

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/25

Bern, 6. August 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin 1

Herrn **B.** _____
Beschwerdeführer 2

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Lyss, Bau + Planung, Bahnhofstrasse 10,
Postfach 368, 3250 Lyss

betreffend die Wiederherstellungsverfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Lyss vom 27. März 2018 (Bauen ohne Baubewilligung [Sauna, Hot-Pot, Sitzplatzüberdachung etc.])

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind Eigentümer der Parzelle Lyss 2 (Busswil BE) Grundbuchblatt Nr. C. _____. Diese liegt in der Zone W1. Auf dem Grundstück befindet sich ein Einfamilienhaus, das aus einem zweigeschossigen Hauptkörper mit Satteldach sowie einem eingeschossigen Anbau mit Flachdach an der Nordwestseite des Hauptkörpers besteht. Nach einem Hinweis aus der Nachbarschaft führte die Gemeinde Lyss am 19. Oktober 2017 im Beisein der Beschwerdeführerin 1 eine Baukontrolle durch. Dabei stellte die Gemeinde fest, dass am Haus der Beschwerdeführenden verschiedene bauliche Änderungen ohne Baubewilligung ausgeführt worden sind. So wurde auf dem Dach des eingeschossigen Anbaus eine begehbare Terrasse mit Sauna, Hot-Pot und

Sichtschutzwand eingerichtet sowie mit dem Bau einer Brüstung als Absturzsicherung begonnen. Als Zugang zur Terrasse wurde an der Nordwestfassade des Hauptkörpers auf Höhe des Obergeschosses eine Fenstertüre eingebaut. An der Nordwestfassade des Anbaus wurden zwei Fenster eingebaut. Entlang der südwestlichen Seite des Anbaus wurde eine Sitzplatzüberdachung errichtet. Die Fassadenfarbe des Wohnhauses wurde von weiss-gelb zu orange geändert.

Nachdem die Gemeinde bereits im Rahmen der Baukontrolle vom 19. Oktober 2017 mündlich einen sofortigen Baustopp aussprach, bestätigte sie diesen mit Verfügung vom 7. November 2017 noch schriftlich. Gleichzeitig gab sie in dieser Verfügung den Beschwerdeführenden Gelegenheit, zur drohenden Wiederherstellung der baulichen Änderungen Stellung zu nehmen und/oder für diese bzw. die noch beabsichtigten baulichen Massnahmen ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Daraufhin reichten die Beschwerdeführenden eine Stellungnahme, jedoch kein nachträgliches Baugesuch ein.

Mit Wiederherstellungsverfügung vom 27. März 2018 stellte die Gemeinde fest, die begehbare Terrasse mitsamt den darauf errichteten Anlagen und Installationen (Sauna, Hot-Pot, Sichtschutzwand und in Angriff genommene Brüstung), die als Terrassenzugang dienende Fenstertüre, die an der Nordwestfassade des Anbaus eingebauten Fenster sowie die entlang der Südwestseite des Anbaus errichtete Sitzplatzüberdachung seien unrechtmässig. Gleichzeitig forderte sie die Beschwerdeführenden auf, die begonnene Brüstung, die Sauna, den Hot-Pot und die Sichtschutzwand sowie die Sitzplatzüberdachung innerhalb von drei Monaten nach Rechtskraft der Wiederherstellungsverfügung vollständig zu entfernen. Hinsichtlich der Terrassennutzung, der Fenstertüre sowie der beiden an der Nordwestfassade des Anbaus angebrachten Fenster verzichtete die Gemeinde auf den Erlass von Wiederherstellungsmassnahmen. Sie wies die Beschwerdeführenden aber darauf hin, dass aufgrund des Umstands, wonach die als Terrassenzugang dienende Fenstertüre sowie die Terrassennutzung an sich unrechtmässig seien, für allfällige Unfälle infolge fehlender Brüstung keine Haftung seitens der Gemeinde übernommen werde, sondern die Beschwerdeführenden als Werkeigentümer kausal haften würden. Schliesslich wies sie nochmals auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs hin und drohte die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

2. Die Beschwerdeführenden verzichteten wiederum auf die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs. Am 18. April 2018 reichten sie bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) jedoch Beschwerde gegen die Wiederherstellungsverfügung vom 27. März 2018 ein. Sinngemäss beantragen sie darin einerseits die Aufhebung der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung soweit sich diese nicht auf die Sitzplatzüberdachung bezieht und andererseits die Zustimmung zum Bau der bereits teilweise begonnenen Brüstung als Absturzsicherung.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet,¹ führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde beantragt in ihrer Stellungnahme, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

4. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

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.

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

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

2. Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt in einem Beschwerdeverfahren ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand bezeichnet denjenigen Teil des Anfechtungsobjekts, den die beschwerdeführende Partei von der Rechtsmittelinstanz überprüfen lassen will. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Er wird mit dem Antrag und der Begründung in der Beschwerde festgelegt. Derjenige Teil der angefochtenen Verfügung, der nicht bestritten wird, gehört nicht zum Streitgegenstand; die Verfügung kann insoweit in Teilrechtskraft erwachsen.³

b) Aus dem Antrag und der Beschwerdebegründung geht – zumindest sinngemäss – hervor, dass die Beschwerdeführenden sowohl den von der Vorinstanz mit Wiederherstellungsverfügung vom 27. März 2018 angeordneten Rückbau der Sauna, des Hot-Pots, der Sichtschutzwand und der bereits teilweise erstellen Brüstung als auch die im Dispositiv der genannten Verfügung enthaltene Feststellung, wonach die Nutzung des Dachs des eingeschossigen Anbaus als Terrasse, die als Terrassenzugang dienende Fenstertüre sowie die beiden an der Nordwestfassade des Anbaus eingebauten Fenster unrechtmässig seien, überprüfen lassen wollen. Ebenfalls umstritten sind die von der Vorinstanz verfükten Gebühren sowie die Frage der Unbefangenheit der Gemeinde Lyss. Diese Punkte bilden folglich den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Sofern die Beschwerdeführenden mit ihrem Antrag auf Zustimmung zum Bau der Brüstung sinngemäss die Erteilung einer entsprechenden Baubewilligung verlangen, geht dies hingegen über den Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens hinaus. So haben die Beschwerdeführenden bis heute kein nachträgliches Baugesuch eingereicht. Die Erteilung einer förmlichen Baubewilligung war dementsprechend nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens und kann es auch nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren sein. Nicht angefochten haben die Beschwerdeführenden schliesslich den von der Vorinstanz angeordneten Rückbau der entlang der Südwestseite des Anbaus errichteten Sitzplatzüberdachung. In diesem Punkt ist die Verfügung der Vorinstanz darum bereits rechtskräftig geworden.

³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 13 und Art. 72 N. 6 f.; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 148 ff.

3. Baubewilligungspflicht (formelle Rechtswidrigkeit)

a) Die Beschwerdeführenden bestreiten zunächst die von der Vorinstanz festgestellte Unrechtmässigkeit der Terrassennutzung, der als Terrassenzugang dienenden Fenstertüre sowie der beiden an der Nordwestfassade des Anbaus angebrachten Fenster. Zudem machen sie geltend, die Sauna, der Hot-Pot und die Sichtschutzwand seien baubewilligungsfrei. Sinngemäss stellen sich die Beschwerdeführenden also auf den Standpunkt, es liege keine formelle Rechtswidrigkeit vor.

b) Baubewilligungspflichtig sind gemäss Art. 1a Abs. 1 BauG alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dies umfasst nicht nur Neuanlagen und Erweiterungen, sondern grundsätzlich auch Änderungen von Bauten und Anlagen. So ist insbesondere die wesentliche Änderung einer Fassade oder eines Daches, beispielsweise durch den Einbau oder die Aufhebung von Türen oder Fenstern sowie die Anbringung von Dachaufbauten oder Dacheinschnitten, bewilligungsbedürftig. Das Bewilligungserfordernis bezweckt in diesen Fällen vor allem den Schutz des Orts- und Landschaftsbilds und sichert die Einhaltung allfälliger Ästhetikvorschriften.⁴ Art. 1a Abs. 2 BauG erklärt in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht aber auch reine Zweckänderungen (Umnutzungen) von Bauten, Anlagen und Einrichtungen grundsätzlich als baubewilligungspflichtig. Die Baubewilligung ist insofern eben auch eine Nutzungsbewilligung. Gestützt auf Art. 1b Abs. 1 BauG befreit Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD⁵ Umnutzungen von Bauten und Anlagen nur dann von der Baubewilligungspflicht, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind. Eine Zweckänderung ohne baulichen Massnahmen ist demgemäss nur dann nicht baubewilligungspflichtig, wenn der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zugelassenen Nutzung entspricht und sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt, Erschliessung, Planung usw. als höchstens geringfügig, das heisst nicht relevant erweist, oder anders ausgedrückt: wenn keine Auswirkungen zu erwarten sind, die eine präventive Kontrolle als nötig erscheinen lassen. Umnutzungen brauchen aber dann

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 1a N. 22.

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

eine Baubewilligung, wenn die Zweckänderung Zonenvorschriften oder Bestimmungen über die Baulinien und Bauabstände, die Umgebung oder den Umweltschutz berührt oder wenn die Änderung zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen führt.⁶

c) Die umstrittene Terrasse befindet sich auf dem Flachdach des 1974 bewilligten, einstöckigen Wohntrakts, der an die Nordwestfassade des Hauptkörpers der Liegenschaft D._____weg angebaut worden ist. Aus der in den Vorakten befindlichen Verkaufsdokumentation betreffend die Liegenschaft D._____weg ergibt sich, dass offenbar bereits die früheren Eigentümer das Dach des Anbaus als Terrasse genutzt haben.⁷ Es ist jedoch unbestritten, dass die Terrassennutzung weder Teil des 1974 eingereichten Baugesuchs noch der entsprechenden Baubewilligung war. Auf den damaligen Bauplänen ist denn auch kein Zugang zum Dach des eingeschossigen Anbaus ersichtlich, der auf eine Nutzung des Dachs als Terrasse schliessen lassen würde; insbesondere ist an der Nordwestfassade des Hauptkörpers keine (Fenster-)Türe eingezeichnet, sondern lediglich zwei gewöhnliche Fenster. Die Nutzung des Dachs als Terrasse stellt folglich eine Zweckänderung bzw. Umnutzung dar. Für den betreffenden Anbau musste zudem ein Näherbaurecht von den damaligen von der Unterschreitung betroffenen Nachbarn bzw. Grundeigentümern eingeholt werden. Gemäss Art. 39 Abs. 3 BR⁸ beträgt der massgebende Grenzabstand heute zwar nur noch 3.0 m und nicht mehr 4.0 m wie das 1974 noch der Fall war. Da der Abstand zwischen dem Anbau und der nordwestlich davon gelegenen Nachbarparzelle gemäss Situationsplan von 1974 nur 2.0 m beträgt, befindet sich dieser aber auch nach geltendem Recht noch im Grenzabstand. Gleiches gilt somit auch für die auf dessen Dach eingerichtete Terrasse. Mit anderen Worten berührt diese also die kommunalen Abstandsvorschriften und stellt folglich eine bewilligungspflichtige Zweckänderung bzw. Umnutzung im Sinne von Art. 1a Abs. 2 BauG dar. Dafür liegt jedoch weder eine Bau- noch eine Ausnahmegewilligung bzw. ein Näherbaurecht vor; das 1974 erteilte Näherbaurecht bezieht sich bloss auf das damals «vorgesehene Bauvorhaben», das wie eingangs erwähnt gerade keine Terrassennutzung vorsah. Dies wird von den Beschwerdeführenden im Grunde auch nicht bestritten. Ferner bestreiten sie nicht, dass es sich bei der als Terrassenzugang dienenden Fenstertüre sowie den beiden an der Nordwestfassade des Anbaus angebrachten Fenster um

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 24 mit Hinweisen.

⁷ Vorakten, pag. 3m und 3o.

⁸ Baureglement Busswil vom 23. April 2002 (BR).

baubewilligungspflichtige äussere Umgestaltungen der Liegenschaft D._____weg handelt, für die ebenfalls keine Baubewilligung vorliegt. Vielmehr machen die Beschwerdeführenden sinngemäss geltend, aufgrund des Umstands, wonach die Terrassennutzung, die Fenstertüre sowie die beiden Fenster seit mehr als fünf Jahren vor Erlass der angefochten Wiederherstellungsverfügung erkennbar gewesen seien bzw. die Vorinstanz auf den Erlass eines entsprechenden Benützungsverbots und eine Wiederherstellung der betreffenden baulichen Änderungen verzichtet habe, könnten diese nicht als unrechtmässig bezeichnet werden. Die Vorinstanz hat zwar gestützt auf Art. 46 Abs. 3 BauG hinsichtlich der Terrassennutzung, der Fenstertüre sowie der beiden an der Nordwestfassade des Anbaus angebrachten Fenster auf den Erlass eines Benützungsverbots bzw. auf eine Wiederherstellung verzichtet. Gemäss dieser Bestimmung kann nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur noch verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern. Der Verzicht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands aufgrund von Art. 46 Abs. 3 BauG lässt eine widerrechtlich erstellte Baute bzw. eine widerrechtliche Nutzung jedoch nicht zu einer formell rechtmässigen werden.⁹ Insoweit ist es also nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Terrassennutzung, die als Terrassenzugang dienende Fenstertüre sowie die beiden an der Nordwestfassade des Anbaus angebrachten Fenster für unrechtmässig befunden hat.

d) Die Sauna, der Hot-Pot und die Sichtschutzwand sind offenkundig mit der Terrassennutzung verbunden. So befinden sich diese allesamt auf dem als Terrasse genutzten Flachdach des eingeschossigen Anbaus. Aus dem Umkehrschluss von Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD ergibt sich, dass bauliche Änderungen im Gebäudeinnern, die mit einer baubewilligungspflichtigen Nutzungsänderung verbunden sind, der Baubewilligungspflicht unterliegen.¹⁰ Dies muss auch für bauliche Änderungen ausserhalb von Gebäuden gelten. Denn bei solchen sind im Vergleich zu baulichen Änderungen im Gebäudeinnern im Allgemeinen eher Auswirkungen zu erwarten, die eine präventive Kontrolle als nötig erscheinen lassen. Da es sich bei der Terrassennutzung um eine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung handelt (E. 3c), sind also auch die Sauna, der Hot-Pot und die Sichtschutzwand baubewilligungspflichtig. Nichts anderes gilt für die bereits teilweise erstellte Brüstung. Nach dem Gesagten ergibt sich die Baubewilligungspflicht der Sauna, des Hot-Pots, der Sichtschutzwand und der in Angriff genommenen Brüstung bereits

⁹ VGE 20799 vom 28.9.1999, E. 3c.

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 23 zweites Lemma.

aufgrund derer Verbindung zur baubewilligungspflichtigen Terrassennutzung. Dementsprechend können die Beschwerdeführenden aus den von ihnen angeführten Bestimmungen des BewD betreffend baubewilligungsfreie Bauten nichts zu ihren Gunsten ableiten; nichts anderes gilt für die von ihnen erwähnten Ziffern der BSIG-Weisung Nr. 7/725.1/1.1 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 15. Januar 2013 betreffend baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG. Ob die umstrittenen Bauten bzw. Anlagen die massgebenden Gebäudehöhen sowie Grenzabstands-, Brandschutz- und Ästhetikvorschriften einhalten, spielt für die Frage, ob sie bewilligungspflichtig sind, sodann keine Rolle. Vielmehr soll im Baubewilligungsverfahren gerade präventiv die Einhaltung der Bauvorschriften geprüft werden.¹¹ Es ist schliesslich unbestritten, dass auch weder für die Sauna, den Hot-Pot und die Sichtschutzwand noch für die bereits teilweise erstellte Brüstung eine Baubewilligung vorliegt.

e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl die Terrassennutzung, die als Terrassenzugang dienende Fenstertüre und die beiden an der Nordwestfassade des Anbaus angebrachten Fenster als auch die Sauna, der Hot-Pot und die Sichtschutzwand sowie die bereits teilweise erstellte Brüstung formell rechtswidrig sind.

4. Summarische materielle Prüfung

a) Werden baubewilligungspflichtige Bauten, Anlagen und Vorkehren ohne Baubewilligung ausgeführt und können sie auch nicht nachträglich bewilligt werden bzw. verzichtet die Bauherrschaft auf die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs, so ist darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 BauG). Die Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen.¹² Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz besagt namentlich, dass eine Wiederherstellungsverfügung nicht weiter gehen darf, als zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erforderlich ist. In diesem Rahmen hat die Behörde in Fällen wie dem vorliegenden, in dem die Adressaten der Wiederherstellungsverfügung darauf verzichtet haben, ein nachträgliches Baugesuch zu stellen, unter anderem die Pflicht

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 14 mit Hinweis.

¹² BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 mit weiteren Hinweisen.

wenigstens summarisch zu prüfen, ob die in Frage stehende Baute oder Nutzung gegen einschlägige Vorschriften verstösst (sog. materielle Rechtswidrigkeit). Denn es wäre unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen des Fehlens der förmlichen Baubewilligung beseitigen zu lassen.¹³

b) Die Vorinstanz kam in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, dass die Sauna, der Hot-Pot, die Sichtschutzwand sowie die bereits teilweise erstellte Brüstung das Erscheinungsbild der Liegenschaft D. _____ weg massiv verändern und das Ortsbild beeinträchtigen. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BauG dürfen Bauten, Anlagen, Reklamen, Anschriften und Bemalungen Landschaften, Orts- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen. Diese Vorschrift stellt die «ästhetische Generalklausel» im Sinne eines allgemeinen Beeinträchtigungsverbots dar. Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn ein Bauvorhaben einen Gegensatz zur bestehenden Überbauung oder Landschaft schafft, der erheblich stört. Die Gemeinden dürfen eigene Ästhetikvorschriften erlassen, die über die kantonalen Vorschriften hinausgehen können (Art. 9 Abs. 3 BauG). Derartige Vorschriften müssen, um selbständige Bedeutung zu erlangen, konkreter gefasst sein als die Anordnungen des kantonalen Rechts. Sie dürfen Letztere nicht bloss allgemein anders formulieren.¹⁴ Das Baureglement Busswil enthält unter dem Titel «Baugestaltung» insbesondere folgende Bestimmungen:

Art. 25

¹ Bauten und Anlagen sind hinsichtlich ihrer Gesamterscheinung, Lage, Proportionen, Dach- und Fassadengestaltung, Material- und Farbwahl so auszubilden, dass sie das Orts- und Landschaftsbild nicht beeinträchtigen.

Art. 31

¹ Dachformen und Bedachungsmaterialien müssen von ruhiger Wirkung sein und sich in das Landschafts-, Orts- und Strassenbild gut einordnen.

² [...]

Art. 33

¹ Dachaufbauten sind zugelassen, wenn sie den Gesamteindruck des Daches, des Gebäudes und der Dachlandschaft nicht beeinträchtigen und eine ruhig wirkende Dachlandschaft gewährleisten.

[...]

¹³ BVR 2000 S. 416 E. 3a; VGE 2009/274 vom 22.7.2010, E. 7.1 f., 2009/20 vom 1.5.2009, E. 3.4; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a.

¹⁴ BVR 2009 S. 328 E. 5.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 9/10 N. 4 und 13 mit weiteren Hinweisen.

Ob diese kommunalen Bestimmungen weitergehen als Art. 9 Abs. 1 BauG und ihnen damit selbständige Bedeutung zukommt, kann ebenso offen bleiben wie die Frage, ob Art. 31 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 BR bei Dächern, die (unrechtmässigerweise) als Terrasse genutzt werden, überhaupt zur Anwendung gelangen. Denn durch die Sauna, den Hot-Pot, die Sichtschutzwand sowie die bereits teilweise erstellte Brüstung wird bereits die kantonale Generalklausel von Art. 9 Abs. 1 BauG verletzt. So handelt es sich bei der Liegenschaft D. _____ weg um ein Gebäude mit einfachen bzw. unaufgeregten Formen, das aus schlichten Materialien gefertigt ist; einzig die orange Fassadenfarbe ist auffällig. Demgegenüber handelt es sich bei der Sauna um ein wuchtiges knapp 2.3 m hohes und gut 2.7 m langes liegendes, helles Holzfass mit Kamin. Die obere Hälfte des Fasses ist zudem mit einem schwarzen Belag gedeckt. Der Hot-Pot in Form eines Oktogons ist aussen ebenfalls in hellem Holz gefasst und innen mit einer blauen Folie ausgelegt. Beheizt wird er mit einem schwarzen Ofen, der mit einem über 2.0 m hohen, silberglänzenden Kamin ausgestattet ist. Die Sichtschutzwand, die auch aus hellem Holz gefertigt ist, umfasst etwa die Hälfte der Dachfläche und führt hauptsächlich entlang des Dachabschlusses. Auf den in den Vorakten befindlichen Fotos ist zudem ersichtlich, dass die Sichtschutzwand in etwa die gleiche Höhe aufweist wie die Fenstertüre die als Terrassenzugang dient und folglich höher ist als die von den Beschwerdeführenden geltend gemachten 1.68 m. Die bereits erstellten Brüstungsteile bestehen schliesslich aus sechzehn Säulen, die jeweils aus mehreren aufeinander gestapelten, rechteckigen Steinblöcken zusammengesetzt sind. Die Höhe der einzelnen Säulen variiert zwischen ca. 0.3 und 1.0 m. Angeordnet sind sie hauptsächlich entlang des Dachabschlusses; drei Säulen befinden sich in der Mitte der Dachfläche.¹⁵ Nach dem Gesagten verändern die umstrittenen Bauten bzw. Anlagen das Erscheinungsbild der Liegenschaft D. _____ weg erheblich. Insbesondere hinsichtlich ihrer Formen und Farben bzw. Materialien weichen die Sauna, der Hot-Pot, die Sichtschutzwand sowie die bereits teilweise erstellte Brüstung stark von der Liegenschaft D. _____ weg, aber auch von den übrigen umliegenden Wohnhäusern, ab. Die umstrittenen Bauten bzw. Anlagen erscheinen insgesamt wuchtig und unpassend, was aufgrund ihrer exponierten Lage und Anordnung zusätzlich verstärkt wird. Sie stellen mit anderen Worten einen Fremdkörper in der bestehenden Umgebung dar, der erheblich stört. Dass sich die Bauparzelle gemäss den Beschwerdeführenden in einem baulich vielfältigen, mithin heterogenen Quartier befindet, befreit nicht von der Einhaltung von Art. 9 Abs. 1 BauG. Ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten, können die

¹⁵ Vorakten, pag. 2d ff. und 3c und 3e ff.

Beschwerdeführenden aus dem Umstand, wonach die Sichtschutzwand aus den gleichen Brettern wie der 2014 bewilligte Carport, der sich im östlichen Teil der Bauparzelle befindet, gefertigt ist. So ist die Sichtschutzwand auf dem Dach des eingeschossigen Anbaus viel exponierter und ihre Abweichung von der Liegenschaft D. _____weg dadurch viel auffallender. Dass die umstrittenen Bauten bzw. Anlagen gemäss den Beschwerdeführenden von keiner Durchgangsstrasse einsehbar sein sollen, ist schliesslich ebenso unbeachtlich. Es genügt, dass die Bauten bzw. Anlagen von der Strasse E. _____ mithin vom öffentlichen Raum aus, sichtbar sind.¹⁶ Im Übrigen kommt es auch nicht darauf an, dass gewisse Nachbarn mit den umstrittenen Bauten bzw. Anlagen einverstanden sind bzw. diese als nicht störend empfinden. Denn wie die Gemeinde in ihrer Stellungnahme vom 16. Mai 2018 zutreffend ausführt, obliegt es nicht den jeweiligen Nachbarn die Ortsbildverträglichkeit einer Baute zu beurteilen, sondern den dafür zuständigen Behörden. Hinzu kommt, dass ohnehin nicht alle unmittelbar betroffenen Anwohner ihre Zustimmung erteilt haben.

c) Aufgrund einer summarischen Prüfung ergibt sich somit, dass die Sauna, der Hot-Pot die Sichtschutzwand sowie die bereits erstellten Brüstungsteile bzw. Steinsäulen wegen fehlender Ortsbildverträglichkeit nicht bewilligt werden könnten. Folglich liegt auch eine materielle Rechtswidrigkeit vor. Damit sind die Voraussetzungen zur Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gegeben.

d) An dieser Stelle bleibt schliesslich darauf hinzuweisen, dass eine Nutzung des Flachdachs als einfache Terrasse, mithin ohne die oben behandelten Bauten bzw. Anlagen, wohl bewilligt werden könnte. Dafür wäre aber ein entsprechendes Baugesuch einzureichen und das Vorhaben müsste insbesondere den Grenzabstand einhalten.

5. Wiederherstellungsmassnahmen

a) Die Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (E. 4a). Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen

¹⁶ Vorakten, pag. 3c.

Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁷

b) Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands 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.¹⁸ Der Ortsbildschutz stellt ein weiteres gewichtiges öffentliches Interesse dar.¹⁹ Da die Sauna, der Hot-Pot, die Sichtschutzwand sowie die bereits teilweise begonnene Brüstung das Ortsbild beeinträchtigten (E. 4b), ist das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gross und überwiegt die Nachteile, die den Beschwerdeführenden durch die Wiederherstellung entstehen könnten.

c) Der von der Gemeinde angeordnete Rückbau der Sauna, des Hot-Pots, der Sichtschutzwand sowie der teilweise bereits begonnenen Brüstung ist erforderlich und geeignet, die betroffenen öffentlichen Interessen, namentlich die Gewährleistung des Ortsbildschutzes, zu verwirklichen. Die vollständige Entfernung ist den Beschwerdeführenden auch zumutbar. So sind die betreffenden Bauten bzw. Anlagen leicht und mit geringem finanziellem Aufwand entfernbar. Im Übrigen machen die Beschwerdeführenden auch nichts Gegenteiliges geltend.

d) Da vorliegend mit dem Ortsbildschutz ein gewichtiges öffentliches Interesse betroffen ist (E. 5b), können sich die Beschwerdeführenden schliesslich auch nicht auf die von ihnen im vorinstanzlichen Verfahren noch geltend gemachte Gutgläubigkeit berufen. Denn der gute Glaube der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung nur dann einen Einfluss haben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen betroffen sind.²⁰ Zudem ist es fraglich, ob die Beschwerdeführenden überhaupt gutgläubig waren. Allgemein wird nämlich vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen und Nutzen will, muss sich also um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Bewilligungspflicht erkundigen.²¹ Dies

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. a.

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a mit Hinweisen.

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. d drittes Lemma.

²⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a.

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a zweites Lemma.

haben die Beschwerdeführenden zumindest in Bezug auf die Terrassennutzung, mit welcher die zu entfernenden Bauten bzw. Anlagen verbunden sind, aber nicht getan. Dass die Beschwerdeführenden gemäss eigenen Aussagen der Annahme waren, die Terrassennutzung sei zulässig, da das Dach des eingeschossigen Anbaus schon von den früheren Eigentümern als Terrasse genutzt worden ist und sich die Möglichkeit der Terrassennutzung auch aus der Verkaufsdokumentation sowie der als Terrassenzugang dienenden Fenstertüre ergibt, ist im Übrigen unbeachtlich. So können Käufer keine bessere Rechtsposition erwerben, als die Verkäuferschaft innehatte; insbesondere können sie aus dem (rechtswidrigen) Verhalten der Verkäufer nichts für sich ableiten und sich nicht auf gutgläubigen Erwerb berufen.²²

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass die angeordnete Entfernung der Sauna, des Hot-Pots, der Sichtschutzwand sowie der bereits teilweise begonnenen Brüstung im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Vertrauensgrundsatz nicht verletzt.

6. Absturzsicherung

a) Nach Art. 21 Abs. 1 BauG müssen Bauten und Anlagen so erstellt, betrieben und unterhalten werden, dass weder Personen noch Sachen gefährdet werden. Begehbare Flächen müssen mit ausreichenden Geländern oder anderen genügenden Schutzvorrichtungen versehen werden, wenn eine Absturzgefahr für Personen besteht (Art. 58 Abs. 1 BauV²³). «Begehrbar» sind zunächst solche Flächen, die bei bestimmungsgemäsem Benützen einer Baute oder Anlage durch eine unbestimmte Anzahl von Personen begangen werden könnten. Massgebend ist jedoch nicht allein der bestimmungsgemässe Gebrauch, sondern es ist zu prüfen, ob es vernünftigerweise voraussehbarer Nutzung entspricht, dass Personen die Baute oder Anlage tatsächlich begehen. Unter Umständen muss bei vernünftiger Voraussicht auch damit gerechnet werden, dass Personen – insbesondere Kinder – eine Baute oder Anlage bestimmungswidrig benützen, namentlich indem sie eine Fläche betreten, die dafür nicht gedacht ist. Wenn aufgrund der Umstände mit einer bestimmungswidrigen Benützung

²² BVR 1997 S. 23 E. 5b; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. b.

²³ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

durch Kinder zu rechnen ist, gilt die Fläche ebenfalls als «begehrbar» und – bei Absturzgefahr – als sicherungsbedürftig.²⁴

Gemäss SIA-Norm 358 (SN 543 358), Geländer und Brüstungen, Ausgabe 2010, muss jede bei Normalbenutzung begehrbare Fläche, bei der eine Gefährdung durch Absturz anzunehmen ist, durch ein Schutzelement gesichert sein. Als begehrbar gilt jede Fläche, die für Personen zugänglich ist (Ziffer 2.1.1). Eine Gefährdung ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn die Absturzhöhe mehr als 1.0 m beträgt, wobei als Absturzhöhe die am Rand der begehrbaren Fläche gemessene Höhendifferenz zur angrenzenden tieferen Fläche verstanden wird (Ziffer 2.1.2). Bei Absturzhöhen bis 1.5 m kann der Schutz auch darin bestehen, dass die Zugänglichkeit des Randes begehrbarer Flächen durch geeignete Massnahmen wie Bepflanzung oder dergleichen erschwert wird (Ziffer 2.1.4). Die Höhe der Schutzelemente bemisst sich ab der begehrbaren Fläche bis zur Oberkante des jeweiligen Schutzelements (Ziffer 3.1.1). Die Mindesthöhe der Schutzelemente beträgt grundsätzlich 1.0 m (Ziffer 3.1.3).

b) Die Nutzung des Dachs des eingeschossigen Anbaus als Terrasse ist formell zwar rechtswidrig; die Gemeinde hat jedoch gestützt auf Art. 46 Abs. 3 BauG sowohl auf den Erlass eines entsprechenden Benützungsverbots als auch auf die Wiederherstellung der als Terrassenzugang dienenden Fenstertüre verzichtet (E. 3). Vernünftigerweise ist daher davon auszugehen, dass (auch) in Zukunft Personen das betreffende Dach als Terrasse nutzen und somit begehen werden. Den in den Vorakten befindlichen Plänen ist sodann zu entnehmen, dass die Höhendifferenz zwischen dem Dachabschluss des eingeschossigen Anbaus sowie den darunter liegenden Flächen jeweils deutlich mehr als 1.5 m beträgt.²⁵ Folglich besteht eine Absturzgefahr. Angesichts dieser Ausgangslage müssen die Beschwerdeführenden den betreffenden Dachabschluss mit einer genügenden Absturzsicherung versehen. Es bleibt jedoch darauf hinzuweisen, dass das Anbringen einer entsprechenden Absturzsicherung die Nutzung des betreffenden Dachs als Terrasse nicht legitimiert, mithin die Terrassennutzung formell rechtswidrig bleibt. Dies gilt auch dann, wenn die anzubringende Absturzsicherung selbst baubewilligungsfrei wäre, was beispielsweise bei einem einfachen, zurückhaltend gestalteten bzw. ortsbildverträglichen Geländer der Fall ist.

²⁴ BVR 2011 S. 200 E. 4.4.1 mit Hinweisen.

²⁵ Vorakten, pag. 3e f.

7. Befangenheit

Die Beschwerdeführenden rügen schliesslich, das vorinstanzliche baupolizeiliche Verfahren sei einzig aufgrund der Anzeige der Bauherrin der angrenzenden Grossüberbauung durchgeführt worden. Folglich könne der Eindruck entstehen, die Gemeinde habe bei ihren baupolizeilichen Massnahmen nicht im Sinne der Unschuldsvermutung, sondern im Interesse der Anzeigerin gehandelt. Sinngemäss stellen die Beschwerdeführenden damit die Unbefangenheit der Gemeinde Lyss in Frage. Diesbezüglich ist Folgendes festzuhalten: Die Abteilung Bau und Planung der Gemeinde Lyss muss als zuständige Baupolizeibehörde im Sinne von Art. 45 Abs. 1 BauG auf eine Anzeige hin aktiv werden und die notwendigen baupolizeilichen Ermittlungen sowie Massnahmen vornehmen bzw. ergreifen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die von der Vorinstanz im vorliegenden Fall ergriffenen baupolizeilichen Massnahmen eine einseitige Interessenwahrung zu Gunsten der Anzeigerin darstellen sollte. Vielmehr handelt es sich dabei um das übliche Vorgehen in solchen Fällen. Im Übrigen sind auch sonst keine Anzeichen ersichtlich, die den Anschein der Befangenheit erwecken würden.

8. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht den Rückbau der Sauna, des Hot-Pots, der Sichtschutzwand und der bereits teilweise erstellen Brüstung angeordnet hat. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Nutzung des Dachs des eingeschossigen Anbaus als Terrasse, die als Terrassenzugang dienende Fenstertüre sowie die beiden an der Nordwestfassade des Anbaus eingebauten Fenster unrechtmässig sind. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden war das von der Vorinstanz durchgeführte baupolizeiliche Verfahren also nicht bloss in Bezug auf die Sitzplatzüberdachung, sondern auch hinsichtlich der übrigen Aspekte gerechtfertigt. Die Vorinstanz war folglich berechtigt für sämtliche von ihr vorgenommenen baupolizeilichen Verrichtungen Gebühren zu erheben und nicht nur für diejenigen im Zusammenhang mit der Sitzplatzüberdachung. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Daran ändert auch der Umstand nichts, wonach die Beschwerdeführenden berechtigt bzw. verpflichtet sind, den Dachabschluss des eingeschossigen Anbaus mit einer genügenden Absturzsicherung zu versehen. Denn die Beschwerdeführenden haben nicht die Zustimmung zum Bau irgendeiner Absturzsicherung beantragt, sondern sich ausdrücklich auf die von ihnen bereits teilweise erstellte Brüstung bezogen; diese muss jedoch zurückgebaut werden. Die Beschwerdeführenden haben folglich die gesamten Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG²⁶). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁷). Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer haften solidarisch für den gesamten Betrag. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Lyss vom 27. März 2018 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

²⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

²⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

IV. Eröffnung

- Herrn B._____ und Frau A._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Lyss, Bau + Planung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident