

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2018/82 vom 7.3.2019).

RA Nr. 120/2017/46

Bern, 15. Februar 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt H. _____



und

Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 1

Frau **E.** _____
Beschwerdegegnerin 2

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Aarwangen, Gemeindeverwaltung,
Langenthalstrasse 4, Postfach 72, 4912 Aarwangen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Aarwangen vom 12. Juli 2017 (Terrainveränderungen)

I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Aarwangen erteilte den Beschwerdeführenden am 24. März 2005 die Baubewilligung für den Neubau eines Einfamilienhauses mit angebauter Garage und Geräteraum auf Parzelle Aarwangen Grundbuchblatt Nr. F._____. Am 25. Oktober 2005 bewilligte die Gemeinde den Beschwerdeführenden die Erstellung eines Schwimmbeckens im Garten. Nachdem die Beschwerdeführerin 2 die Gemeinde vom Vorhaben informiert hatte, an der südöstlichen Grundstücksgrenze und in der südlichen Ecke des Grundstücks das Terrain mit Auffüllungen ebenen bzw. anheben zu wollen, führte der Bauverwalter der Gemeinde am 9. Januar 2015 einen Augenschein durch. Nach Ausführung der Arbeiten im März 2015 führte die Bauverwaltung am 8. Mai 2015 eine weitere Begehung mit Massaufnahme durch. Dabei wurde insbesondere die Höhe der Stützmauern zum südöstlichen Nachbargrundstück hin (Parzelle Nr. G._____) an verschiedenen Stellen gemessen. Am 28. Mai 2015 gab die Baukommission dem Beschwerdegegner 1 und der Beschwerdegegnerin 2 als Eigentümerschaft der Parzelle Nr. G._____ bekannt, dass die Terrainveränderung ohne Baubewilligung habe ausgeführt werden dürfen und dass die Böschungsgestaltung auf dem Grundstück der Beschwerdeführenden zur Parzelle der Beschwerdegegnerschaft hin den einschlägigen Vorschriften entspreche. Im Juni 2015 gab der Bauverwalter der Beschwerdeführerin 2 den Inhalt dieses Schreibens per E-Mail bekannt mit dem Hinweis, dass die Baukommission den entsprechenden Beschluss gefasst habe.¹ Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 bestritten die Bewilligungsfreiheit der vorgenommenen Arbeiten. In der Folge fanden mehrere Besprechungen der Gemeinde mit den Parteien statt.

Mit Wiederherstellungsverfügung vom 12. Juli 2017 forderte die Gemeinde Aarwangen die Beschwerdeführenden auf, die im März 2015 ausgeführte Terrainveränderung bis zum 11. Oktober 2017 rückgängig zu machen. Gleichzeitig wies sie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin und drohte die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 11. August 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Feststellung, dass die

¹ Beschwerdebeilage 9

Terraingestaltung auf Parzelle Nr. F._____ den gesetzlichen Vorschriften entspreche. Eventuell sei auf die Wiederherstellung zu verzichten.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Aarwangen hält mit Stellungnahme vom 11. September 2017 am angefochtenen Entscheid fest. Sie beantragt, auf das Feststellungsbegehren nicht einzutreten und im Übrigen die Beschwerde abzuweisen. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2017 teilt sie ausserdem mit, dass innert Frist kein nachträgliches Baugesuch eingereicht worden ist. Die Beschwerdegegner haben sich mit Beschwerdeantwort vom 11. September 2017 am Verfahren beteiligt. Sie beantragen die Abweisung der Beschwerde.

Das Rechtsamt führte am 15. November 2017 einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen. Auf die Rechtsschriften und auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ 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 grundsätzlich einzutreten.

² 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)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

b) Die Beschwerdeführenden beantragen unter anderem, es sei festzustellen, "dass die Terraingestaltung auf dem Grundstück Aarwangen Gbbl. Nr. F. _____ den gesetzlichen Vorschriften entspricht". Die Feststellungsverfügung ist gegenüber der leistungsverpflichtenden und der rechtsgestaltenden Verfügung subsidiär. Wer sein schutzwürdiges Interesse mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren wahren kann, muss ein solches und nicht nur ein auf Feststellung gerichtetes Begehren stellen.⁴ Die Beschwerdeführenden hatten die Möglichkeit, die Rechtmässigkeit der Terrainveränderung überprüfen zu lassen, indem sie für diese ein nachträgliches Baugesuch einreichten (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Darauf haben sie verzichtet. Aufgrund der Subsidiarität ist auf das Begehren um Feststellung der materiellen Rechtmässigkeit nicht einzutreten.

Im Zusammenhang mit der Begründung kann das Rechtsbegehren auch so verstanden werden, dass um die Feststellung, dass die streitige Terrainveränderung nicht baubewilligungspflichtig sei, ersucht wird. Insoweit wird es in Erwägung 3.f) hiernach behandelt.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden rügen, die Gemeinde habe sich in der angefochtenen Verfügung nicht oder nur ungenügend mit ihren Vorbringen auseinandergesetzt. Insbesondere sei die Gemeinde davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführenden im Jahr 2013 eine Aufschüttung vorgenommen hätten, obwohl die Beschwerdeführenden dies unter Einreichung von Beweismitteln bestritten hätten. Die Beschwerdeführenden seien zudem trotz beantragter Akteneinsicht nicht über das Ergebnis der von der Gemeinde angestellten Messungen informiert worden, auf die sich die Gemeinde in der angefochtenen Verfügung stütze. Damit sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG⁵ gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisansprüchen gehört zu werden und an der Erhebung

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 20

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern.

Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG muss eine Verfügung eine Begründung enthalten. Eine 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.⁶

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. Bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung jedoch eine Heilung grundsätzlich aus.⁷ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.⁸

c) Die Beschwerdeführenden hatten im vorinstanzlichen Verfahren beantragt, es sei festzustellen, dass die Terraingestaltung auf ihrem Grundstück (Parzelle Nr. F._____) den gesetzlichen Vorschriften entspreche.⁹ Allerdings bildete die materielle Rechtmässigkeit der Terraingestaltung nicht Gegenstand des baupolizeilichen Wiederherstellungsverfahrens. Die Gemeinde musste daher auf dieses Begehren nicht eintreten; der Gehörsanspruch der Beschwerdeführenden wurde dadurch nicht verletzt. Die Beschwerdeführenden hätten ein nachträgliches Baugesuch einreichen können, um die materielle Rechtmässigkeit zu klären. Darauf haben sie verzichtet.

Zu den im Jahr 2013 vorgenommenen Arbeiten im Garten der Beschwerdeführenden hielt die Gemeinde in der angefochtenen Verfügung¹⁰ fest:

⁶ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N. 5

⁷ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 9

⁹ Beschwerdebeilage 15

¹⁰ S. 2

"Im 2013 haben die Ehegatten A._____ im Rahmen einer Erneuerung ihrer Umgebungsgestaltung eine Terrainveränderung vorgenommen, welche den gesetzlichen Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 Lit. i BewD entspricht. Diese Terrainveränderung hatte mittels einer Aufschüttung in der südöstlichen Ecke der Parzelle Nr. F._____ die Erstellung eines Sitzplatzes zum Inhalt. Die Terrainveränderung war kleiner oder gleich 1.2 m in der Höhe und das Volumen der Terrainveränderung war geringer als 100 m³".

Diese Feststellungen waren gemäss den Erwägungen der angefochtenen Verfügung entscheidungswesentlich, ging es doch nach den dortigen Ausführungen "um die Frage, ob die in den Jahren 2013 wie auch 2015 auf der Parzelle Nr. F._____ vorgenommenen Terrainveränderungen baubewilligungspflichtig sind oder nicht"¹¹. Im Ergebnis hielt die Gemeinde fest, dass "die 2015 erfolgte Terrainveränderung (zusammen mit den früheren) mehr als 1.2 m ausmacht und dadurch baubewilligungspflichtig wird"¹². Die Beschwerdeführenden hatten im vorinstanzlichen Verfahren bestritten, dass im Jahr 2013 eine Aufschüttung vorgenommen wurde. Es sei lediglich die Böschung mit zwei kleinen Granitquadern von je 30 cm Höhe gesichert und die vorherige Rampe durch einzelne Treppenstufen ersetzt worden. Die Beschwerdeführenden legten eine Rechnung des Gärtners ins Recht, um zu belegen, dass kein Material neu zugeführt worden sei.¹³ Indem die Gemeinde es unterlassen hat, diese Bestreitungen der Beschwerdeführenden und die dazu eingereichten Beweise zu würdigen, hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführenden verletzt.

Anlässlich des im Beschwerdeverfahren durchgeführten Augenscheins mit Instruktionsverhandlung wurde u.a. der Sachverhalt bezüglich der im Jahr 2013 vorgenommenen Arbeiten geklärt. Das Rechtsamt hat zudem den Beschwerdeführenden die Massaufnahme der Bauverwaltung Aarwangen vom 8. Mai 2015 inkl. Situationsplan im Beschwerdeverfahren zugestellt. Die Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführenden wurde damit geheilt. Bei der Kostenverlegung ist jedoch die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu berücksichtigen.

3. Baubewilligungspflicht

¹¹ Angefochtene Verfügung, S. 5

¹² Angefochtene Verfügung, S. 7

¹³ Beschwerdebeilagen 15 und 4

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die im Jahr 2015 vorgenommenen Terrainveränderungen seien nicht baubewilligungspflichtig.

b) Nach Art. 48 Abs. 2 Bst. a BewD¹⁴ entscheidet im Zweifelsfall das Regierungsstatthalteramt, ob ein Bauvorhaben einer Baubewilligung bedarf. Wenn das streitige Bauvorhaben bereits ausgeführt worden ist, fehlt jedoch ein schutzwürdiges Interesse an einer solchen Feststellungsentscheid. Die Baupolizeibehörde entscheidet in solchen Fällen über die Wiederherstellungspflicht. Im Falle der fristgerechten Einreichung eines nachträglichen Baugesuches wird die Wiederherstellungsverfügung aufgeschoben und das Bauvorhaben auf Übereinstimmung mit den anwendbaren Vorschriften geprüft; dabei wird auch über eine umstrittene Bewilligungspflicht befunden. Wird kein nachträgliches Baugesuch eingereicht, hat die Wiederherstellungsverfügung Bestand; sie ist mit Beschwerde anfechtbar. Die Bauherrschaft kann diesfalls die Bewilligungspflicht im Beschwerdeverfahren zum Verfahrensgegenstand machen.¹⁵ Demnach ist das Vorbringen der Beschwerdeführenden, wonach die streitige Terrainveränderung nicht baubewilligungspflichtig ist, zu prüfen.

c) Die Gemeinde bewilligte den Beschwerdeführenden im Jahr 2005 die Erstellung eines Wohnhauses und eines Swimmingpools auf ihrem Grundstück. Die Bewilligung umfasste auch eine Umgestaltung des Terrains gemäss den massgebenden Plänen.¹⁶ Nach diesen fällt das gewachsene Terrain von Westen nach Osten sowie von Norden nach Süden leicht ab. Die Pläne sahen vor, dass das Terrain rund um das Wohnhaus mittels Aufschüttungen geebnet werden sollte, wobei die Aufschüttung gegenüber dem gewachsenen Terrain südöstlich des Hauses (im Folgenden: "oberer Sitzplatz") bis zu 2 m betragen sollte. Im südlichen Teil der Parzelle sollte das Gelände rund 1.50 m tiefer zu einer weiteren Terrasse (im Folgenden: "unterer Sitzplatz") geebnet werden. Die Aufschüttung gegenüber dem gewachsenen Gelände sollte in diesem Bereich zur südöstlichen Parzellengrenze hin bis zu 1.30 m betragen. In den Plänen für das Wohnhaus

¹⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁵ VGE 2015/76 vom 15. Februar 2016, E. 2.4

¹⁶ Baubewilligung der Gemeinde Aarwangen vom 24. März 2005; Projektpläne "Schnitt und Fassaden" sowie "Grundrisse", beide von der Bauverwaltung Aarwangen gestempelt am 24. März 2005; Vorakten, erste Hängemappe. Baubewilligung der Gemeinde Aarwangen vom 25. Oktober 2005; Situationsplan vom 29. August 2005 sowie Plan "Umgebung, Pool" vom 9. August 2005 (rev. 10. August 2005), ohne Bewilligungsstempel; Vorakten, zweite Hängemappe

war vorgesehen, dass diese Aufschüttungen zur südöstlichen und südwestlichen Grundstücksgrenze hin mit Böschungen abgeschlossen werden sollten; an der südlichen Parzellenecke war zudem eine Blocksteinmauer vorgesehen, die rund 10 m entlang der südwestlichen und rund 5 m entlang der südöstlichen Parzellengrenze verlaufen sollte.¹⁷ Das Wohnhaus wurde mit den bewilligten Terrainveränderungen im Jahr 2005 erstellt,¹⁸ wobei die Blocksteinmauer zunächst nur an der südwestlichen Parzellengrenze bis in die südliche Parzellenecke errichtet wurde. Vom unteren Sitzplatz fiel das Terrain nach Südwesten hin zum oberen Mauerabschluss an der südwestlichen Parzellengrenze in einer Böschung ab. Nach Südosten hin fiel das Terrain ebenfalls in einer Böschung zur noch unbefestigten Parzellengrenze hin ab.¹⁹

Im Jahr 2013 brachten die Beschwerdeführenden an der Böschung zwischen dem unteren Sitzplatz und der Mauer an der südwestlichen Parzellengrenze zusätzliche Steinblöcke an, um ein Abrutschen der Böschung zu vermeiden.²⁰

Im Jahr 2015 wurde die streitige Terrainveränderung vorgenommen. Mit dieser wurde der untere Sitzplatz unter Zuführung von 42 m³ Kies um ca. 80 - 90 cm erhöht. Gegenüber der südwest- und südostseitigen Böschung wird der untere Sitzplatz seither mit einer gerundeten Mauer abgeschlossen. Zudem wurde die Rampe vom unteren Sitzplatz zum oberen Sitzplatz durch eine Treppe ersetzt.

d) Nach Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD²¹ bedürfen bis zu 1.20 m hohe Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen zur Umgebungsgestaltung bis zu 100 m³ Inhalt grundsätzlich keiner Baubewilligung. Die Maximalhöhe von 1.20 m gilt dabei auch für Terrainveränderungen.²² Zur Feststellung der Höhe von Terrainveränderungen

¹⁷ Projektpläne "Schnitt und Fassaden" sowie "Grundrisse", beide von der Bauverwaltung Aarwangen gestempelt am 24. März 2005; Vorakten, erste Hängemappe

¹⁸ Augenscheinprotokoll, S. 3, wo irrtümlich vom "Jahr 2015" sowie "Herbst 2015" die Rede ist; gemeint ist hier das Jahr 2005 bzw. der Herbst 2005, vgl. die entsprechenden Hinweise in der Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 15. Dezember 2017, S. 1, in der Stellungnahme der Beschwerdegegnerschaft vom 19. Dezember 2017 sowie in der Stellungnahme der Gemeinde Aarwangen vom 19. Dezember 2017

¹⁹ Augenscheinprotokoll, S. 3-4; Fotobeilagen zum E-Mail des Vertreters der Beschwerdegegnerschaft vom 14. November 2017

²⁰ Beschwerdebeilage 5, Fotografie "21.12.2013 (nach Böschungssicherung)"

²¹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 1b N. 8 Bst. i; BSIG-Weisung Nr. 7/725.1/1.1 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion sowie der BVE vom 15. Januar 2013, S. 8

bzw. entsprechender Stützmauern muss zunächst das massgebende Terrain, von dem aus die Erhöhung gemessen wird, bestimmt werden. Das Baureglement der Gemeinde Aarwangen (GBR)²³ verweist in Anhang A111 Abs. 1 auf aArt. 97 BauV²⁴. Die Anpassung an die Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3), welche die Gemeinden bis zum 31. Dezember 2020 vorzunehmen haben, ist noch nicht erfolgt. Vorläufig findet daher die altrechtliche Regel nach aArt. 97 BauV Anwendung.²⁵ Nach dessen Absatz 1 ist grundsätzlich das Terrain massgeblich, wie es vor Baubeginn besteht. Ist jedoch die Oberfläche des Baugrundstücks bereits sichtbar durch künstliche Terrainauffüllungen gehoben, so ist der umgebende natürliche Geländeverlauf massgebend (aArt. 97 Abs. 2 Bst. c BauV).

Im Falle von zeitlich gestaffelten Terrainauffüllungen dürfen demnach die einzelnen Terrainveränderungen nicht losgelöst von den vorangehenden betrachtet werden. Die zulässige Maximalhöhe ist bei einer zweiten Terrainveränderung vom umgebenden natürlichen Geländeverlauf aus zu messen und nicht vom bereits aufgeschütteten Terrain.

e) In der Umgebung der Bauparzelle ist erkennbar, dass das natürliche Gelände von Westen nach Osten sowie von Norden nach Süden leicht abfallend verläuft.²⁶ Aus den oben erwähnten Bauplänen von 2005 lässt sich der entsprechende Verlauf des natürlichen Geländes auf dem Baugrundstück ablesen. Der Projektplan "Grundrisse"²⁷ enthält bei der Darstellung "Erdgeschoss mit Umgebung und Parzelle" Höhenangaben an den Parzellengrenzen, die auf den im Plankopf umschriebenen Fixpunkt bezogen sind. Diese Höhenangaben entsprechen den Darstellungen des "gewachsenen Terrains" auf dem Projektplan "Schnitt und Fassaden"²⁸. Aufgrund des unebenen natürlichen Geländes ist die Höhe der verschiedenen Aufschüttungen bzw. Terrassierungen auf dem Baugrundstück nicht vom selben Nullpunkt aus zu messen. Für die Aufschüttung beim unteren Sitzplatz ist die Differenz zwischen dem natürlich gewachsenen Terrain und dem Aufschüttungsergebnis an dieser Stelle zu messen. Hingegen sind Umgestaltungen auf

²³ Vom Dezember 2014, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 18. Juli 2012 bzw. 12. Dezember 2014

²⁴ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

²⁵ Art. 34 Abs. 2 BMBV

²⁶ Fotobeilage zum Augenscheinprotokoll, Bilder Nrn. 1, 5, 10, 19, 27. Vgl. auch Fotobeilage zum E-Mail des Vertreters der Beschwerdegegnerschaft vom 14. November 2017

²⁷ Von der Bauverwaltung Aarwangen gestempelt am 24. März 2005

²⁸ Von der Bauverwaltung Aarwangen gestempelt am 24. März 2005

anderen Teilen der Parzelle, namentlich die Böschungssicherung südlich des unteren Sitzplatzes im Jahre 2013, nicht dazuzurechnen.

Auf dem Projektplan "Schnitt und Fassaden" ist in der "Ansicht von Osten" das gewachsene Terrain im Bereich des heutigen unteren Sitzplatzes ablesbar. Ebenfalls ist daraus ersichtlich, dass bereits die im Jahr 2005 vorgenommene Aufschüttung am unteren Sitzplatz bis zu 1.30 m betrug. Jede zusätzliche Aufschüttung an diesem Ort überragt demnach das natürlich gewachsene Terrain um mehr als 1.30 m und ist damit baubewilligungspflichtig. Es ist unbestritten, dass mit der Terrainveränderung von 2015 das Gelände beim unteren Sitzplatz mindestens um weitere 80 cm aufgeschüttet wurde. Die Differenz zum natürlichen Geländeverlauf beträgt demnach bis zu 2.10 m. Die streitige Terrainveränderung von 2015 ist demnach baubewilligungspflichtig.

f) Die Beschwerdeführenden beantragen die Feststellung, dass die streitige Terrainveränderung den gesetzlichen Vorschriften entspreche. Im Zusammenhang mit der Begründung kann dieses Rechtsbegehren so verstanden werden, dass um Feststellung, dass die streitige Terrainveränderung nicht baubewilligungspflichtig sei, ersucht wird. Nach dem Gesagten ist jedoch die Baubewilligungspflicht zu bejahen. Das Begehren ist abzuweisen.

4. Wiederherstellung

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.²⁹

²⁹ Zaugg/ Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen sie gebieten.³⁰ Guter Glaube ist anzunehmen, wenn die Bauherrschaft bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt. Stützt sie sich dabei auf eine unzutreffende Auskunft, so muss diese von der zuständigen Amtsstelle ausgegangen sein; zumindest muss die Bauherrschaft die Stelle als zuständig betrachtet haben dürfen.³¹

b) Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass die Voraussetzungen der Wiederherstellung nicht erfüllt sind. Insbesondere berufen sie sich darauf, dass sie die streitige Terrainveränderung nach Rücksprache mit der Bauverwaltung der Gemeinde vorgenommen hätten. Der Bauverwalter habe den Beschwerdeführenden nach Begehungen vor Ort bestätigt, dass die beabsichtigte Terrainveränderung baubewilligungsfrei sei. Nach der Ausführung der Bauarbeiten habe der Bauverwalter dies auch schriftlich gegenüber der Beschwerdegegnerschaft bestätigt, wobei er sich auf einen entsprechenden Beschluss der Baukommission stützte. Erst in diesem Schreiben habe der Bauverwalter darauf hingewiesen, dass im Zweifelsfall der Entscheid über die Baubewilligungspflicht dem Regierungsstatthalteramt obliege. Die Beschwerdeführenden hätten gutgläubig darauf vertraut, dass die Terrainveränderung entsprechend der Auskunft des Bauverwalters bewilligungsfrei und dieser für die Erteilung dieser Auskunft zuständig sei. Aufgrund des Vertrauensgrundsatzes müsse sich die Gemeinde auf der Zusicherung, wonach die streitige Terrainveränderung bewilligungsfrei sei, behaften lassen.

c) Da vom Vertrauensschutz nur solche Dispositionen umfasst werden, die gestützt auf ein von der Behörde erwecktes Vertrauen getätigt werden, entfallen erst nach der Disposition erfolgte behördliche Verhaltensweisen als mögliche Vertrauensgrundlage. Auskünfte, welche die Gemeinde nach der Aufschüttung im März 2015 erteilte, sind daher für den Vertrauensschutz unerheblich.

d) Gemäss den Ausführungen der Gemeinde im angefochtenen Entscheid besichtigte der Bauverwalter den Garten der Beschwerdeführenden im Hinblick auf die streitige Terrainveränderung, bevor diese ausgeführt wurde. In Kenntnis, dass eine Aufschüttung im südlichen Teil der Parzelle geplant war, erteilte er die mündliche Auskunft, dass eine

³⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a und 9b

³¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

Terrainveränderung bis zu einer Höhe von 1.2 m und bis zu einem Volumen von 100 m³ bewilligungsfrei sei. Nach Darstellung der Gemeinde wies der Bauverwalter dabei auf die Zuständigkeit des Regierungsstatthalteramtes für den Entscheid über die Bewilligungspflicht (Art. 48 Abs. 2 Bst. a BewD) hin. Dieser Vorbehalt steht einem berechtigten Vertrauen der Beschwerdeführenden in die erteilte Auskunft nicht entgegen. Wie oben erläutert, ist nicht in jedem Fall das Regierungsstatthalteramt für den Entscheid über die Bewilligungspflicht zuständig. Wenn das Bauvorhaben bereits ausgeführt worden ist, entscheidet die Baupolizeibehörde über die Wiederherstellung; im Falle der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs prüft die Baubewilligungsbehörde die Bewilligungspflicht.

Nach Art. 641 GBR ist dafür im Rahmen der Gemeindekompetenzen die Baukommission zuständig. Der Bauverwalter ist demnach nicht die zuständige Behörde, was für die Beschwerdeführenden durch eine Konsultation des Gemeindebaureglements erkennbar war. Dennoch ist ihnen zugute zu halten, dass sie sich vor der Inangriffnahme der Terrainveränderung bei der fachkundigen Behörde über die Bewilligungspflicht erkundigten und die erteilte Auskunft berücksichtigten. Auch wenn der Bauverwalter hinsichtlich der Bewilligungspflicht nicht entscheidkompetent war, durften die Beschwerdeführenden doch mit Fug annehmen, dass die vom Bauverwalter erteilte Auskunft der Praxis der Baukommission entsprach. Tatsächlich vertrat denn auch die Baukommission nach ausführlicher Beratung und Beschlussfassung zunächst ebenfalls die Auffassung, dass die streitige Terrainveränderung nicht baubewilligungspflichtig sei, wie aus ihrem Schreiben an die Beschwerdegegnerschaft vom 28. Mai 2015 hervorgeht.³² Das Vertrauen der Beschwerdeführenden in die Auskunft des Bauverwalters war insoweit begründet. Sie sind daher als gutgläubig zu betrachten.

e) Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes 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.³³ Vorliegend wäre die Belastung der Beschwerdeführenden im Falle der Anordnung einer Wiederherstellung nicht besonders gross. Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann aber die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen sie gebieten. Die Beschwerdeführenden haben sich vor der Bauausführung bei der

³² Vorakten, letzte Seite

³³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a

Bauverwaltung vergewissert, dass die Terrainveränderung bewilligungsfrei sei, und durften in guten Treuen annehmen, dass die positive Antwort des Bauverwalters der Praxis der Bewilligungsbehörde entspreche. Unter diesen Umständen wird die Wiederherstellung nicht durch das allgemeine öffentliche Wiederherstellungsinteresse geboten. Besonders gewichtige öffentliche Interessen, welche die Wiederherstellung erheischen, sind hier nicht ersichtlich.

f) Die streitige Terrainveränderung tangiert auch die Interessen des Beschwerdegegners 1 und der Beschwerdegegnerin 2 als Nachbarn. Diese führen dazu aus, die Terrainerhöhung auf der Parzelle der Beschwerdeführenden beeinträchtigt ihre Privatsphäre beim Aufenthalt auf dem Vorplatz ihres Hauses. Zudem erhöhe sich durch die Aufschüttung der Erddruck auf ihr Grundstück wie auch auf das südlich gelegene unbebaute Gelände. Die jeweiligen Stützmauern seien für den vor der Terrainerhöhung bestehenden Zustand berechnet worden und drohten nun durch diese Schaden zu nehmen.

Die Parzelle der Beschwerdegegnerschaft ist im südwestlichen Bereich zu einem Vorplatz abgegraben, der beidseitig durch Stützmauern eingefasst ist.³⁴ Von der Grenze zwischen den beiden Parzellen steigt demnach das Terrain auf Seite der Parzelle Nr. F. _____ (Beschwerdeführende) im südlichen Bereich aufgrund der erwähnten, mit Mauern gesicherten Aufschüttungen an; auf Seite der Parzelle Nr. G. _____ (Beschwerdegegnerschaft) ist das gegenüberliegende Terrain abgegraben und mit einer senkrechten Stützmauer gesichert. Dies verhielt sich bereits vor der streitigen Aufschüttung aus dem Jahr 2015 so. Nachdem im Jahr 2005 das Wohnhaus der Beschwerdeführenden mit den damals bewilligten Aufschüttungen erstellt worden war, wurde die Parzelle der Beschwerdegegnerschaft bebaut und mit der Abgrabung im südwestlichen Parzellenteil umgestaltet. Mit den Geländeänderungen auf beiden Parzellen wurde der vorher leicht abfallende Geländeverlauf so verändert, dass der Garten der Beschwerdeführenden deutlich höher liegt als der südliche Vorplatz der Beschwerdegegnerschaft. Auf die Privatsphäre der Bewohner des tiefer liegenden Grundstücks kann sich eine solche Situation negativ auswirken. Bereits vor 2015 waren jedoch die Höhenunterschiede beträchtlich. Im Verhältnis dazu schuf die Aufschüttung von 2015 keine wesentliche Verschlimmerung; die vorbestehenden Höhenunterschiede wurden damit nur noch leicht akzentuiert. Die Beschwerdegegnerschaft behauptet auch nicht, in den seither

³⁴ Fotobeilage zum Augenscheinprotokoll, Bilder Nrn. 18 und 23

vergangenen knapp drei Jahren Anzeichen einer Überlastung oder anderweitigen Beschädigung ihrer Stützmauer festgestellt zu haben, die darauf zurückzuführen wären. Die Beschwerdegegnerschaft hat die Möglichkeit des zivilrechtlichen Vorgehens, sollten künftig dennoch Schäden auftreten, die auf die streitige Terrainveränderung zurückzuführen sind. Mangels entsprechender Anzeichen stellen aber die Befürchtungen der Beschwerdegegnerschaft im vorliegenden Verfahren keine gewichtigen nachbarlichen Interessen dar, die gegen einen Verzicht auf die Wiederherstellung sprechen.

g) Es ergibt sich demnach, dass im vorliegenden Fall keine gewichtigen öffentlichen oder privaten Interessen eine Wiederherstellung erheischen. Angesichts des guten Glaubens der Beschwerdeführenden ist unter diesen Voraussetzungen auf eine Wiederherstellung zu verzichten. Die angefochtene Verfügung, mit der die Wiederherstellung angeordnet wird, ist aufzuheben.

5. Zusammenfassung und Kosten

a) Nach dem Gesagten ist das Begehren um Feststellung, dass die streitige Terrainveränderung aus dem Jahr 2015 den gesetzlichen Vorschriften entspricht, abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Terrainveränderung erfolgte ohne Baubewilligung, obwohl sie bewilligungspflichtig gewesen wäre. Auf die Anordnung der Wiederherstellung ist dennoch zu verzichten, da die Beschwerdeführenden in gutem Glauben gehandelt haben und keine gewichtigen öffentlichen oder privaten Interessen die Wiederherstellung erheischen. Die Beschwerde ist insofern gutzuheissen.

b) Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 in ihrer Auffassung, dass die streitige Terrainveränderung baubewilligungspflichtig war, bestätigt werden. Die Beschwerdeführenden dringen jedoch mit ihrem Eventualbegehren durch, dass auf die Wiederherstellung zu verzichten sei. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich grundsätzlich, die Verfahrenskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV³⁵). Für den Augenschein vom 15. November 2017 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von Fr. 400.– erhoben. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit Fr. 1'400.–. Diese sind nach dem Gesagten von den Parteien je zur Hälfte, also je im Umfang von Fr. 700.–, zu tragen. Für die Beschwerdeführenden ist an ihrem Anteil ein Siebtel, ausmachend Fr. 100.–, in Abzug zu bringen, weil im erstinstanzlichen Verfahren ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde. Die entsprechenden Verfahrenskosten trägt der Kanton (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Zusammenfassend werden somit den Beschwerdeführenden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 600.– und der Beschwerdegegnerschaft Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 700.– auferlegt.

c) Die Verlegung der Parteikosten richtet sich nach Art. 108 Abs. 3 VRPG. Danach hat die unterliegende Partei der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint.

Vorliegend erscheint es angemessen, dass grundsätzlich jede Partei ihre eigenen Parteikosten tragen soll. Bezüglich der Parteikosten der Beschwerdeführenden gilt es dabei wiederum zu berücksichtigen, dass im erstinstanzlichen Verfahren ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde. Die Parteikosten der Beschwerdeführenden sind demnach im Umfang von einem Siebtel der Gemeinde aufzuerlegen.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden macht Parteikosten im Umfang von Fr. 5'766.07 geltend (Honorar Fr. 4'675.–, Auslagen Fr. 663.95, Mehrwertsteuer Fr. 427.12). Honorar und Auslagen erscheinen angemessen. Bezüglich der Mehrwertsteuer ist zu beachten, dass der Steuersatz gemäss Art. 25 Abs. 1 MWStG³⁶ neu 7,7 % beträgt. Diese Bestimmung ist in Kraft seit 1. Januar 2018. Gemäss Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 112 Abs. 3 MWStG sind Leistungen, die teilweise ab diesem Zeitpunkt erbracht

³⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³⁶ Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20)

worden sind, für diesen Teil nach neuem Recht zu versteuern. Der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden lässt sich nicht entnehmen, in welchem Umfang Honorar und Auslagen auf die Zeit ab 1. Januar 2018 entfallen. Der ab diesem Zeitpunkt gebotene Aufwand beschränkte sich auf das Abfassen von Schlussbemerkungen und die Einreichung der Kostennote. Es rechtfertigt sich daher, pauschal ein Achtel von Honorar und Auslagen, ausmachend (Fr. 5338.95 : 8 =) Fr. 667.35 dem neuen Mehrwertsteuersatz von 7,7 % zu unterstellen. Die Mehrwertsteuer beträgt somit Fr. 373.72 (8 % auf Fr. 4'671.60) für die vor 1. Januar 2018 erbrachten Leistungen und Fr. 51.38 (7,7 % auf F. 667.35) für die danach erbrachten Leistungen, gesamthaft also Fr. 425.10.

Die massgeblichen Parteikosten der Beschwerdeführenden betragen demnach Fr. 5'764.05 (Honorar Fr. 4'675.–, Auslagen Fr. 663.95, Mehrwertsteuer Fr. 425.10). Davon hat ihnen die Gemeinde ein Siebtel, ausmachend Fr. 823.45, zu ersetzen. Im Übrigen trägt jede Partei ihre eigenen Parteikosten.

III. Entscheid

1. Das Begehren um Feststellung, dass die Terraingestaltung auf dem Grundstück Aarwangen Gbbl. Nr. F._____ den gesetzlichen Vorschriften entspricht, wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Aarwangen vom 12. Juli 2017 wird aufgehoben. Auf die Wiederherstellung der Terrainveränderung auf der Parzelle Aarwangen Grundbuchblatt Nr. F._____ im März 2015, mit welcher im südlichen Bereich der Parzelle unter Zuführung von 42 m³ Kies das Terrain um ca. 80-90 cm erhöht und dafür eine gerundete Stützmauer errichtet wurde, wird verzichtet.
3. Die Verfahrenskosten von gesamthaft Fr. 1'300.– werden im Umfang von Fr. 600.– den Beschwerdeführenden und im Umfang von Fr. 700.– dem Beschwerdegegner 1 und der Beschwerdegegnerin 2 zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden einerseits sowie der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2

andererseits haften je solidarisch für den gesamten ihnen auferlegten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Die Gemeinde Aarwangen hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Umfang von Fr. 823.45 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Im Übrigen trägt jede Partei ihre eigenen Parteikosten.

IV. Eröffnung

- Herrn H._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher D._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Aarwangen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin