



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2022/122

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 13. Januar 2023

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2023/52 vom 9.2.2024).

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **C.** _____
Beschwerdeführerin 1

Herrn **D.** _____
Beschwerdeführer 2

und

Baubewilligungsbehörde der Stadt Burgdorf, Baudirektion, Lyssachstrasse 92, Postfach, 3401 Burgdorf

Tiefbauamt des Kantons Bern, Obergeringenieurkreis IV (TBA OIK IV), Dunantstrasse 13, 3400 Burgdorf

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde Stadt Burgdorf vom 28. Juni 2022 (eBau-Nr. 2022-5020; Balkon)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden reichten am 13. Dezember 2021 bei der Stadt Burgdorf ein Baugesuch ein für die Anpassung des Dachgeschosses und den Anbau eines neuen Balkons am bestehenden Gebäude auf Parzelle Burgdorf Grundbuchblatt Nr. G. _____ sowie für die Erstellung einer Photovoltaik-Anlage (Baugesuch Nr. E. _____). Die Parzelle liegt in der Wohnzone 2 (W2). Gegen das Bauvorhaben wurden keine Einsprachen eingereicht. Im Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 18. Januar 2022 stimmte das Tiefbauamt des Kantons Bern, Obergeringenieurkreis IV (TBA OIK IV) dem Teilvorhaben des vorgelagerten Balkons nicht zu. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs bezüglich des Amtsberichts Wasserbaupolizei reichten die Beschwerdeführenden am 1. März 2022 eine Projektänderung ein. Sie verzichteten darin auf den vorgelagerten Balkon. In ihrer Stellungnahme zur Projektänderung kündigten sie an, für den Balkon später ein neues, unabhängiges Gesuch einreichen zu wollen. Für die im Baugesuch vom 13. Dezember 2021 beantragte Fassadenerhebung und die Photovoltaik-Anlage wurde den Beschwerdeführenden mit Gesamtbauentscheid vom 23. März 2022 die Baubewilligung erteilt.

2. Am 19. April 2022 reichten die Beschwerdeführenden ein Baugesuch ein für den Anbau eines neuen Balkons am bestehenden Gebäude auf Parzelle Burgdorf Grundbuchblatt Nr. G._____ (Baugesuch Nr. F._____). Die Pläne dafür entsprachen exakt den Plänen, welche bereits mit Baugesuch vom 13. Dezember 2021 bei der Vorinstanz eingereicht wurden. Die Beschwerdeführenden beantragten zudem eine Ausnahme für «die Unterschreitung des Gewässerraums».

Mit Entscheid vom 28. Juni 2022 erteilte die Stadt Burgdorf den Bauabschlag.

3. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 22. Juli 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen die Genehmigung einer Ausnahmebewilligung zur Unterschreitung des Gewässerabstandes resp. zum Bauen im Gewässerraum und damit sinngemäss die Aufhebung des Entscheids der Stadt Burgdorf vom 28. Juni 2022 und die Erteilung der Baubewilligung. Sie machen insbesondere geltend, durch das Bauprojekt werde der Zugang zum Oberburgbach auf der Bauparzelle nicht verändert, womit die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gegeben seien.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte bei der Vorinstanz die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 19. August 2022 die Abweisung der Beschwerde. Weiter holte das Rechtsamt eine Stellungnahme beim TBA OIK IV ein. Dieses äussert sich dahingehend, dass die Äusserungen im Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 18. Januar 2022 weiterhin gelten würden.

5. Die Beschwerdeführenden reichten in der Folge am 4. November 2022 eine Projektänderung ein, welche dem TBA OIK IV und der Vorinstanz zur Stellungnahme zugestellt wurde. Mit Eingabe vom 21. November 2021 gibt das TBA an, es liege nach wie vor eine Beeinträchtigung des Wasserbaus vor und es könne keine Wasserbaupolizeibewilligung erteilt werden. Die Vorinstanz reichte am 5. Dezember 2022 ihre Stellungnahme zur Projektänderung ein, in welcher sie die Projektänderung als nicht baubewilligungsfähig erachtet. Mit Stellungnahme vom 6. Dezember 2022 äusserten sich die Beschwerdeführenden zum Ergebnis des Beweisverfahrens und ersuchen weiterhin um Erteilung einer Ausnahmegenehmigung. Weiter reichten die Beschwerdeführenden ihre Schlussbemerkungen vom 19. Dezember 2022 ein.

6. Auf die Rechtsschriften und die Stellungnahmen des TBA OIK IV wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG². Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG³

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

² Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Baugesuch abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Ausgangslage

a) Auf der Bauparzelle an der A. _____ gasse steht ein Einfamilienhaus. Die Nordwestfassade des Gebäudes liegt parallel zur B. _____ gasse, die Südostfassade parallel zum Oberburgbach. Mit Baubewilligung vom 23. März 2022 wurde den Beschwerdeführenden die Ausführung einer partiellen Fassadenerhebung resp. Anpassung des Dachvorsprungs sowie das Anbringen von Photovoltaik-Anlagen auf beiden Dachseiten bewilligt (Verfahren Nr. E. _____). Aufgrund der nach der negativen Beurteilung des TB OIK IV erfolgten Projektänderung war der Anbau eines Balkons nicht mehr Gegenstand dieses Verfahrens.

An der südöstlichen Fassade der Liegenschaft A. _____ gasse, welche dem Oberburgbach zugewandt ist, beabsichtigten die Beschwerdeführenden im vorliegend umstrittenen Verfahren Nr. F. _____ den Anbau eines Balkons im ersten Geschoss, welcher mit drei Stützen über der bestehenden Terrasse und im südlicheren Teil der Südostfassade über dem Garten realisiert werden sollte. Der Balkon sollte um 1.49 m auskragen, die Stützen sollten 2.18 m von der Fassade entfernt enden. Nach der Erteilung des Bauabschlags durch die Vorinstanz und der Erhebung der Beschwerde durch die Beschwerdeführenden wurde im vorliegenden Verfahren erneut das TBA OIK IV zur Stellungnahme gebeten. Nach abermals negativer Beurteilung durch das TBA OIK IV reichten die Beschwerdeführenden am 4. November 2022 eine Projektänderung ein. Der Balkon soll weiterhin entlang der beiden Zimmer im ersten Obergeschoss der Südostfassade des Gebäudes gebaut werden und um 1.49 m auskragen. Die Abstützung soll nun aber nicht mehr mit drei Stützen, sondern lediglich mit zwei Stützen über der bestehenden Terrasse, welche gegenüber der ursprünglichen Planung lediglich 1.20 m ab Fassade zu stehen kommen sollen – und somit unter dem Balkon – realisiert werden.

b) Die Parzelle Burgdorf Grundbuchblatt Nr. G. _____ grenzt mit der südöstlichen Parzellengrenze an den Oberburgbach. Die Parzelle fällt an der südöstlichen Grundstücksgrenze gegen den Oberburgbach leicht ab. Im Uferbereich ist auf einem Foto aus den Vorakten⁴ ein Podest ersichtlich.

c) Laut Art. 43 BewD⁵ kann die Baugesuchstellerin oder der Baugesuchsteller während eines Baubewilligungsverfahrens oder eines nachfolgenden Beschwerdeverfahrens vor der BVD eine Projektänderung einreichen, ohne dass deshalb ein neues Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden muss. Eine Projektänderung liegt vor, wenn das Bauvorhaben in seinen Grundzügen gleich bleibt. Erfolgt die Projektänderung im Beschwerdeverfahren, sind die Gemeinde, die Gegenpartei und die von der Projektänderung zusätzlich berührten Dritten anzuhören. Die Beschwerdeinstanz ist befugt, die Sache zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 43 Abs. 3 BewD), kann aber auch selbst über die Projektänderung entscheiden. Das geänderte Pro-

⁴ Vgl. Akten des Baubewilligungsverfahrens 2021-BO188, pag. 67

⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

jekt tritt an die Stelle des ursprünglichen Bauvorhabens.⁶ Das umstrittene Bauvorhaben bleibt in den Grundzügen gleich, weshalb die Anpassungen als Projektänderung behandelt werden können. Die Anpassungen berühren keine zusätzlichen öffentlichen oder wesentlichen nachbarlichen Interessen und die Verfahrensbeteiligten wurden angehört. Auf eine Publikation oder eine Anhörung Dritter konnte daher verzichtet werden. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nur noch das Projekt gemäss der Projektänderung vom 4. November 2022.

3. Bauen im Gewässerraum

a) In ihrer Beschwerde vom 20. Juli 2022 bringen die Beschwerdeführenden vor, die Situation des Zugangs zum Oberburgbach auf der Bauparzelle werde durch das Bauprojekt nicht verändern. Für Gewässerunterhalt und Wasserbau sei der fragliche Bereich direkt am Haus und innerhalb des beim Hausbau 1993 erstellten Terrassenbereichs nicht relevant. Somit seien auch keine Mehrkosten bei zukünftigem Gewässerunterhalt und Wasserbau zu erwarten. Die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung seien gegeben. Sie informieren zudem, dass sie gegen die zweite Etappe der Ortsplanungsteilrevision betreffend Festlegung des Gewässerraums Einsprache eingelegt hätten und eine asymmetrische Definition des Gewässerraums entlang ihrer Parzelle verlangt hätten.

Mit Schreiben vom 2. November 2022 nehmen die Beschwerdeführenden zur eingereichten Projektänderung vom 4. November 2022 Stellung. Sie bringen vor, mit der laufenden Ortsplanungsrevision werde der Abschnitt entlang ihres Grundstücks als «dicht überbaut» ausgewiesen und der Gewässerraum werde von 10.00 m auf 8.00 m reduziert, was vom AGR und von der Wasserbaupolizei bestätigt werde. Der Balkon beanspruche beim reduzierten Gewässerraum nur rund 3.5 m² des Gewässerraums in rund 2.7 m Höhe über der Terrasse. Bis zum Bach seien es nochmals 1.00 bis 1.50 m Höhendifferenz. Zusätzlicher Gewässerraum werde nicht überbaut, der Dachvorsprung, die Kellertreppe und die Terrasse würden sich seit 1993 in diesem Bereich befinden. Zwischen Haus und Bachufer würden zudem Büsche und zwei Hochstammbäume stehen.

In ihrer Stellungnahme zum Ergebnis des Beweisverfahrens vom 6. Dezember 2022 geben die Beschwerdeführenden an, die Ausnahmegewilligung könne auch «aufgeschoben» werden, bis die neue Ortsplanung in Kraft sei.

Mit Eingabe vom 19. Dezember 2022 bringen die Beschwerdeführenden vor, es handle sich bei den Begründungen des TBA OIK IV nur um Paragraphenreiterei, das Balkon-Projekt ändere nichts an der Situation des Bachufers, des Baches, des Bachzugangs und an den zukünftigen Kosten für Unterhalt und Wasserbau.

b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens wurde das TBA OIK IV zur Stellungnahme aufgefordert. Mit Schreiben vom 30. September 2022 bestätigte das TBA OIK IV die Gültigkeit des Amtsberichts Wasserbaupolizei vom 18. Januar 2022, welcher im Baubewilligungsverfahren E. _____ erstellt wurde. Das TBA OIK IV wies insbesondere auf Ziffer 3 des Amtsberichts hin, welche wie folgt lautet:

«3.1 Das Vorhaben sieht die Anpassung des Dachgeschosses mit Fassadenerhebung und den Anbau eines Balkons vor, welcher mit einer Metallkonstruktion auf dem Sitzplatz abgestützt wird. Gemäss den eingereichten Plänen hat der Balkon mit der Metallkonstruktion eine Tiefe von 2.18 m ab Fassade.

⁶ Vgl. BVR 2012 S. 463 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen

- 3.2 Der Balkon inkl. Stützen kommt damit sowohl im Gewässerraum nach Übergangsbestimmungen, als auch im voraussichtlich zukünftigen Gewässerraum und unmittelbar an der Böschungsoberkante zu liegen. Der infolge «dichter Überbauung» bereits um 2 m reduzierte Gewässerraum würde im südlichen Teil um zusätzliche 2 m unterschritten.
- 3.3 Der bereits heute schmale und unwegsame Zugang zum Oberburgbach würde damit noch mehr eingeschränkt, was wiederum langfristig zu Mehrkosten im Wasserbau und Gewässerunterhalt führen würde.
- 3.4 Im vorliegenden Fall sind die Tatbestände gemäss Art. 39a Bst. b und h WBV erfüllt. Es kann keine wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung nach Art. 48 WBG erteilt werden.»

Nach Einreichung der Projektänderung durch die Beschwerdeführenden im vorliegenden Verfahren wurde das TBA OIK IV erneut um eine Stellungnahme gebeten. Das TBA OIK IV stellte in der Stellungnahme vom 21. November 2022 fest, die Projektänderung sehe vor, dass der Balkon auf eine Auskragung von 1.49 m verkürzt werde, zudem werde auf die südöstliche Stütze verzichtet, und die Unterkante des Balkons liege auf ca. 2.65 m über dem Terrain. Es erachte nach wie vor die Tatbestände gemäss Art. 39a Bst. b und h WBV als erfüllt, womit eine Beeinträchtigung vorliege und nach Art. 48 Abs. 3 WBG keine Wasserbaupolizeibewilligung erteilt werden könne. Es bringt zur Begründung Folgendes vor:

«Im Rahmen der laufenden Ortsplanungsrevision Burgdorf wurden die Gewässerräume, die «dichte Überbauung» und die damit zusammenhängende Anpassung an die baulichen Gegebenheiten nach Art. 41a Abs. 4 GSchV über Jahre intensiv diskutiert. Der unreduzierte Gewässerraum am Oberburgbach beträgt demnach 20 m. Die linksseitige Reduktion des Gewässerraums um 2 m auf 8 m ab Gewässerachse erfolgte in Abstimmung mit den baulichen Gegebenheiten und unter Berücksichtigung der wasserbaulichen Interessen (Hochwasserschutz). Der Oberburgbach hat eine wichtige Entwässerungsfunktion und muss bei Starkniederschlag zusammen mit dem parallelen Wöschhüslibach die anfallenden Wassermengen ableiten. Der Oberburgbach bildet dabei den Hauptabflusskorridor, zu dessen Zweck gegenüber auch ein Damm besteht. Daher ist es von zentraler Bedeutung, dass dieser frei bleibt und nicht sukzessive durch private Bauten beeinträchtigt und abgeschnürt wird. Beim Vorhaben handelt es sich eindeutig um ein neues und unabhängiges Bauteil, welches in den Gewässerraum hineinragt. Das Erlauben solcher Vorhaben würde den Zugang zum Gewässer langfristig erschweren und hätte erhebliche Mehrkosten zur Folge.

Um ebendiesen Zugang zu gewährleisten, hat der OIK IV im Rahmen der Ortsplanung verlangt, dass an solchen Gewässern in angeblich «dicht überbauten» Bereichen der Gewässerraum ab der Böschungsoberkante noch mindestens 5 m umfasst. Damit wird sichergestellt, dass der Zugang auch mit mittleren Baumaschinen gewährleistet ist. Im Lichtraumprofil sind dafür ebenfalls mind. 5 m notwendig. Der projektierte Balkon kommt darin zu liegen.

Mit den aufgeführten Punkten liegen auch gegen das angepasste Projekt wichtige Gründe vor und der Erteilung einer wasserbaupolizeilichen Ausnahmegewilligung stehen mit dem Hochwasserschutz überwiegende Interessen entgegen. Somit ist auch die Erteilung einer wasserbaupolizeilichen Ausnahmegewilligung nach Art. 48 Abs. 4 WBG nicht möglich.

Wir weisen im Übrigen darauf hin, dass die Beurteilung der «dichten Überbauung» durch das AGR und die entsprechende konsolidierte Reduktion des Gewässerraums in der laufenden Ortsplanungsrevision grundsätzlich als abschliessend betrachtet wird. Abweichungen davon sollen nur in Einzelfällen bewilligt werden, sofern dadurch der Hochwasserschutz und der Zugang zum Gewässer nicht eingeschränkt werden und auch sonst keine überwiegenden Interessen dagegensprechen (Kommentar zu Art. 65 Abs. 3 revidiertes Baureglement). Eine weitergehende Reduktion widerspricht somit aus unserer Sicht diesen Grundsätzen und den einschlägigen Bestimmungen von Art. 41c Abs. 1 GSchV.»

c) Seit dem 1. Januar 2011 verlangt das Bundesrecht die Festlegung eines Gewässerraums entlang von Fliessgewässern und Seen (Art. 36a GschG⁷). 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.⁸ Im Kanton Bern sind dafür die Gemeinden zuständig (vgl. Art. 5b WBG⁹). Solange der Gewässerraum nach diesen Vorgaben noch nicht festgelegt ist, muss nach den Übergangsbestimmungen der GSchV¹⁰ beidseits der Fliessgewässer ein Streifen festgehalten werden. Entlang von Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle von bis zu 12.00 m Breite ist beidseitig ein Streifen von je 8.00 m Breite plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle freizuhalten, bei Fliessgewässern mit bestehender Gerinnesohle von mehr als 12.00 m Breite beträgt der freizuhaltende Streifen 20.00 m (vgl. 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.¹¹

d) Die Bestimmungen der Stadt Burgdorf zum Gewässerabstand befinden sich in Art. 66 Abs. 1 GBR¹²:

«Die Gewässer und der Gewässerraum sind geschützt. Der Gewässerraum umfasst an beiden Ufern je einen Streifen von:

- 15.0 m entlang der Emme,
- 10.0 m entlang den Gewässern (Bäche) ausserhalb des Baugebiets,
- 5.0 m entlang den Gewässern (Bäche) innerhalb des Baugebiets,
- 0.0 m entlang den Industriekanälen innerhalb der Siedlung (Gewerbekanal, Brunnbach, Mülibach, Seitenkanal, Polierebach, Allmändbach, Lyssachbach, Lyssachteilbach).»

Nach geltendem Recht ist aktuell für den Oberburgbach ein Gewässerabstand von 5.00 m je Uferseite vorgesehen. Die Gemeinde hat somit noch keinen Gewässerraum nach Art. 36a GSchG festgelegt. Der Gewässerraum bestimmt sich daher nach den Übergangsbestimmungen der Gewässerschutzgesetzgebung des Bundes. Der einzuhaltende Gewässerabstand gemäss ÜB GSchV beträgt nach Auffassung der Stadt Burgdorf rund 10.50 m je Uferseite. Nach TBA OIK IV beträgt der übergangsrechtliche Gewässerabstand vorliegend 11.00 m ab Böschungsunterkante (Böschungsfuss).

Das GBR der Stadt Burgdorf wurde am 18. Januar 2021 teilrevidiert, wobei die Festlegung der Gewässerräume aufgrund hängiger Einsprachen verfahrensmässig von der Revision des übrigen GBR getrennt wurde. Im revidierten GBR beträgt der geplante Gewässerraum vorliegend 20.00 m. Gemäss unbestrittener Angaben der Verfahrensbeteiligten soll auf der linken Uferseite (Seite der Bauparzelle) aufgrund der Einstufung des Gebiets als «dicht überbaut» der Gewässerraum auf 8.00 m reduziert werden.

Ein Teil des geplanten Balkons liegt somit unbestrittenermassen teilweise im Gewässerraum, sei dies der übergangsrechtliche Gewässerabstand gemäss GSchV oder der neu vorgesehene Ge-

⁷ Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20)

⁸ Vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 4. Mai 2011 der Gewässerschutzverordnung des Bundesrats vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201)

⁹ Gesetz vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11)

¹⁰ Gewässerschutzverordnung des Bundesrats vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201)

¹¹ Vgl. BGE 140 II 428 E. 2.3

¹² Baureglement der Stadt Burgdorf vom 18. Januar 2021, genehmigt vom Kanton am 5. Oktober 2022

wässerraum nach noch nicht rechtskräftigem, revidiertem GBR. Es kann somit offen gelassen werden, ob der anzuwendende übergangsrechtliche Gewässerraum 11.00 m oder 10.50 m beträgt. Eine «Aufschiebung» bzw. Sistierung der Beurteilung des vorliegenden Bauvorhabens bis zur Genehmigung der Ortsplanungsrevision betreffend Gewässerraum, wie von den Beschwerdeführenden in ihrer Eingabe vom 6. Dezember 2022 erwähnt, würde an dieser Beurteilung nichts ändern.

e) Im Gewässerraum dürfen nach Art. 41c Abs. 1 GSchV nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden (Satz 1). Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde ausserdem die Erstellung zonenkonformer Anlagen in dicht überbauten Gebieten bewilligen (Satz 2 Bst. a). Hat die Gemeinde keine planerische Festlegung, welche Teile des Gewässerraums im Sinne des Bundesrechts dicht überbaut sind, entscheidet das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR)¹³ im Baubewilligungsverfahren, ob ein Gebiet dicht überbaut ist (vgl. Art. 5b Abs. 3 WBG). Die Baubewilligungsbehörde holt dazu beim AGR einen Amtsbericht ein. Die weiteren Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung prüft die Baubewilligungsbehörde, insbesondere ob der Ausnahme überwiegende Interessen entgegenstehen.

f) Das Bauvorhaben liegt in der Wohnzone W2 und ist zonenkonform, gilt aber unbestrittenermassen nicht als standortgebundene Anlage im öffentlichen Interesse gestützt auf Art. 41c Abs. 1 GSchV. Damit ist nebst einer Ausnahmegewilligung nach GSchV auch eine kantonale Wasserbaupolizeibewilligung gemäss Art. 48 WBG erforderlich. Eine Ausnahme nach Art. 41c Abs. 1 GSchV kann unter gewissen Voraussetzungen gewährt werden, unter anderem, wenn es sich bei den Bauvorhaben um zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten handelt.

Es bleibt daher zu prüfen, ob sich das Bauvorhaben in einem dicht überbauten Gebiet befindet. Das AGR wurde im Baubewilligungsverfahren E._____ zur Stellungnahme aufgefordert und erachtete nach den anzuwendenden Beurteilungskriterien das Gebiet als «dicht überbaut».

Folglich ist zu prüfen, ob eine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 41c Abs. 1 Bst. a GSchV gewährt werden kann, also ob kein überwiegenden Interessen entgegenstehen, und ob die wasserbaupolizeiliche Bewilligung erteilt werden kann.

4. Wasserbaupolizeiliche Bewilligung

a) Art. 48 Abs. 1 WBG bestimmt, dass Bauten und Anlagen im oder am Gewässer, über oder unter dem Gewässer und im Gewässerraum einer Wasserbaupolizeibewilligung bedürfen. Gemäss Art. 48 Abs. 3 WBG erteilt die zuständige Stelle der BVD die Bewilligung, wenn das Vorhaben das Gewässer, den Gewässerunterhalt und den Wasserbau nicht beeinträchtigt. Was unter einer solchen Beeinträchtigung zu verstehen ist, wird in Art. 39a WBG näher umschrieben. Demnach sind das Gewässer, der Gewässerunterhalt und der Wasserbau unter anderem beeinträchtigt, wenn das Gewässer oder Schutzbauten gefährdet oder beeinträchtigt werden (Art. 39a Bst. a WBG), der Zugang zum Gewässer behindert wird (Bst. b) oder infolge des Vorhabens künftig zusätzliche Aufwendungen bei Wasserbau oder Gewässerunterhalt zu erwarten sind (Bst. h). Liegt eine Beeinträchtigung vor, so ist eine Ausnahme nur möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 48 Abs. 4 WBG).

b) Wie aus den bisherigen Ausführungen ersichtlich ist, liegt die Bauparzelle bzw. der geplante Balkon teilweise im Gewässerraum. Nach Auffassung des TBA OIK IV, der vorliegend zuständigen

¹³ Vgl. Einführungsverordnung zu Artikel 36a GSchG, RRB vom 27. Juni 2012

Stelle der BVD, kann keine wasserbaupolizeiliche Bewilligung erteilt werden. Der Oberburgbach habe eine wichtige Entwässerungsfunktion, welcher bei Starkniederschlag zusammen mit dem parallel laufenden Wöschhüslibach die anfallenden Wassermengen ableiten müsse. Zu diesem Zweck bestehe auch ein Damm. Es sei von zentraler Bedeutung, dass der Gewässerraum des Oberburgbachs frei bleibt.

Auf dem Foto in den Vorakten¹⁴, welches von der dem Baugrundstück gegenüberliegenden Seite des Oberburgbachs aufgenommen wurde, sind die Böschung zum Oberburgbach, das Gebäude und der Garten zwischen Gebäude und Oberburgbach ersichtlich. Es ist klar zu erkennen, dass die Böschung abfallend ist und zwischen Gebäude und Oberburgbach nicht viel Platz, beispielsweise zum Befahren mit Baumaschinen, vorhanden ist. Der geplante Balkon soll über die ganze Länge der Fassade realisiert werden. Unbestrittenermassen befindet sich ein Teil des geplanten Balkons im Gewässerraum, sowohl im übergangsrechtlichen Gewässerraum gemäss GSchV wie auch im neuen Gewässerraum gemäss Ortsplanungsrevision. Das TBA OIK IV legt überzeugend dar, dass aufgrund seiner Entwässerungsfunktion der Oberburgbach frei und zugänglich bleiben muss. Wie das TBA OIK IV ausführt, ist der Zugang gewährleistet, wenn mindestens 5.00 m ab Böschungsoberkante frei sind, so dass dieser Bereich auch mit mittleren Baumaschinen befahren werden kann. Es ist notwendig, dass dieser Bereich auch in der Höhe frei bleibt, damit Maschinen mit Aufbauten oder Baggerarmen den Bereich befahren und die nötigen Arbeiten ausführen können. Der Balkon ist auf der Höhe von 2.77 m geplant, womit er im benötigten Lichtraumprofil zu liegen käme. Bei Hochwasser oder nach Unwetter kann der Oberburgbach Geschiebe, Äste und Baumstämme mitführen. In diesen Fällen muss der Bach zur Verhinderung von Rückstaus vom mitgeführten Material befreit werden, wozu der Einsatz von Baumaschinen, beispielsweise auch von Baggern, notwendig ist. Um die Bewegungsfreiheit eines Baggerarms gewähren zu können, ist das Lichtraumprofil zwingend freizuhalten. Der Argumentation der Beschwerdeführenden, es würde kein zusätzlicher Gewässerraum überbaut, da die Terrasse, die Kellertreppe und der Dachvorsprung bereits seit 1993 in diesem Bereich bestehen würden, kann nicht gefolgt werden. Der neu geplante Balkon ragt in den Gewässerraum und ins Lichtraumprofil, welches für den Gewässerunterhalt gefordert ist, und würde somit zur (zusätzlichen) Erschwerung des Zugangs und zu einer Einschränkung der wasserbaupolizeilich geforderten Bewegungsfreiheit führen. Auch mit den gemäss Projektänderung vom 4. November 2022 zurückversetzten Stützen ist der Zugang somit nicht genügend gewährleistet. Der Balkon ragt trotzdem zusätzlich – und zwar tiefer als das aktuell bestehende Dach – in den Gewässerraum und kann Arbeiten erschweren. Das TBA OIK IV hat zu Recht keine Wasserbaupolizeibewilligung nach Art. 48 Abs. 3 WBG erteilt.

c) Weil die Voraussetzungen einer ordentlichen wasserbaupolizeilichen Bewilligung nicht erfüllt sind, stellt sich die Frage nach einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 48 Abs. 4 WBG. Nach Auffassung der Beschwerdeführenden hätte ihnen eine solche gewährt werden müssen. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 48 Abs. 4 WBG ist nur möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Wie überall im Umgang mit Gewässer, sind zudem die Planungs- und Handlungsgrundsätze des Art. 15 WBG zu berücksichtigen. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, beurteilt sich nach den gleichen Grundsätzen wie sie die Praxis für die Anwendung der Vorschrift von Art. 26 BauG entwickelt hat.¹⁵ Als Ausnahmegrund kommen also Verhältnisse der Bauherrschaft in Betracht, die sich auf Zweck, Umfang oder Gestaltung ihres Bauvorhabens beziehen und in den geltenden Vorschriften nicht genügend Berücksichtigung finden. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Es sollen ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten vermieden werden, eine Ausnahmegewilligung rechtfertigt sich folglich nicht, wenn zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen. Der blosse Wunsch nach optimaler, gewinnbringender

¹⁴ Vorakten, pag. 67

¹⁵ Erläuterungen zum WBG, Bern 1989, Ziff. 4 zu Artikel 48 WBG, S. 150; VGE 2017/199 vom 13. August 2018, E. 4.6

Nutzung des Grundstücks stellt keinen Ausnahmegrund dar.¹⁶ Ob ein bestimmter Sachverhalt als wichtiger Grund zu genügen vermag, hängt vielmehr von drei Komponenten ab, nämlich vom Interesse der Bauherrschaft an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung. Eine Ausnahme ist umso eher gerechtfertigt, je weniger die Ziele der Bauvorschriften gefährdet werden.

d) Die Beschwerdeführenden berufen sich vor allem auf ihr privates Interesse am Erstellen eines Balkons an ihrer bestehenden Liegenschaft und darauf, dass die Situation des Zugangs zum Oberburgbach auf der Bauparzelle durch das Bauprojekt nicht verändert werde. Der Wunsch nach dem Erstellen eines (zusätzlichen) Balkons an einer bestehenden Liegenschaft stellt nur das Bestreben nach einer optimalen Nutzung dar und ist kein Ausnahmegrund. Auch ein wichtiger Grund, welcher mit der Besonderheit des Grundstücks oder des Vorhabens zusammenhängt, ist nicht ersichtlich. Zudem überwiegt vorliegend das öffentliche Interesse am Hochwasserschutz und damit an der Freihaltung des Gewässerraums. Wie bereits ausgeführt, ist der Uferbereich des Oberburgbachs auf der Parzelle Burgdorf Grundbuchblatt Nr. G. _____ aktuell schon schmal und aufgrund des bestehenden Bewuchses sowie des gemäss Hinweis des TBA OIK IV allenfalls nicht baubewilligten Podests in der östlichen Ecke der Bauparzelle schwer zugänglich. Der Oberburgbach hat zudem, wie ebenfalls bereits ausgeführt, eine wichtige Funktion im Hochwasserschutz des betreffenden Gebiets. Dem gegenüber steht das private Interesse der Beschwerdeführenden am Anbau eines Balkons an der südöstlichen Fassade im ersten Obergeschoss des bestehenden Gebäudes. Wie auf den eingereichten Plänen ersichtlich ist, verfügt die Liegenschaft bereits über einen Balkon über die ganze Breite der Südwestfassade sowie über einen Sitzplatz resp. eine Terrasse im nördlicheren Teil der Südostfassade. Das private Interesse der Beschwerdeführenden an der Ausnützung der Bauparzelle und der Erhöhung des Komforts durch die Erstellung des geplanten Balkons vermag das öffentliche Interesse am Hochwasserschutz nicht zu überwiegen.

Folglich kann die Ausnahme nach Art. 48 Abs. 4 WBG nicht erteilt werden. Bereits deshalb muss dem Bauvorhaben der Bauabschlag erteilt werden. Zudem wäre auch die Gewährung einer Ausnahme nach Art. 41c Abs. 1 GSchV nicht möglich. Zwar wurde das entsprechende Gebiet als «dicht überbaut» beurteilt. Diesem Ausnahmetatbestand steht jedoch wie oben ausgeführt ein überwiegendes Interesse entgegen, welches die Gewährung einer Bewilligung für das geplante Bauvorhaben im Gewässerraum verunmöglicht.

Die Ausnahmegewilligungen gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV sowie Art. 48 Abs. 4 WBG wurden von der Vorinstanz zu Recht nicht erteilt. Die Rüge der Beschwerdeführenden erweist sich als unbegründet.

e) Soweit das TBA OIK IV mehrmals auf das fest installierte und allenfalls ohne Baubewilligung errichtete Podest in der Böschung hinweist, ist dies nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die Stadt Burgdorf hat diesbezüglich ein separates Verfahren einzuleiten.

¹⁶ BVR 2015 S. 425 E. 5.1

5. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, auf ihre Argumente sei in der Stellungnahme der Wasserbaupolizei nicht eingegangen worden, weder im ersten noch im zweiten Baubewilligungsverfahren. Für sie sei nicht ersichtlich, ob ihre Argumente überhaupt geprüft worden seien. In ihrer Stellungnahme zum Ergebnis des Beweisverfahrens vom 6. Dezember 2022 bringen die Beschwerdeführenden zudem vor, die Besichtigung durch das TBA OIK IV im Januar 2022 sei ohne Ankündigung und Einbezug der Beschwerdeführenden erfolgt, was gemäss ihrem Rechtsberater nicht korrekt gewesen sei.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG¹⁷ gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Weiter verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.¹⁸

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.¹⁹ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.²⁰

c) Die Vorinstanz hat sich im Entscheid vom 28. Juni 2022 in den Randziffern 12 bis 19 damit auseinandergesetzt, weshalb sie die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmbewilligung für das Errichten von Bauten im Gewässerraum als nicht gegeben erachtet. Sie ist dabei nicht verpflichtet, zu jedem im Verfahren vorgebrachten Argument Stellung zu nehmen, sondern sie hat sich mit den Vorbringen der Baugesuchstellenden und heutigen Beschwerdeführenden in genügender Form auseinanderzusetzen. Dies hat die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 28. Juni 2022 getan. Den Beschwerdeführenden war es denn auch ohne Weiteres möglich, den Entscheid sachgerecht anzufechten.

d) Das rechtliche Gehör umfasst auch Mitwirkungsrechte der Parteien. Die Parteien sind berechtigt, an Instruktionsverhandlungen und amtlichen Augenscheinen teilzunehmen (Art. 22 VRPG). Der Anspruch auf Teilnahme am Augenschein besteht aber nur dann, wenn dieser durch die Entscheidinstanz durchgeführt wird. Beschafft sich eine Fachstelle die für die Abgabe ihrer

¹⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁸ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

¹⁹ BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 9 bis 11

²⁰ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21 und 39

Fachmeinung erforderlichen Kenntnisse der Örtlichkeiten, handelt es sich nicht um einen Augenschein im Sinne von Art. 22 VRPG. Die Fachstelle muss die Parteien nicht beiziehen. Das TBA OIK IV erwähnt im Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 18. Januar 2022 einen Augenschein vor Ort. Dieser wurde im Rahmen der Ausarbeitung des Amtsberichts vorgenommen. Es handelt sich dabei folglich nicht um einen amtlichen Augenschein der Leitbehörde. Den Verfahrensbeteiligten wurde der Amtsbericht zugestellt und sie hatten Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

e) Die Vorinstanz hat sich demnach mit den Vorbringen der Baugesuchstellenden und heutigen Beschwerdeführenden in genügender Form auseinandergesetzt und deren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt.

6. Zusammenfassung, Verfahrenskosten

a) Nach dem Gesagten kann das Bauvorhaben nicht bewilligt werden. Der Entscheid der Stadt Burgdorf vom 28. Juni 2022 ist zu bestätigen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1600.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²¹).

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

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Entscheid der Stadt Burgdorf vom 28. Juni 2022 wird bestätigt.

2. Die Verfahrenskosten von CHF 1600.– werden der Beschwerdeführerin 1 und dem Beschwerdeführer 2 zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Frau C._____ und Herrn D._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Burgdorf, Baudirektion, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Obergeringenieurkreis IV (TBA OIK IV), eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.