

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/88

Bern, 27. November 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Herrn **B.** _____
Beschwerdeführer 2

und



Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Pieterlen, Bauabteilung, Hauptstrasse 6,
2542 Pieterlen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Pieterlen vom
12. Juni 2018 (Baugesuchs Nummer 2018-0034; Stützmauer aus Natursteinen)

I. Sachverhalt

1. Am 1. Juni 2018 haben die Beschwerdeführer bei der Gemeindeverwaltung Pieterlen ein gemeinsames Baugesuch eingereicht für das Erstellen einer Stützmauer aus Natursteinen mit einer Länge von 53 m und einer Höhe zwischen 0.6 – 1.1 m an der südlichen Grundstücksgrenze der Parzellen Pieterlen Grundbuchblatt Nrn. C. _____ und D. _____. Die Mauer soll die bestehende Böschung abstützen. Mit Entscheid vom 12. Juni 2018 erteilte die Gemeinde dem Bauvorhaben den Bauabschlag mit der Begründung, es sei im Gewässerraum der E. _____ nicht zulässig.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführer am 22. Juni 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Entscheids vom 12. Juni 2018 und die Erteilung der Baubewilligung. Sie machen insbesondere geltend, da die Humusqualität nicht gut sei, rutsche bei starkem Regen die Böschung.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet,¹ holte beim Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) sowie beim Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Oberingenieurkreis III (OIK III) je einen Bericht ein. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich dazu zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen.

4. Auf die Rechtsschriften und die eingeholten Berichte 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). Die Beschwerdeführer, deren Baugesuch abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die 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 (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191).

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

2. Gewässerraum

a) Seit dem 1. Januar 2011 verlangt das Bundesrecht die Festlegung eines Gewässerraums entlang von Fliessgewässern und Seen (Art. 36a GschG³). Dieser soll die natürliche Funktion des Gewässers, den Schutz vor Hochwasser und die Gewässernutzung gewährleisten. Die Kantone sind verpflichtet, den Gewässerraum gemäss Art. 36a GSchG bis zum 31. Dezember 2018 festzulegen.⁴ Dies obliegt im Kanton Bern den Gemeinden (vgl. Art. 5b WBG⁵). Solange der Gewässerraum nicht festgelegt ist, muss nach den Übergangsbestimmungen der GSchV beidseits der Fliessgewässer ein Streifen freigehalten werden. Entlang von Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle von bis zu 12 m Breite ist beidseitig ein Streifen von je 8 m Breite plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle freizuhalten (Abs. 2 Bst. a ÜB GSchV, sogenannter Uferstreifen). Die Übergangsbestimmungen sind seit dem Inkrafttreten am 1. Juni 2011 direkt anwendbar. Sie bedürfen keiner gesetzgeberischen Umsetzung durch die Kantone. Damit wollte der Gesetzgeber verhindern, dass vor der definitiven Festlegung des Gewässerraums präjudizierende Bauten erstellt werden. Dieser Abstand kommt somit einer Planungszone gleich.⁶ Kantonale bzw. kommunale Gewässerabstände, die weniger weit gehen als das Bundesrecht, sind daher unbeachtlich (Art. 49 BV⁷). Dies gilt auch, wenn andere kantonale Übergangsbestimmungen (vgl. Art. T1-1 WBG) einen anderen Schluss zuliessen.⁸

c) Gemäss Art. 526 GBR⁹ müssen in der Gemeinde Pieterlen Bauten einen Gewässerabstand von 11 m zur E._____ aufweisen resp. die im Wasserbauplan eingezeichnete Baulinie respektieren. Das Baureglement der Gemeinde wurde von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern vor dem 1. Januar 2011 beschlossen. Der Wasserbauplan III der E._____, der eine Baulinie zu diesem Gewässer definiert, wurde bereits am 30. Juli 2001 genehmigt. Es ist daher fraglich, ob der von der Gemeinde

³ Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20).

⁴ Vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 4. Mai 2011 der Gewässerschutzverordnung des Bundesrats vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201).

⁵ Gesetz vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11).

⁶ Vgl. BGE 140 II 428 E. 2.3

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁸ VGE 2016/234 vom 25. November 2016, E. 2.1.

⁹ Baureglement der Gemeinde Pieterlen vom Juni 2010, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 25. Januar 2011.

definierte Gewässerraum der E. _____ den Anforderungen von Art. 36a GSchG und Art. 41c GSchV entspricht oder ob gemäss den Übergangsbestimmungen der GSchV ein breiterer Uferstreifen gälte. Diese Frage kann allerdings offen gelassen werden: Die Grundstücksgrenzen, an denen die Stützmauer erstellt werden soll, verlaufen mit einem Abstand von ca. 7 – 11 m entlang der E. _____ und befinden sich gänzlich innerhalb des durch die Baulinie des Wasserbauplans definierten Gewässerraums. Es ist daher vorliegend unerheblich, ob nach Bundesrecht ein noch breiterer Uferstreifen gelten würde.

3. Das Erstellen von zonenkonformen Bauten im Gewässerraum

a) Im Gewässerraum dürfen grundsätzlich nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde ausserdem insbesondere die Erstellung von zonenkonformen Anlagen in dicht überbauten Gebieten und zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen bewilligen (Art. 41c Abs. 1 Bst. a und a^{bis} GSchV).

Die Gemeinden können in der baurechtlichen Grundordnung oder in Überbauungsordnungen festlegen, welche Teile des Gewässerraums im Sinne des Bundesrechts dicht überbaut sind (vgl. Art. 5b Abs. 3 WBG). Fehlt eine entsprechende Festlegung in einem Gebiet, entscheidet das AGR im Baubewilligungsverfahren, ob ein Gebiet als "dicht überbaut" bezeichnet werden kann.¹⁰

Die Stützmauer aus Natursteinen ist zwar in der Wohnzone zonenkonform, aber keine standortgebundene Anlage im öffentlichen Interesse. Es bleibt daher zu prüfen, ob sich das Bauvorhaben in einem dicht überbauten Gebiet oder auf einer unbebauten Parzelle in einer Reihe von bebauten Parzellen befindet.

b) Das AGR ist in seiner Stellungnahme vom 13. September 2018 zum Schluss gekommen, das Bauvorhaben befinde sich nicht in einem dicht überbauten Gebiet. Der Begriff "dicht überbaut" wird nicht nur in Art. 41c GSchV verwendet, sondern auch im

¹⁰ Vgl. Art. 5b Abs. 3 WBG.

Zusammenhang mit der planerischen Festlegung des Gewässerraums (Art. 41a Abs. 4 und Art. 41b Abs. 3 GSchV). Da eine sachgerechte Planung einen genügend gross gewählten Perimeter voraussetzt, darf dieser nicht zu eng gefasst sein. Vielmehr sollte eine Gesamtbetrachtung mit Blick auf die bestehende Baustruktur des Gemeindegebiets erfolgen. Insbesondere bei kleineren Gemeinden umfasst der Betrachtungsperimeter in der Regel das gesamte Gemeindegebiet.¹¹ Dabei sollte der Fokus auf dem Land entlang der Gewässer und nicht auf dem Siedlungs- oder Baugebiet als Ganzes liegen.¹² Das Bundesgericht hielt zudem bereits verschiedentlich fest, die planerische Anpassung des Gewässerraums oder eine Ausnahmegewilligung solle vor allem in dicht überbauten städtischen Quartieren oder Dorfzentren zugelassen werden, die (wie Basel und Zürich) von Flüssen durchquert seien. In diesen Gebieten solle eine städtebauliche Verdichtung möglich sein. Hingegen bestehe bei peripheren Gebieten regelmässig kein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums und daher sei der minimale Raumbedarf des Gewässers zu respektieren. Eine "weitgehende Überbauung" reiche daher nicht aus. Es gehe um Ausnahmen vom Grundsatz des Schutzes des Gewässerraums und der extensiven Nutzung des Gewässerraums. Daher sei der Begriff "dicht überbaut" restriktiv auszulegen.¹³ Einen Hinweis für ein dicht überbautes Gebiet können Zentrums- oder Kernzonen, das heisst Ortsteile mit zentrumsbildender Funktion, geben. Hingegen spricht das Vorhandensein von bedeutenden Grünräumen oder Gewässerabschnitten von ökologischer oder landschaftlicher Bedeutung eher dagegen.¹⁴

Die Stützmauer soll die südliche Böschung der mit den Wohnbauten der Beschwerdeführer überbauten Parzellen mit Natursteinen stützen. Das Bauvorhaben liegt in der Gemeinde Pieterlen. Dabei handelt es sich um eine Gemeinde mit ca. 4'500 Einwohnern. Das Bauvorhaben liegt damit nicht in einem städtischen, sondern vielmehr in einem peripheren Gebiet. Die Gemeinde weist neben bewohnten Gebieten insbesondere auch grössere Waldgebiete auf. Der Schwerpunkt der Bebauung liegt im Bereich der F. _____ strasse und der G. _____ strasse. Von dort erstreckt sie sich in südlicher Richtung bis zum Bahnhof. Die Parzellen, auf denen die Stützmauer errichtet werden sollte, sind zwar insbesondere auf Grund ihrer Nähe zum Bahnhof gut erschlossen. Sie befinden sich aber eher am Rand der Wohnzone und nicht in Zentrumsnähe. Zudem weist nicht nur die

¹¹ VGE 2016/234 vom 25. November 2016, E. 3.2.

¹² BGE 140 II 428, E. 7; BGE 140 II 437 E. 5.1.

¹³ BGE 143 II 77, E. 2.7; BGE 140 II 428, E. 7; BGE 140 II 437 E. 5 und 5.1.

¹⁴ VGE 2016/234 vom 25. November 2016, E. 3.2.

unmittelbare Umgebung, sondern die Gemeinde insgesamt und insbesondere das Gebiet entlang der E._____ zwischen dem H._____ - und dem I._____weg relativ viel Grünfläche auf. Westlich des Bauvorhabens ist das Gebiet abgesehen von einzelnen Gebäuden und Schrebergärten auf beiden Uferseiten der E._____ sogar kaum überbaut. Vielmehr weist es grosse landwirtschaftlich genutzte Flächen auf. Der Uferbereich der E._____ insgesamt ist nur locker bebaut und grösstenteils naturbelassen.

Daraus ergibt sich insgesamt, dass der Uferbereich der E._____ in Pieterlen und insbesondere das Gebiet, in welchem die Stützmauer errichtet werden sollte, nicht "dicht überbaut" ist. Dementsprechend drängt sich eine weitere Verdichtung nicht auf, sondern der Gewässerraum ist, soweit möglich, frei von Bauten zu belassen. Das Bauvorhaben kann daher nicht als zonenkonformes Bauvorhaben in dicht überbautem Gebiet bewilligt werden.

c) Art. 41c Abs. 1a^{bis} GSchV sieht zudem eine weiteren Ausnahmemöglichkeit für Bauten im Gewässerraum vor: Auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen können zonenkonforme Bauten bewilligt werden. Diese Ausnahme soll zonenkonforme Bauten ermöglichen, wenn ein allgemeines Interesse an der Siedlungsentwicklung nach Innen besteht. Sie bezieht sich allerdings nur auf die Bebaubarkeit von unüberbauten Parzellen. Eine weitere Bebauung von bereits bebauten Parzellen ist gestützt auf diesen Ausnahmetatbestand nicht möglich.¹⁵

Trotz reger Bautätigkeit in den letzten Jahren befinden sich in der unmittelbaren Umgebung des Bauvorhabens immer noch verschiedene unbebaute Parzellen. Dementsprechend liegt das Bauvorhaben nicht auf einer einzelnen unüberbauten Parzelle in einer Reihe von bebauten Parzellen. Zudem sind beide Parzellen der Beschwerdeführer bereits bebaut. Dementsprechend ist die Stützmauer auch nicht als Bauvorhaben auf einer unbebauten Parzelle in einer Reihe von bebauten Parzellen gemäss Art. 41c Abs. 1a^{bis} GSchV bewilligungsfähig.

¹⁵ Vgl. Arbeitshilfe, Bestimmung dicht überbauter Gebiete, Amt für Gemeinden und Raumordnung, 30. Oktober 2017, S. 3, abrufbar unter: https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/raumplanung/raumplanung/arbeitshilfen/raumsicherungfliessgewaesser.assetref/dam/documents/JGK/AGR/de/Raumplanung/Arbeitshilfen/agr_raumplanung_arbeitshilfen_raumsicherung_gewaesser_de.pdf.

4. Massnahmen gegen die natürliche Erosion der Ufer des Gewässers

a) Die Beschwerdeführer machen geltend, da die Humusqualität nicht gut sei, rutsche bei starkem Regen die Böschung nach unten, um Schlimmes zu vermeiden, möchten sie die Natursteinmauer erstellen.

b) Massnahmen gegen die natürliche Erosion der Ufer des Gewässers sind zulässig, soweit sie für den Schutz vor Hochwasser oder zur Verhinderung eines unverhältnismässigen Verlustes an landwirtschaftlicher Nutzfläche erforderlich sind (Art. 41c Abs. 5 GSchV).

c) Der OIK III hat in seinem Fachbericht ausgeführt, mit dem Hochwasserschutzprojekt "BWP3 Ausbau der E. _____" seien insbesondere das Durchflussprofil der E. _____ vergrössert, die Sohlen gesichert, die Wasserführung bei Trockenheit gesichert und die Gerinne ökologisch aufgewertet worden. Zudem führe der Wasserbauträger regelmässig Gewässerunterhaltsarbeiten durch, um die wasserbaulichen und ökologischen Massnahmen aufrecht zu erhalten. Gemäss der Gefahrenkarte der Gemeinde Pieterlen und dem zugehörnden technischen Bericht weise die E. _____ ein geringes Gefälle und eine sehr bescheidene Fliessgeschwindigkeit auf. Es sei nicht mit Böschungserosionen zu rechnen. Daher seien keine sogenannten harten Böschungsverbauungen, wie Kunst- oder Natursteinmauern, ausgeführt worden. Schliesslich sei dem OIK III nicht bekannt, dass im Bereich des Bauvorhabens tatsächlich Erosionen erfolgt seien. Allfällige Schäden müssten im Rahmen des Gewässerunterhalts dem OIK III angezeigt und anschliessend repariert werden.

Der OIK III kommt daher zum Schluss, bei der geplanten Stützmauer handle es sich klar nicht um eine Massnahme gegen die natürliche Ufererosion und zum Schutz von Hochwasser. Vielmehr stütze sie die private Terrasse resp. die Gartenanlage, die auf einem um 80 cm angehobenen Terrain und zum Teil im Gewässerraum der E. _____ angelegt worden sei. Dem Bauvorhaben sei der Bauabschlag zu erteilen.

d) Die Ausführungen des OIK III überzeugen: Auf Grund der geringen Fliessgeschwindigkeit ist die Wahrscheinlichkeit von erodierenden Böschungen sehr klein. Zudem wäre der Wasserbauträger zuständig für die Behebung von allfälligen Schäden und das Ergreifen von geeigneten Massnahmen. Überdies sprechen die Beschwerdeführer

nicht direkt die natürliche Erosion der unmittelbaren Uferböschung der E._____ an. Vielmehr möchten sie ein Rutschen des Hanges auf ihrer Parzelle verhindern. Dieser Hang ist auf Grund des aufgeschütteten Umgebungsbereichs der Wohnhäuser der Beschwerdeführer steiler als der natürliche Hangverlauf wäre. Das Rutschen dieser Böschung dürfte daher in erster Linie auf diese Aufschüttung zurückzuführen sein resp. sie hat das Rutschen zumindest stark begünstigt. Vorkehrungen gegen dieses Rutschen stellen keine Massnahme gegen die natürliche Erosion des Gewässers dar. Schliesslich soll die Stützmauer weder dem Schutz vor Hochwasser noch zur Verhinderung eines unverhältnismässigen Verlustes an landwirtschaftlicher Nutzfläche dienen. Daher ist die von den Beschwerdeführern geplante Stützmauer ohnehin unabhängig von der Ursache des Rutschens der Böschung gestützt auf Art. 41c Abs. 5 GSchV nicht bewilligungsfähig.

5. Gleichbehandlung im Unrecht

a) Die Beschwerdeführer machen geltend, auf der Nachbarparzelle sei mit den gleichen Grenzabständen eine Löffelsteinmauer erstellt, daher sähen sie kein Problem in diesem Bereich auch eine Natursteinmauer zu erstellen. Mit diesem Argument machen die Beschwerdeführer sinngemäss eine Gleichbehandlung im Unrecht geltend.

b) Das Gebot rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV¹⁶ ist ein verfassungsmässiges Recht. Die Rechtsgleichheit gebietet, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.¹⁷ 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

¹⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁷ Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013, S. 414.

sind, können öffentliche Interessen oder berechnigte Interessen Dritter an einer gesetzmässigen Rechtsanwendung der Gleichbehandlung im Unrecht entgegenstehen.¹⁸

c) Die Beschwerdeführer verweisen einzig auf einen ähnlich gelagerten Fall in ihrer Nachbarschaft. Ob diese Mauer tatsächlich auch im Gewässerraum der E._____ steht oder nicht, kann offen bleiben, den ein einziges Beispiel deutete noch nicht auf eine ständige Praxis der Gemeinde hin. Zudem gibt die Gemeinde gerade nicht zu erkennen, dass sie an einer allfälligen rechtswidrigen Praxis festhalten möchte. Schliesslich bestehen öffentliche Interessen an der Freihaltung des Gewässerraums. Dementsprechend können sich die Beschwerdeführer nicht auf einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht berufen. Auch diese Rüge erweist sich somit als unbegründet.

6. Fazit

Das Bauvorhaben befindet sich im Gewässerraum der E._____. Die Stützmauer ist keine standortgebundene Baute im öffentlichen Interesse. Sie liegt zudem weder in dicht überbautem Gebiet noch auf einer einzelnen unüberbauten Parzelle innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen. Schliesslich kann sie auch nicht als Massnahme gegen die natürliche Erosion der Ufer des Gewässers betrachtet werden. Daher erweist sich die Stützmauer entlang der südlichen Parzellengrenzen der Beschwerdeführer als nicht bewilligungsfähig. Die Gemeinde hat dem Bauvorhaben zu Recht den Bauabschlag erteilt.

7. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführer. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁹).

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

¹⁸ BGer 1C_400/2014 vom 4.12.2014, E. 2.3.

¹⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid der Gemeinde Pieterlen vom 12. Juni 2018 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden den Beschwerdeführern zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführer haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A._____, eingeschrieben
- Herrn B._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Pieterlen, Bauabteilung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident