

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2014/55

Bern, 12. März 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____

Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____

Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Fürsprecher C._____



_____ und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Lotzwil, Gemeindeverwaltung, Bahnhofstrasse 4,
Postfach 144, 4932 Lotzwil

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Lotzwil vom 17. November
2014 (Zaun)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind Eigentümer der Parzelle Lotzwil Grundbuchblatt Nr. D._____. Diese liegt im Perimeter der Überbauungsordnung "E._____" und ist der Wohnzone W1 zugewiesen. Am 6. April 2011 erteilte der Gemeinderat Lotzwil den Beschwerdeführenden die Baubewilligung für eine Erweiterung des bestehenden Gebäudes im Untergeschoss und eine Erweiterung im Erdgeschoss mit gedeckter

Terrasse sowie der Erstellung eines Schwimmbeckens. Die bewilligten Pläne sehen auf der Südseite der Parzelle an der Grenze zum Nachbargrundstück Nr. F._____ eine "Einfriedung neu Höhe 120 cm" vor. Im Rahmen eines Verfahrens betreffend einer unbewilligten Sichtschutzwand auf dem Nachbargrundstück stellte die Gemeinde im Oktober 2014 fest, dass der von den Beschwerdeführenden errichtete Zaun an der Grenze zum Nachbargrundstück rund 1.5 m hoch ist. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 17. November 2014 forderte die Gemeinde Lotzwil die Beschwerdeführenden auf, den Zaun bis zum 31. Januar 2015 auf das maximal zulässige baubewilligungsfreie Mass von 1.2 m zu kürzen. Gleichzeitig wies sie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin und drohte die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

2. Die Beschwerdeführenden verzichteten auf die Einreichung eines nachträglichen Gesuchs und reichten am 15. Dezember 2014 bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) eine Beschwerde gegen die Wiederherstellungsverfügung vom 17. November 2014 ein. Sie beantragen die Aufhebung der Verfügung und den Verzicht auf die Wiederherstellung. Zur Begründung führen sie im Wesentlichen aus, sie seien bei der Errichtung des Zaunes gutgläubig gewesen. Der betroffene Nachbar habe mündlich seine Zustimmung zu einem Zaun mit der Höhe von 1.5 m erteilt. Dies müsse auch der Baubewilligungsbehörde bekannt gewesen sein, da sonst die Baubewilligung nicht erteilt worden wäre. Zudem sei die Höhe des Zauns bei der Bauabnahme am 3. September 2012 nicht bemängelt worden. Es verstosse gegen das Gebot des Vertrauensschutzes, wenn mehr als zwei Jahre später eine Wiederherstellung angeordnet werde. Die Wiederherstellungsanordnung sei zudem unverhältnismässig, da dafür weder ein öffentliches noch ein nachbarliches Interesse ersichtlich sei.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, edierte die Vorakten und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Lotzwil beantragt die Bestätigung der angefochtenen Verfügung und die Ansetzung einer neuen Wiederherstellungsfrist. Auf die Rechtsschriften 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 (OrV BVE; BSG 152.221.191)

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtswidrigkeit des Zauns

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. e BauG). Die Anordnung der Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD³).⁴ Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz besagt namentlich, dass die Anordnung nicht weiter gehen darf, als zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlich ist. In diesem Rahmen hat die Beschwerdeinstanz in Fällen wie dem vorliegenden, in dem kein nachträgliches Baugesuch gestellt wurde, wenigstens summarisch zu prüfen, ob die umstrittenen Einrichtungen oder Vorkehren materiell rechtswidrig sind. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts genügt eine bloss formelle Rechtswidrigkeit nicht, um die Beseitigung der Baute oder Anlage anzuordnen.⁵

b) Der umstrittene Zaun ist rund 1.5 m hoch und erfordert daher eine Baubewilligung (Art. 1a und Art. 1b BauG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Er steht zudem direkt an der Grenze zum Nachbargrundstück Nr. F._____. Sowohl gemäss dem bei Errichtung des

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

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

⁴ BVR 2013 S. 85 E 5.1, 2006 S. 80 E. 5

⁵ VGE 100.2009.20 vom 1.5.2009 E. 3.1; BVR 2000 S. 416 E. 3a mit weiteren Hinweisen; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 15a

Zaunes geltenden Recht (Art. 14 Abs. 3 altGBR⁶ i.V.m. Art. 79k EG ZGB⁷) als auch nach neuem Recht⁸ dürfen aber nur Einfriedungen mit einer Höhe bis zu 1.2 m an die Grenze gestellt werden. Höhere Einfriedungen sind um das Mass der Mehrhöhe von der Grenze zurückzunehmen oder es muss ein Näherbaurecht oder eine Ausnahmegewilligung vorliegen (Art. 15 altGBR bzw. Ziff. A141 des Anhangs zum GBR). Beides wird von den Beschwerdeführenden nicht bestritten. Sie machen aber geltend, der betroffene Nachbar habe mündlich seine Zustimmung zu einem 1.5 m hohen Zaun erteilt und dies müsse der Baubewilligungsbehörde bekannt gewesen sein, da sonst eine Baubewilligung nicht erteilt worden wäre. Die Baubewilligung werde daher nicht überschritten.

c) Massgebend für den Umfang der erteilten Baubewilligung sind das Baugesuch der Beschwerdeführenden, die bewilligten Pläne vom 29.09.2010/18.02.2011 und die Baubewilligung vom 6. April 2011. In den bewilligten Plänen ist kein Zaun mit der Höhe von 1.5 m eingezeichnet; die Pläne enthalten nur den schriftlichen Hinweis "Einfriedung neu Höhe 120 cm". Die Beschwerdeführenden haben somit nicht um die Bewilligung des 1.5 m hohen Zaunes ersucht und dieser ist auch nicht von der Baubewilligung erfasst. Aus den Baubewilligungsakten ergibt sich zudem, dass die Beschwerdeführenden weder ein Ausnahmegesuch für die Unterschreitung des Grenzabstandes eingereicht noch das Vorliegen eines Näherbaurechts zu Lasten des Nachbargrundstückes Nr. F. _____ geltend gemacht haben. Die Baubewilligungsbehörde musste daher davon ausgehen, dass die Beschwerdeführenden nur eine baubewilligungsfreie Einfriedung mit einer Höhe von maximal 1.2 m erstellen. Der 1.5 m hohe Zaun ist nicht von der Baubewilligung vom 6. April 2011 umfasst. Er ist daher formell rechtswidrig.

d) Der umstrittene Zaun an der Grenze zum Nachbargrundstück ist zudem auch materiell rechtswidrig, da er – wie bereits erwähnt – bewilligungspflichtig ist und den Grenzabstand verletzt. Ein Näherbaurecht besteht nicht. Ob der Eigentümer des Nachbargrundstücks in einem früheren Zeitpunkt allenfalls mündlich seine Zustimmung zur

⁶ Art. 14 Abs. 3 des Baureglementes der Einwohnergemeinde Lotzwil vom 18.10.1987 (aufgehoben durch das neue GBR vom 22.09.2013)

⁷ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

⁸ Da das GBR der Gemeinde Lotzwil keine Vorschriften für die von Einfriedungen einzuhaltenden Grenzabstände enthält, gilt Art. 3 des NBRD (Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement; BSG 723.13), der auf Art. 79 ff. EG ZGB verweist. Vgl. Art. 1 Abs. 2 NBRD und Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 12 N. 7

Errichtung eines 1.5 m hohen Zaunes an der Grundstücksgrenze erteilt hat oder nicht, ist nicht relevant, da ein Näherbaurecht in schriftlicher Form erteilt werden müsste.⁹ Zudem halten die Beschwerdeführenden selbst fest, der Nachbar habe die angebliche mündliche Zustimmung in der Zwischenzeit zurückgezogen. Die von den Beschwerdeführenden beantragte Partei- und Zeugenbefragung ist daher nicht notwendig.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass der umstrittene Zaun formell und materiell rechtswidrig ist.

3. Wiederherstellungsanordnung

a) Steht die Widerrechtlichkeit einer Baute fest, ist zu prüfen, ob die Anordnung der Wiederherstellung durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig ist und ob das Vertrauensprinzip nicht verletzt wird. Verhältnismässig ist eine Anordnung dann, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich und für die Betroffenen zumutbar ist. Bei geringfügigen Abweichungen und wenn die Bauherrschaft im baurechtlichen Sinn gutgläubig handelte, kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private Interessen diese gebieten. Bei bösem Glauben der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung nur verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder unverhältnismässig wäre. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich somit auch eine Bauherrschaft berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.¹⁰

b) Die Beschwerdeführenden räumen selbst ein, dass die Anordnung der Kürzung des Zaunes zweifellos geeignet und erforderlich ist, um den rechtmässigen Zustand

⁹ Art. 15 altGBR bzw. Ziff. A141 des Anhangs zum GBR; vgl. auch Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 12

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 9 ff. mit Hinweisen

wiederherzustellen. Sie machen aber geltend, sie seien bei der Errichtung des Zaunes gutgläubig gewesen. Da die Gemeinde den Zaun bei der Bauabnahme nicht bemängelt habe, hätten sie davon ausgehen dürfen, dass er mit der Baubewilligung in Einklang stehe. Wenn mehr als zwei Jahre nach der Bauabnahme eine Wiederherstellung angeordnet werde, verstosse dies gegen das Gebot des Vertrauensschutzes. Die Wiederherstellung sei zudem unverhältnismässig, da kein konkretes öffentliches oder privates Interesse bestehe.

c) Die Beschwerdeführenden berufen sich darauf, dass die Gemeinde den Zaun nicht bereits bei der Bauabnahme bemängelt habe. Daraus können sie allerdings nicht ableiten, der Zaun sei von der Baubewilligung umfasst oder sie hätten bei der Erstellung des Zaunes gutgläubig davon ausgehen dürfen, er sei nicht baubewilligungspflichtig. Dass anlässlich der Bauabnahme die Höhe des Zaunes nicht kontrolliert oder bemängelt wurde, vermag noch keinen Vertrauensschutz zu begründen. Aus Sicht der Baupolizeibehörde gab es keinen Anlass ein besonderes Augenmerk auf die Höhe des Zauns zu richten, da er nicht Gegenstand der Baubewilligung war. Die blossе Untätigkeit einer Behörde berechtigt zudem nicht zur Annahme, Bauen sei rechtmässig. Untätigkeit der Behörden kann nur dann einen Vertrauenstatbestand begründen, wenn die Behörde eine Rechtswidrigkeit sehr lange Zeit duldete, obschon sie ihnen bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt und die Rechtswidrigkeit für die Bauherrschaft bei gebotener Sorgfalt nicht erkennbar war. Auf den guten Glauben berufen kann sich nicht, wer bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt nicht hat gutgläubig sein können.¹¹ Dabei wird allgemein vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tun kümmern. Dabei muss sich eine Bauherrschaft auch das Wissen(müssen) ihres Architekten anrechnen lassen.¹² Die Baugesuchspläne der Beschwerdeführenden enthalten mehrfach den Hinweis auf eine Einfriedung mit der Höhenangabe "120 cm". Dies zeigt, dass den Beschwerdeführenden bewusst war, dass die Höhe der Einfriedung relevant ist. Der Umstand, dass sie nun geltend machen, sie hätten damals auch eine mündliche Zustimmung des Nachbarn zu einem 1.5 m hohen Zaun an der Grenze eingeholt, zeigt, dass ihnen auch bewusst war, dass eine Einfriedung über 1.2 m nicht

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a, S. 547 unten; BGE 132 II 21 E. 8.1; BVR 2013 S. 85 E. 6.2

¹² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. b

ohne Näherbaurecht an die Grenze gestellt werden darf. Bei der ihnen zumutbaren Sorgfalt hätten sie zudem wissen sollen oder sich erkundigen müssen, in welcher Form ein Näherbaurecht vereinbart werden muss. Die Beschwerdeführenden haben daher bei der Erstellung des Zaunes im baurechtlichen Sinn bösgläubig gehandelt und können sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Dass die Gemeinde erst zwei Jahre nach der Bauabnahme die Wiederherstellung anordnete, ändert daran nichts. Die von den Beschwerdeführenden beantragte Zeugen- und Parteibefragung zur Bauabnahme ist daher nicht erforderlich.

d) Da die Beschwerdeführenden nicht gutgläubig gehandelt haben, könnte auf die Wiederherstellung nur dann verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend oder nicht im öffentlichen Interesse wäre. Der erstellte Zaun überschreitet mit 25 % das zulässige Mass deutlich; die Abweichung ist daher nicht unbedeutend. Dies wird von den Beschwerdeführenden auch nicht bestritten. Sie verneinen allerdings das Vorliegen eines konkreten öffentlichen oder privaten Interesses. Eine Wiederherstellung ist aber nicht nur anzuordnen, wenn Güter wie Verkehrssicherheit oder Ästhetik konkret gefährdet werden. Es besteht generell ein grosses öffentliches Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen.¹³ Da die Beschwerdeführenden nicht gutgläubig handelten, müssen sie in Kauf nehmen, dass die Vorinstanz dieses grundsätzliche Interesse stark gewichtete und im Hinblick auf künftige Fälle und die bei den Nachbarn gleichzeitig angeordnete Wiederherstellung auch das Interesse an der Verhinderung einer Präjudizwirkung sowie die Wahrung der Rechtsgleichheit mitberücksichtigte.¹⁴ Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und der Verhinderung baurechtswidriger Zustände fehlt nur dann, wenn das angestrebte Ziel mit der Wiederherstellungsmassnahme gar nicht zu erreichen ist oder der rechtswidrige Zustand besser oder jedenfalls nicht schlechter ist als der rechtmässige. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden hält die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung dazu nichts anderes fest.¹⁵ Mit der angeordneten Wiederherstellung kann das Ziel der konsequenten Verhinderung von baurechtswidrigen Bauten zweifellos erreicht werden. Es bestehen zudem vorliegend nicht nur öffentliche,

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a

¹⁴ Dazu Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a

¹⁵ Vgl E. 4.2 des von den Beschwerdeführenden genannten VGE 2012/230 vom 30.5.2013

sondern auch nachbarliche Interessen an der Durchsetzung der Wiederherstellung, dienen doch die verletzten Abstandsvorschriften direkt dem Schutz der Nachbarn.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im öffentlichen Interesse liegt, den Vertrauensgrundsatz nicht verletzt und verhältnismässig ist. Die Gemeinde verfügte daher zu Recht, der Zaun an der Grenze zum Nachbargrundstück Nr. F._____ sei auf die maximal zulässige baubewilligungsfreie Höhe von 1.2 m zu kürzen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Frist

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführenden für die Wiederherstellung eine Frist bis 31. Januar 2015 angesetzt. Da die Wiederherstellungsverfügung in diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig war, muss eine neue Frist angesetzt werden. Diese wird festgelegt auf 31. Juni 2015.

5. Kosten

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 Fr. 600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁶). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 1 und Abs. 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gemäss Ziff. 1 der Verfügung der Gemeinde Lotzwil vom 17. November 2014 wird neu angesetzt auf _____

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

31. Juni 2015. Im Übrigen wird die Verfügung der Gemeinde Lotzwil vom 17. November 2014 bestätigt.

3. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.00 werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C. _____, mit Gerichtsurkunde
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Lotzwil, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Ob- u. Nid. Aargau, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer,
Regierungspräsidentin