

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2015/269 vom 19.5.2016). Das Bundesgericht hat die Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts abgeschrieben (BGE 1C_284/2016 vom 3.2.2017).

RA Nr. 120/2015/28

Bern, 4. August 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____



und

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Wichtrach vom 31. März 2015 (AXIOMA-Nr. 540; Sitzplatzüberdachung)

I. Sachverhalt

1. Am 28. Mai 2009 reichten der Beschwerdeführer sowie dessen Lebenspartnerin C. _____ bei der Gemeinde Wichtrach ein Baugesuch ein für den Umbau ihrer Hälfte eines Doppel Einfamilienhauses auf Parzelle Wichtrach, Gbbl. Nr. D. _____. Das Gesuch umfasste nebst Veränderungen der Fenster, einer neuen Raumorganisation im Inneren und einem Fassadenanstrich auch die "Neugestaltung Garten mit Bassin, Brunnen und Pavillon". Die Gesuchsteller reichten mit dem Gesuch Zustimmungserklärungen der Nachbarn (Grundeigentümer der Parzellen Nrn. E. _____, F. _____ sowie G. _____) ein. Die Liegenschaft befindet sich in der Zone E2 (Einfamilienhauszone 2-

geschossig). Die Gemeinde Wichtrach erteilte mit Bauentscheid vom 13. August 2009 die kleine Baubewilligung für das Projekt.

2. In der Folge änderten die Gesuchsteller ihr Bauvorhaben ab. Gemäss Aktennotiz der Gemeinde Wichtrach vom 17. Februar 2010¹ wünschte die Bauherrschaft, dass folgende Änderungen formell und materiell geprüft werden sollten: "Der geplante und bewilligte Pavillon und das Sprudelbad werden nicht erstellt; die Grösse des Sitzplatzes wird angepasst; die Sichtschutzwand soll um 30 cm auf 1.50 m erhöht werden". Weitere Änderungen werden in der Aktennotiz nicht erwähnt. Die Gemeinde Wichtrach hielt in der Aktennotiz fest: "Unter Voraussetzung der Zustimmungserklärung inklusive Erteilung des Näherbaurechts durch die Eigentümer der benachbarten Parzellen ist die Projektänderung im Rahmen der bestehenden Baubewilligung möglich".

Die Nachbarn erklärten ihre Zustimmung "inklusive Näherbaurecht" durch Unterschrift auf einem vorbereiteten Formular.² Zu den Unterzeichnenden gehörten auch H. _____ als Eigentümer der anderen Hälfte des Doppel Einfamilienhauses (Parzelle Nr. E. _____, I. _____ weg); sie leisteten ihre Unterschrift mit Datum vom 18. Februar 2010. Unter "Bauvorhaben" war auf dem Zustimmungsformular angeführt: "Bewilligt am 13.8.2009; Änderungen: Zufahrt über Parzelle G. _____; Sichtschutzwand neu 30 cm höher". Weitere Änderungen wurden nicht genannt. Unter "Eingesehene Pläne und Unterlagen" wurden ohne nähere Bezeichnung oder Datierung "Situationsplan; Gestaltungspläne" erwähnt.

3. Am 6. September 2010 wurde eine Zwischenabnahme durchgeführt. Diese erfolgte durch die Gemeinde Münsingen, welche im Auftrag der Gemeinde Wichtrach handelte. Gemäss Abnahmeprotokoll der Gemeinde Münsingen vom 7. September 2010³ erfolgte die Abnahme "gestützt auf die bewilligten Pläne". Folgende Arbeiten wurden als ausgeführt aufgelistet: Umbauarbeiten im Untergeschoss, neue Fensterfront und Umbauarbeiten im Erdgeschoss sowie "Gartengestaltung gemäss Änderungen vom Januar 2010". Gemäss dem Protokoll "wurden keine Abweichungen festgestellt". Im Protokoll wird zudem – im Zusammenhang mit der Wasserbassin-Anlage – festgehalten: "Der Originalplan der Firma J. _____, der uns zur Verfügung gestellt wurde, wird der Bauherrschaft wieder

¹ Vorakten, Teil 1, pag. 14.

² Vorakten, Teil 1, pag. 15.

³ Vorakten, Teil 1, pag. 17.

zurückgegeben". In den Akten findet sich eine entsprechende Kopie des Plans "Bioschwimmbad und Technikplan" vom 18. Januar 2010 ohne Stempel der Gemeinde.⁴ Dort ist auf dem Grundriss, Massstab 1:50, vermerkt: "Glasvordach (Metallkonstruktion nach Angaben Metallbauer)". Ein Grundriss, Schnitte oder Seitenansichten des Glasvordachs sind auf dem Plan nicht vorhanden. Ebenso fehlen entsprechende Massangaben.

4. Mit Schreiben vom 7. Februar 2011 beantragte die Bauherrschaft, vertreten durch eine Gartenbauunternehmung, eine Projektänderung bezüglich des Vordaches über der Eingangstüre. Auf den entsprechenden Plänen⁵ ist das Vordach über der Eingangstüre eingezeichnet, nicht jedoch eine Überdachung im Bereich des Gartensitzplatzes. Die Höhe der Betonmauer zur Parzelle Nr. E. _____ ist (wie im Originalplan zum Baugesuch vom 28. Mai 2009⁶) mit "1.50 m" angegeben. Gegen die Projektänderung erhoben die Nachbarn H. _____ Einsprache, die sie am 26. April 2011 zurückzogen. Am 26. Mai 2011 erteilte die Gemeinde Wichtrach die Baubewilligung für das Vordach über der Eingangstüre.

5. Am 17. August 2011 führte die Gemeinde Münsingen auf den Liegenschaften I. _____ weg (Parzellen Nrn. E. _____ und D. _____) eine Begehung durch. Dabei bildete u.a. die Betonwand auf der Parzellengrenze I. _____ weg Gegenstand der Besichtigung. In der Aktennotiz der Gemeinde Münsingen vom 24. August 2011⁷ wird dazu festgehalten: "Aufgrund der Baubewilligung vom 13.8.2009 und der Einverständniserklärung vom 18.2.2011 darf die Höhe 1.80 m betragen. Die Betonwand hält ab der Flügelwand auf einer Länge von 1.80 m und einer gemessenen Höhe von ca. 1.77 m die Vorgaben ein. Die Betonwand wird anschliessend auf die Höhe von ca. 1.48 m reduziert. Die bewilligte Wandhöhe wird somit eingehalten. Die Mauer wird von keiner Partei bestritten."

⁴ Vorakten, Teil 1, pag. 88.

⁵ Vorakten, Teil 1, pag. 89.

⁶ Plan "Baueingabe, Garten" im Massstab 1:200 vom 27. Mai 2009, von der Gemeinde Wichtrach gestempelt mit Datum vom 13. August 2009, Vorakten, pag. 83.

⁷ Vorakten, Teil 1, pag. 50. Vgl. auch den handschriftlich ergänzten Situationsplan vom 27. Mai 2009, von der Gemeinde Wichtrach gestempelt am 13. August 2009, Vorakten, Teil 1, pag. 52.

In der Aktennotiz wird weiter festgehalten: "Bei den beiden Liegenschaften I. _____ stehen im Gartenbereich nicht bewilligte Überdachungen der Gartensitzplätze. Gedeckte Sitzplätze werden nach Art. 14 Abs. 1 GBR als bewohnte An- und Nebenbauten eingestuft und haben einen Grenzabstand von 2.00 m einzuhalten. Der Grenzabstand der Vordächer wird offensichtlich von beiden Liegenschaften im gleichen Masse nicht eingehalten."

Zum weiteren Vorgehen hält die Aktennotiz u.a. fest: "Die beiden Grundeigentümer reichen ein Baugesuch der Vordächer mit gegenseitigem Näherbaurecht ein".

6. Mit Schreiben vom 7. September 2011⁸ an die Gemeinde Münsingen nahm der Rechtsvertreter der Bauherrschaft darauf Bezug und führte aus: "Betreffend Vordach im Gartenbereich meiner Klientschaft verweise ich Sie auf die Zustimmungserklärung, inkl. Näherbaurecht der Eheleute H. _____ vom 18. Februar 2010. Das von meiner Klientschaft gebaute Vordach im Gartenbereich ist in den eingesehenen und baubewilligten Plänen entsprechend eingezeichnet. Somit ist dieses sowohl von den Eheleuten H. _____ als Nachbarn wie auch der Gemeinde als Baubewilligungsbehörde entsprechend genehmigt worden. (...) Die Baubewilligung wurde Ihrerseits erteilt, was mit Zwischenabnahme Ihrer Frau K. _____ vom 7. September 2010 explizit bestätigt wird (ausgeführte Arbeiten: Gartengestaltung gemäss Änderungen vom Januar 2010)."

7. Am 19. Mai 2014 erstatteten H. _____ gegen den Beschwerdeführer baupolizeiliche Anzeige bei der Gemeinde Wichtrach. In dieser machten sie im Wesentlichen geltend, der Beschwerdeführer habe die Sitzplatzüberdachung ohne Bewilligung erstellt und der Brunnen in seinem Garten verursache übermässigen Lärm. Die Gemeinde Wichtrach leitete daraufhin gegen den Beschwerdeführer ein baupolizeiliches Verfahren ein. Am 15. Juli 2014 fand eine baupolizeiliche Begehung statt. Mit Verfügung vom 25. November 2014⁹ trennte die Gemeinde Wichtrach das Verfahren betreffend Lärmimmissionen vom Verfahren betreffend rechtlich umstrittene Bauten.

⁸ Vorakten, Teil 1, pag. 57.

⁹ Vorakten, Teil 2, Register 19.

8. Mit Schreiben vom 25. November 2014¹⁰ hielt die Gemeinde Wichtrach fest, dass anlässlich der Begehung vom 15. Juli 2014 u.a. festgestellt worden war, dass die Sitzplatzüberdachung ab Fassade und ab Balkon ohne Baubewilligung erstellt worden sei. Es liege dafür kein Näherbaurecht vor. Die Mauerhöhen wichen zum Teil ebenfalls von der Baubewilligung ab, wobei Näherbaurechte vorlägen und die Mauern nicht bestritten seien. Die Pläne mit Datum vom 18. Januar 2010 seien nicht bewilligt und lägen nur in Kopie vor. Die Zwischenabnahme der Gemeinde Münsingen vom 6. September 2010 habe keine Rechtsverbindlichkeit. Massgebend seien die mit Datum der Baubewilligung abgestempelten Pläne.

Die Gemeinde Wichtrach gewährte dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör im Hinblick auf die beabsichtigte Verfügung der Wiederherstellung, d.h. der restlosen Entfernung der Sitzplatzüberdachung. Ein allfälliges nachträgliches Baugesuch müsse das erforderliche Näherbaurecht beinhalten.

9. Am 12. Januar 2015 reichte der Beschwerdeführer beim Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland eine aufsichtsrechtliche Anzeige gegen die Gemeinde Wichtrach ein. Das Regierungsstatthalteramt teilte mit Schreiben vom 23. Januar 2015 mit, es sei kein Grund ersichtlich, gegen die Gemeinde Wichtrach aufsichtsrechtlich einzuschreiten.

10. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 31. März 2015 forderte die Gemeinde Wichtrach den Beschwerdeführer auf, die gesamte Sitzplatzüberdachung in Metall und Glas auf der Parzelle Nr. D._____ innert 3 Monaten seit Eintritt der Rechtskraft der Wiederherstellungsverfügung restlos zu entfernen. Gleichzeitig wies sie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin und drohte die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

11. Der Beschwerdeführer reichte gegen die Wiederherstellungsverfügung am 1. Mai 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt die Aufhebung der Verfügung und die Verurteilung der Gemeinde

¹⁰ Vorakten, Teil 3., Register 1.

Wichtrach zur Tragung der Verfahrenskosten und zur Leistung einer angemessenen Parteientschädigung.

12. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Wichtrach verweist in ihrer Stellungnahme vom 29. Mai 2015 im Wesentlichen auf die Vorakten und den angefochtenen Entscheid. Die Anzeiger verzichteten mit Eingabe vom 20. Mai 2015 auf eine Beteiligung am Verfahren.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG¹² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Verfügungsadressat

a) Der Beschwerdeführer wirft die Frage auf, ob die angefochtene Verfügung korrekt eröffnet wurde. Eine Wiederherstellungsverfügung müsse an den Störer gerichtet werden. Dies sei vorliegend die Bauherrschaft, also der Beschwerdeführer zusammen mit seiner Lebenspartnerin, Frau C._____. Die Wiederherstellungsverfügung sei jedoch nur dem Beschwerdeführer eröffnet worden. Dies sei rechtlich nicht korrekt und die angefochtene Verfügung sei daher nichtig.

¹¹ 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).

¹² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721).

b) Die Vorinstanz beruft sich in ihrer Stellungnahme vom 29. Mai 2015 zu Recht auf Art. 46 Abs. 2 BauG. Nach dieser Bestimmung setzt die Baupolizeibehörde dem jeweiligen Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme. Der Grundeigentümer ist oftmals, aber nicht notwendig, ein Verhaltensstörer; nämlich dann, wenn er den rechtswidrigen Zustand als Bauherr verursacht hat. In der Regel ist der Grundeigentümer jedenfalls als Zustandsstörer zu betrachten, da er über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, die rechtliche und/oder tatsächliche Gewalt hat und entsprechend in der Lage ist, den rechtswidrigen Zustand zu beheben. Die Wiederherstellungsverfügung richtet sich daher immer an den Grundeigentümer; zusätzlich kann sie sich an eine nicht mit diesem identische Bauherrschaft richten. Sie wird jedoch nicht rechtswidrig oder nichtig, wenn weitere vorhandene Störer nicht gleichzeitig mit dem Grundeigentümer ins Recht gefasst werden.¹³

Nebst dem Grundeigentümer weitere Adressaten ins Recht zu fassen drängt sich dann auf, wenn dies zur Durchsetzung der Wiederherstellungsverfügung notwendig erscheint. Der Beschwerdeführer ist unbestrittenermassen Alleineigentümer des Grundstücks, auf welchem sich die umstrittene Konstruktion befindet, und kann über dieses rechtlich und tatsächlich verfügen. Damit ist die Durchsetzbarkeit der Wiederherstellungsverfügung gewährleistet. Die Rüge erweist sich als unbegründet. Es drängt sich auch im Beschwerdeverfahren nicht auf, die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers als Partei zu beteiligen; dies wird auch nicht beantragt.

3. Baubewilligung

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, es liege eine Baubewilligung vor für die streitige Sitzplatzüberdachung. Der Beschwerdeführer habe der Gemeinde Pläne zu einer Projektänderung vom 18. Januar 2010 sowie entsprechende Zustimmungserklärungen einschliesslich Näherbaurecht der Nachbarn eingereicht. Gemäss Aktennotiz vom 17. Februar 2010 sei die Projektänderung im Rahmen der bestehenden Baubewilligung möglich. Die Baubewilligung vom 13. August 2009 umfasse auch die Projektänderung von Januar 2010. Zudem sei die Zwischenabnahme vom 6. September 2010 gemäss

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12.

Schreiben vom 7. September 2010 gestützt auf die bewilligten Pläne erfolgt. Es sei daher davon auszugehen, dass die Pläne betreffend die Gartengestaltung vom Januar 2010 bewilligt waren. Der Beschwerdeführer könne nicht nachvollziehen, weshalb diese keinen Baubewilligungsstempel aufwiesen.

b) Die Aktennotiz vom 17. Februar 2010¹⁴ bezieht sich auf eine Besprechung vom 16./17. Januar 2010. Gemäss der Aktennotiz sollte die kleine Baubewilligung vom 13. August 2009 gewisse Änderungen erfahren. Von einer Sitzplatzüberdachung ist dabei nicht die Rede. Die Aktennotiz führt aus: "Das Bauvorhaben soll damit in einem kleineren als dem bewilligten Ausmass realisiert werden. (...) Die Bauherrschaft wünscht, dass der Sachverhalt formell und materiell geprüft wird." Unter dem Titel "Schlussfolgerungen" wird sodann festgehalten: "Unter Voraussetzung der Zustimmungserklärung inklusive Erteilung des Näherbaurechts durch die Eigentümer der benachbarten Parzellen ist die Projektänderung im Rahmen der bestehenden Baubewilligung möglich."

Die Gemeinde führte dazu in der angefochtenen Verfügung aus, die Besprechung vom 16./17. Januar 2010 sei als Voranfrage zu betrachten. Dabei sei lediglich geklärt worden, ob die Änderungen am Projekt noch im Rahmen einer Projektänderung beurteilt werden könnten oder ob ein neues Baugesuch erforderlich sei. Im Anschluss sei jedoch nie ein Gesuch um Bewilligung einer Projektänderung, insbesondere betreffend Erstellung einer Sitzplatzüberdachung, eingereicht worden. Die Aktennotiz vom 17. Februar 2010 könne nicht als Bewilligung einer Projektänderung interpretiert werden. Im Übrigen lägen keine Pläne für die Sitzplatzüberdachung vor.

c) Die Änderung eines rechtskräftig bewilligten Projekts vor oder während der Bauausführung bedingt eine Zusatzbewilligung zur Baubewilligung.¹⁵ Das entsprechende Verfahren wird mit einem schriftlichen Projektänderungsgesuch eingeleitet; in der Regel sind die Änderungen entsprechend den Vorschriften des Bewilligungsdekrets (Art. 12 ff. BewD¹⁶) in einem Plan festzuhalten. Die Zusatzbewilligung, mit der die Projektänderung gewährt wird, erfolgt in Form einer schriftlichen Verfügung; sie kann weder mündlich noch konkludent (z.B. durch Bauabnahme) erteilt werden.¹⁷

¹⁴ Vorakten, Teil 1, pag. 14.

¹⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 14.

¹⁶ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

¹⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 15.

Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass eine Bewilligung der Projektänderung je formell verfügt wurde. Er behauptet auch nicht, ein schriftliches Projektänderungsgesuch gestellt zu haben. Er macht lediglich geltend, der Gemeinde Pläne vorgelegt zu haben, aus welchen die Sitzplatzüberdachung hervorgegangen sei. Soweit ersichtlich, wird jedoch die Sitzplatzüberdachung einzig im nicht abgestempelten Plan "Bioschwimmbad- und Technikplan" der Firma J._____ vom 18. Januar 2010¹⁸ überhaupt erwähnt, und zwar mit der Umschreibung "Glasvordach (Metallkonstruktion nach Angaben Metallbauer)". Pläne, aus denen die Konstruktionsweise und die Abmessungen des Glasvordachs hervorgehen, fehlen in den Akten gänzlich. Die vom Beschwerdeführer eingereichte "Zustimmungserklärung inklusive Näherbaurecht" der Nachbarn¹⁹ bezieht sich ihrem Wortlaut nach auf "Änderungen: Zufahrt über Parzelle G._____; Sichtschutzwand neu 30 cm höher". Die Nachbarn bestätigen damit ferner, folgende Pläne eingesehen zu haben: "Situationsplan; Gestaltungspläne".

Der Beschwerdeführer hat demnach weder ein schriftliches Projektänderungsgesuch gestellt noch Pläne eingereicht, aus denen die Konstruktionsweise und die Abmessungen einer Sitzplatzüberdachung auch nur ansatzweise hervorgegangen wären. Auch in der eingereichten Zustimmungserklärung der Nachbarn fehlt jeder Hinweis auf eine Sitzplatzüberdachung. Entsprechend hat die Gemeinde – zu Recht – die Eingaben des Beschwerdeführers nicht als Gesuch um eine Projektänderung, welche eine Sitzplatzüberdachung umfasst, interpretiert. Ohne Projektänderungsgesuch kam es nicht zu einem Verfahren und es wurde keine entsprechende Bewilligung erteilt.

4. Vertrauensgrundsatz

a) Der Beschwerdeführer rügt in verschiedener Hinsicht, die angefochtene Verfügung verletze den Vertrauensgrundsatz.

Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Er verleiht Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Dieser Anspruch setzt zunächst voraus, dass eine Vertrauensgrundlage

¹⁸ Vorakten, Teil 1, pag. 88.

¹⁹ Vorakten, Teil1, pag. 15.

besteht, also ein Verhalten eines staatlichen Organs, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Als Vertrauensgrundlage kommen beispielsweise Verfügungen und Entscheide oder behördliche Auskünfte in Frage. Die vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustands bildet jedoch nur in Ausnahmefällen eine Vertrauensgrundlage, namentlich dann, wenn die Behörde durch ihr Verhalten beim Bauherrn die Meinung hat aufkommen lassen, er handle rechtmässig. Liegt eine Vertrauensgrundlage vor, so setzt der Anspruch auf Vertrauensschutz weiter voraus, dass der Private von dieser Kenntnis hatte, deren Fehlerhaftigkeit aber nicht erkannte. Weiter muss er gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt haben, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Schliesslich kann das Vertrauen nur geschützt werden, falls kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht.²⁰

b) Der Beschwerdeführer scheint die Auskunft der Gemeinde, dass eine Projektänderung im Rahmen der bestehenden Baubewilligung möglich sei, so verstehen zu wollen, dass gar kein Gesuch um Projektänderung eingereicht werden musste, weil auch die Änderungen gemäss der Aktennotiz vom 17. Februar 2010 von der Baubewilligung umfasst seien. Demgegenüber wollte die Gemeinde damit lediglich in Aussicht stellen, dass die Projektänderung als Zusatzbewilligung ohne neues Baugesuchsverfahren erteilt werden könne.

Auf den Vertrauensschutz können sich nur gutgläubige Private berufen. Dies erscheint vorliegend zunächst deshalb als zweifelhaft, weil gemäss der Aktennotiz vom 17. Februar 2010 die Bauherrschaft wünschte, dass die Projektänderungen formell und materiell geprüft werden sollten. Dem Beschwerdeführer war demnach durchaus bewusst, dass die Projektänderung ein entsprechendes Verfahren voraussetzte.

Auch ohnedies kann die Aktennotiz vom 17. Februar 2010 nicht im angeführten Sinn als Vertrauensgrundlage herangezogen werden. An der Besprechung vom 16./17. Januar 2010 wurden Projektänderungen diskutiert, die nicht lediglich in einem Verzicht auf einzelne Projektteile (Pavillon etc.) bestanden. Gegenstand der Diskussion waren vielmehr auch Baumassnahmen, die in den Plänen zur Baubewilligung vom 13. August 2009 nicht enthalten waren. Auch für einen baurechtlichen Laien war offenkundig, dass die Baubewilligung vom 13. August 2009 nachträglich erarbeitete, zusätzliche

²⁰ Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, S. 140 ff.

Baumassnahmen nicht umfassen konnte. Ein erkennbar unzutreffendes Verständnis einer behördlichen Auskunft wird nicht geschützt.²¹ Zudem nimmt die Aktennotiz vom 17. Februar 2010 keinen Bezug auf das Projekt einer Sitzplatzüberdachung. Auch aus diesem Grund kann sie diesbezüglich nicht als Vertrauensgrundlage dienen.

c) Der Beschwerdeführer beruft sich weiter darauf, dass am 6. September 2010 eine Zwischenabnahme durch die Gemeinde Münsingen erfolgt sei. Im diesbezüglichen Schreiben vom 7. September 2010 habe die Gemeinde Münsingen festgehalten, dass die Abnahme "gestützt auf die bewilligten Pläne" erfolgt sei, dass die überprüften Arbeiten nebst Umbauarbeiten im Unter- und Erdgeschoss auch die "Gartengestaltung gemäss Änderungen vom Januar 2010" umfassten, und dass keine Abweichungen festgestellt worden seien. Zudem werde der Plan der Firma J._____ in dem Schreiben erwähnt. Der Beschwerdeführer will daraus ableiten, dass letzterer Plan als bewilligt zu gelten habe, und dass die Konformität der Sitzplatzüberdachung mit der gültigen Baubewilligung bestätigt worden sei.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Vielmehr war davon auszugehen, dass die Gemeinde der Sitzplatzüberdachung bei der Zwischenabnahme am 6. September 2010 gar keine Aufmerksamkeit geschenkt hatte. Die Überdachung wurde denn auch im Schreiben vom 7. September 2010 mit keinem Wort erwähnt. Angeführt wurde zwar die "Gartengestaltung gemäss Änderungen vom Januar 2010". Aus dem Plan der Firma J._____ vom 18. Januar 2010 geht jedoch in keiner Weise hervor, wie die Sitzplatzüberdachung konstruiert werden sollte, insbesondere wie hoch, breit und tief sie sein sollte. Dem Plan lässt sich diesbezüglich lediglich das Wort "Glasvordach" entnehmen. Die Gemeinde konnte sich keine Vorstellung davon machen, wie dieses Glasvordach konkret aussehen würde. Die Bestätigung der korrekten Bauausführung konnte sich nur auf solche Bauteile beziehen, die in den Baugesuchsunterlagen soweit umschrieben und dargestellt waren, dass eine Überprüfung der korrekten Bauausführung überhaupt möglich war. Der Beschwerdeführer durfte daher die Bestätigung der Gemeinde, es seien keine Abweichungen festgestellt worden, nach Treu und Glauben nicht auch auf die Sitzplatzüberdachung beziehen.

²¹ Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 154.

d) Nach Ansicht des Beschwerdeführers hätte die Gemeinde die Unterbreitung des Plans "Bioschwimmbad- und Technikplan" der Firma J. _____ vom 18. Januar 2010 als Gesuch um Bewilligung der Sitzplatzüberdachung interpretieren und das Ungenügen des Plans monieren sollen. Andernfalls kann sich die Gemeinde nach Ansicht des Beschwerdeführers nicht auf das Ungenügen der Plangrundlagen für die Überdachung berufen.

Die Vorschriften, wonach die Baubewilligungsbehörde den Baugesuchsteller auf Mängel in den Bauunterlagen aufmerksam macht, kann jedoch nur greifen, wenn überhaupt ein Gesuch eingereicht wurde. Dies war vorliegend nicht der Fall, wie bereits oben dargelegt wurde.

e) Im Rahmen einer Begehung der Liegenschaft des Beschwerdeführers vom 17. August 2011 wurde festgestellt, dass auf dieser sowie auf der Nachbarliegenschaft nicht bewilligte Überdachungen der Gartensitzplätze bestehen. Dies wurde mit Aktennotiz vom 24. August 2011 festgehalten und unter anderem dem Beschwerdeführer mitgeteilt.²² Der Beschwerdeführer führt an, er habe mit Schreiben vom 2. und 7. September 2011 der Einschätzung, dass die Überdachung auf seinem Grundstück unbewilligt sei, widersprochen. Die Gemeinde habe diese Schreiben nicht beantwortet und zunächst kein Wiederherstellungsverfahren eingeleitet.

Den Akten und der angefochtenen Verfügung lässt sich entnehmen, dass die Gemeinde das baupolizeiliche Verfahren nach der Begehung am 17. August 2011 und der diesbezüglichen Aktennotiz vom 24. August 2011 zunächst nicht weiterverfolgte. Nachdem die Nachbarn am 19. Mai 2014 Anzeige erstattet hatten, eröffnete sie mit Verfügung vom 13. Juni 2014 das baupolizeiliche Verfahren, das in den Erlass der angefochtenen Verfügung mündete.

Nach dem Gesagten kann die Duldung eines rechtswidrigen Zustands nur ausnahmsweise als Vertrauensgrundlage betrachtet werden. Vorliegend hat die Gemeinde die Rechtswidrigkeit der Überdachung moniert und den Beschwerdeführer zur Einreichung eines Baugesuchs aufgefordert. Es kann ihr daher nicht vorgeworfen werden, sie habe beim Beschwerdeführer die Meinung aufkommen lassen, er handle rechtmässig. Der Beschwerdeführer durfte derartiges auch nicht aus dem behaupteten Stillschweigen der

²² Vorakten, Teil 1, pag. 50.

Gemeinde auf seine Schreiben schliessen. Es gab keinen Anlass zur Annahme, dass die Gemeinde ihre Ansicht geändert habe. Erkennbar war lediglich, dass die Gemeinde vorläufig keine Schritte zur Eröffnung eines Wiederherstellungsverfahrens einleitete. Das fehlende Einschreiten der Behörde könnte jedoch höchstens im Fall einer sehr langen Dauer als Vertrauensgrundlage herangezogen werden.²³ Eine knapp dreijährige Zeitspanne reicht dafür bei weitem nicht aus.

f) Der Beschwerdeführer beantragt, die Gemeinde sei darauf zu behaften, dass sie in einem Schreiben vom 19. Juni 2012 an die Nachbarn ausgeführt habe, der Beschwerdeführer dürfe aufgrund der Zwischenabnahme vom 6. September 2010 darauf vertrauen, dass er nicht wiederherstellen müsse. In diesem Zusammenhang legt der Beschwerdeführer ein nicht unterzeichnetes Schreiben der Gemeinde Wichtrach ins Recht, aus dem selbiges hervorgeht. Dem Anschein nach handelt es sich um einen Entwurf, wobei unklar ist, wie dieser in die Hände des Beschwerdeführers gelangt sein kann. Die Gemeinde führt dazu in ihrer Stellungnahme vom 29. Mai 2015 aus, sie habe das entsprechende Schreiben nur an die Nachbarn, die Eheleute H._____, gerichtet und bewahre in ihren Akten eine Kopie des unterzeichneten Schreibens auf.

Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass er Adressat des fraglichen Schreibens gewesen sei oder dass ihm dieses von der Gemeinde zur Kenntnis gebracht worden sei. Auch der Stellungnahme der Gemeinde lässt sich entnehmen, dass dies nicht der Fall war. Eine behördliche Auskunft, die gar nicht an den Beschwerdeführer gerichtet war bzw. diesem von der Behörde nicht mitgeteilt wurde, kommt jedoch als Vertrauensgrundlage von vornherein nicht in Betracht.²⁴ Demnach gibt es keine Grundlage, um die Gemeinde auf der in diesem Schreiben zum Ausdruck gebrachten Auffassung zu behaften.

5. Rechtsgleichheit

a) Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV²⁵. Gemäss der Aktennotiz vom 17. August 2011 bestehe auch bei den Nachbarn eine nicht bewilligte Sitzplatzüberdachung.

²³ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 147 f.

²⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 151.

²⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

b) Nach Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Dies verpflichtet die Behörden, Private bei gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht lässt sich daraus jedoch nur in engen Grenzen ableiten. Als Regel gilt, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung dem Anspruch auf gleichmässige Rechtsanwendung vorgeht. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt den Bürgern grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht nur, wenn die zu beurteilenden Fälle in den tatbestandserheblichen Sachverhaltselementen übereinstimmen und dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zudem zu erkennen gibt, auch inskünftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Schliesslich dürfen keine überwiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen oder Interessen Dritter entgegenstehen. Als Grundlage für eine Gleichbehandlung im Unrecht fällt grundsätzlich auch eine rechtswidrige Baubewilligungspraxis in Betracht.²⁶

Vorliegend gibt es allerdings keine Hinweise darauf, dass die Baubewilligungsbehörde in ständiger Praxis die bewilligungslose Erstellung bewilligungspflichtiger Sitzplatzüberdachungen toleriert und alleine beim Beschwerdeführer eine Ausnahme macht. Die blossе Tatsache, dass die Gemeinde gegen die Nachbarn des Beschwerdeführers (noch) keine Wiederherstellungsverfügung erlassen hat, obwohl ihr das Vorhandensein einer bewilligungslos erstellten Überdachung bekannt ist, vermag keine ständige Praxis zu begründen, welche dem Beschwerdeführer einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht verschaffen würde. Selbst wenn es zutrifft, dass die Gemeinde gegen die unbewilligte Überdachung der Nachbarn (noch) nicht vorgegangen ist, kann der Beschwerdeführer daraus daher nichts zu seinen Gunsten ableiten.

6. Wiederherstellung

a) Wird ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, so setzt die Baupolizeibehörde nach Art. 46 Abs. 2 BauG dem Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung

²⁶ Urteil des Bundesgerichtes 1C_400/2014 vom 4. Dezember 2014, E. 2.3; vgl. BGE 139 II 49 E. 7.1 S. 61; 136 I 65 E. 5.6 S. 78 f.

der Ersatzvornahme. Die Wiederherstellungsverfügung stellt einen Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsfreiheit dar und ist deshalb nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und nicht Treu und Glauben widerspricht.²⁷

Die gesetzliche Grundlage ist mit Art. 46 BauG vorhanden. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist.²⁸ Dies trifft auch vorliegend zu. Nach dem Gesagten hätte der Beschwerdeführer bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt erkennen müssen, dass die Bauausführung ohne entsprechende Bewilligung erfolgte, und kann sich diesbezüglich nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen. Entsprechend kann auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur verzichtet werden, wenn diese unverhältnismässig ist.

b) Verhältnismässigkeit setzt zunächst voraus, dass die Wiederherstellungsverfügung geeignet ist, das damit verfolgte Ziel (d.h. die Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und die konsequente Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen) zu erreichen. Dies ist vorliegend ohne Weiteres zu bejahen. Weiter muss die Wiederherstellungsverfügung zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sein, d.h. es darf keine weniger einschneidenden Massnahmen geben, mit denen dieses Ziel ebenso gut erreicht werden kann. Eine mildere Massnahme ist hier nicht ersichtlich. Schliesslich muss die Wiederherstellung zumutbar sein, d.h. die Belastung für den Pflichtigen muss in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. Die Entfernung der Sitzplatzüberdachung ist nicht mit übermässigen Aufwendungen verbunden.

c) Die Gemeinde hat im angefochtenen Entscheid festgehalten, dass die Überdachung gemäss Gemeindebaureglement einen Grenzabstand von 3 Metern einzuhalten hätte, der vorliegend nicht gegeben sei. Nach Art. 14 Abs. 1 GBR²⁹ ist bei bewohnten An- und Nebenbauten mit einer maximalen Grundfläche von 30 m² und einer mittleren Gebäudehöhe von 4.0 m ein allseitiger Grenzabstand von 3.0 m einzuhalten. Gemäss der

²⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9.

²⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a.

²⁹ Gemeindebaureglement der Gemeinde Wichtrach vom August 2010.

BSIG³⁰-Weisung Nr. 7/721.0/10.1 der JGK³¹ vom 14. April 2010, Ziff. 2.2, gelten überdeckte Sitzplätze als bewohnt. Hinsichtlich der Abmessungen muss in Ermangelung vermasseter Pläne auf die Feststellungen der Gemeinde im angefochtenen Entscheid sowie auf die Dokumentationen der Begehungen vom 17. August 2011³² und vom 15. Juli 2014³³ abgestellt werden. Demnach besteht entlang der gesamten Südfassade eine Überdachung, welche ab der südwestlichen Hausecke auf einer Länge von 5.20 m eine Tiefe von 1.80 m ab Fassade aufweist, danach bis zur Parzellengrenze, d.h. auf einer Länge von 3.89 m, eine Tiefe von 2.53 m ab Balkon. Die Bewilligungspflicht dieser Konstruktion ist unbestritten. Der gemäss Gemeindebaureglement vorgeschriebene Grenzabstand von 3.0 m ist nicht eingehalten. Die eingereichte Zustimmungserklärung der Nachbarn vom 18. Februar 2010³⁴ bezieht sich lediglich auf die Zufahrt sowie die Sichtschutzwand; die Sitzplatzüberdachung wird darin nicht erwähnt. In der Zustimmungserklärung wird angeführt, die Nachbarn hätten die nicht näher bezeichneten "Gestaltungspläne" eingesehen. Selbst wenn man daraus ableiten wollte, dass ihnen der Plan "Bioschwimmbad- und Technikplan" der Firma J. _____ vom 18. Januar 2010 und der dort enthaltene Hinweis "Glasvordach" bekannt war, könnte darin keine Zustimmung zur streitigen Sitzplatzüberdachung erblickt werden. Der blossen Anmerkung "Glasvordach" können keine Angaben hinsichtlich Höhe, Breite und Tiefe der Überdachung entnommen werden; ebenso wenig Hinweise darauf, dass die Konstruktion den Grenzabstand nicht einhält. Ein nachbarlich eingeräumtes Näherbaurecht setzt zu seiner Rechtsgültigkeit voraus, dass es sich auf ein konkretes Projekt bezieht, oder aber dass das Mass des eingeräumten Näherbaurechts genau definiert wird.³⁵ Beides ist vorliegend nicht der Fall.

Da die Sitzplatzüberdachung den vorgeschriebenen Grenzabstand nicht einhält und kein darauf bezogenes Näherbaurecht vorhanden ist, kann aufgrund der summarischen Prüfung nicht davon ausgegangen werden, dass die streitige Sitzplatzüberdachung bewilligungsfähig wäre. Auch unter diesem Aspekt erweist sich die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als verhältnismässig.

³⁰ Bernische Systematische Information Gemeinden.

³¹ Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern.

³² Vorakten, Teil 1, pag. 50 f.

³³ Vorakten, Teil 2, Register 6.

³⁴ Vorakten, Teil 1, pag. 15.

³⁵ Urs Eymann, Das Näherbaurecht, KPG-Bulletin 2/2015, S. 55.

d) Nach Ablauf von fünf Jahren kann gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur angeordnet werden, wenn zwingende öffentliche Interessen dies erfordern. Die Gemeinde hat dazu in der angefochtenen Verfügung festgehalten, die Überdachung sei vermutlich zwischen Frühjahr 2010 und August 2011 erstellt worden. Durch die Begehung vom 15. Juli 2014, anlässlich welcher die Sitzplatzüberdeckung aufgenommen worden war, sei die Fünfjahresfrist unterbrochen worden.

Die Frist beginnt ab Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit zu laufen. Der Beschwerdeführer bestreitet den angenommenen Zeitpunkt der Erstellung nicht. Die Gemeinde monierte deren Rechtswidrigkeit bereits am 17. August 2011 und forderte den Beschwerdeführer zur Einreichung eines Baugesuches auf. Damit wurde die Frist unterbrochen.³⁶ Bei Erlass der angefochtenen Verfügung am 31. März 2015 war die Frist demnach noch nicht abgelaufen.

7. Zusammenfassung und Kosten

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde in sämtlichen Punkten als unbegründet. Sie ist abzuweisen und die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV³⁷).

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

³⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11a.

³⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Wichtrach vom 31. März 2015 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Wichtrach, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, zur Kenntnis
- Herrn und Frau H._____

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin