandsgarantie berufen können. Die Vorinstanz hat folglich zu Recht den Bauabschlag erteilt. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen. Die Verfügung der Gemeinde Müntschemier vom 23. August 2018 ist zu bestätigen. Die Sache ist bezüglich der Frage der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands von Amtes wegen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten genügend überprüft bzw. festgestellt werden. Auf den von den Beschwerdeführenden beantragten Augenschein sowie die von ihnen beantragte Parteibefragung und Durchführung einer Instruktionsverhandlung kann daher verzichtet werden, da von diesen keine neuen relevanten Erkenntnisse zu erwarten sind.

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG¹⁵). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1

¹⁴ Vgl. diesbezüglich auch Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. b viertes Lemma mit Hinweisen.

¹⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

GebV¹⁶). Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid der Gemeinde Müntschemier vom 23. August 2018 wird bestätigt. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen von Amtes wegen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt C._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Müntschemier, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident