

100.2015.106U
STE/SES/RAP

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 8. Oktober 2015

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Steinmann, Verwaltungsrichter Häberli
Gerichtsschreiberin Seiler

A. _____ und B. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführende

gegen

Einwohnergemeinde Wileroltigen
handelnd durch den Gemeinderat, Oberdorf 35a, 3207 Wileroltigen
Beschwerdegegnerin

und

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend Baupolizei; nachträgliches Baugesuch für Geräteschopf; Wiederherstellung (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 5. März 2015; RA Nr. 110/2014/144)



Sachverhalt:

A.

A._____ und B._____ sind Eigentümer und Eigentümerin der Parzelle Wileroltigen Gbbl. Nr. 1._____, welche in der Ländlichen Dorfzone (LD) liegt. Im Jahr 2011 stellten sie bei der Einwohnergemeinde (EG) Wileroltigen ein Baugesuch für einen Autounterstand (Carport) mit Geräteschopf. C._____ und D._____, Eigentümerin und Eigentümer der Nachbarparzelle Gbbl. Nr. 2._____, erhoben dagegen Einsprache. Nach der Einigungsverhandlung zogen A._____ und B._____ ihr Baugesuch zurück. Am 8. Juni 2012 reichten sie ein neues Baugesuch für einen Carport ohne Geräteschopf ein, welches die EG Wileroltigen am 6. Juli 2012 bewilligte; Einsprachen waren keine eingegangen. Mit dem Formular «Selbstdeklaration Baukontrolle 1» informierten A._____ und B._____ die Gemeinde am 6. Dezember 2012 über den Bauabschluss und darüber, dass sie ein bewilligungsfreies Gartenhaus auf den Carport stellen würden. Am 12. Februar 2013 erstatteten C._____ und D._____ baupolizeiliche Anzeige bei der EG Wileroltigen und machten geltend, das Gartenhaus sei bewilligungspflichtig. Hierauf erliess die EG Wileroltigen am 20. August 2013 eine Wiederherstellungsverfügung und forderte A._____ und B._____ unter Androhung der Ersatzvornahme auf, das Gartenhaus auf dem Carport vollständig zu entfernen. Am 13. September 2013 machten A._____ und B._____ von der Möglichkeit Gebrauch, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. D._____ und C._____ erhoben dagegen Einsprache. Die EG Wileroltigen wies das Baugesuch mit Entscheid vom 6. November 2014 ab und ordnete unter Androhung der Ersatzvornahme die vollständige Entfernung des Geräteschopfs (bis anhin als Gartenhaus bezeichnet) bis zum 10. Februar 2015 an.

B.

Gegen diese Verfügung erhoben A._____ und B._____ am 10. Dezember 2014 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

des Kantons Bern (BVE), welche das Rechtsmittel mit Entscheid vom 5. März 2015 abwies.

C.

Dagegen haben A._____ und B._____ am 7. April 2015 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

- «1. Der Entscheid der BVE vom 5. März 2015 sei aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass das Bauvorhaben bewilligungsfrei erstellt werden konnte;
3. Eventualiter: Dem Bauvorhaben sei die Baubewilligung zu erteilen,
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»

Die EG Wileroltigen verzichtet mit Beschwerdeantwort vom 5. Mai 2015 auf weitere Ausführungen und verweist auf den Entscheid der BVE. Die BVE beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 16. April 2015, die Beschwerde sei abzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG).

1.2 Die Beschwerdeführenden beantragen unter anderem auch die Feststellung, dass das Bauvorhaben bewilligungsfrei habe erstellt werden

dürfen. Feststellungsbegehren bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses und sind gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsbegehren subsidiär (BVR 2014 S. 33 E. 1.4, 2011 S. 564 E. 3.3, 2010 S. 337 E. 3.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 19 ff.). – Wenn dem Hauptantrag (Aufhebung des angefochtenen Entscheids) stattgegeben wird, ist damit noch nicht gesagt, dass die Baute rechtmässig ist, sei es, weil sie bewilligungsfrei erstellt werden konnte oder weil sie nachträglich bewilligt werden kann (vgl. Eventualantrag). Rechtlich macht es aber einen Unterschied (z.B. in Bezug auf die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG), ob eine Baute rechtmässig erstellt wurde oder ob sie rechtswidrig ist und auf ihre Entfernung etwa aus Gründen des Vertrauensschutzes oder der Verhältnismässigkeit verzichtet wird. Da nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung in Rechtskraft erwächst, haben die Beschwerdeführenden folglich ein schutzwürdiges Interesse an ihrem Feststellungsbegehren. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist ohne Einschränkung einzutreten.

1.3 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

2.

Umstritten ist vorab, ob der Geräteschopf baubewilligungspflichtig ist oder eine bewilligungsfreie Kleinbaute im Sinn von Art. 6 Abs. 1 Bst. a des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1) darstellt.

2.1 Der Schopf ist 2,40 m hoch, 2,30 m breit und 4,16 m lang (Vorakten EG, act. 3C, pag. 49 f. und 112) und weist einen Abstand zur Nachbarparzelle von 2,50 m auf (Vorakten EG, act. 3C, pag. 48). Er steht auf dem Dach des 2,55-2,65 m hohen Carports (vgl. vorne Bst. A), für dessen Erstellung in der Nord-Ecke der Parzelle 1,35-1,40 m Terrain abgegraben wurde (in den Akten sind sowohl die Höhe des Carports als auch das Ausmass der Abgrabung nicht einheitlich angegeben, vgl. Vorakten EG, act. 3C, pag. 5, 7 f. bzw. pag. 50, 112).

2.2 Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Geräteschopf nicht getrennt vom Carport betrachtet werden könne, sondern die beiden Bauten eine Gesamtheit bilden würden. Entsprechend handle es sich beim Geräteschopf nicht um eine Kleinbaute, sondern um eine Erweiterung des Carports, welche baubewilligungspflichtig sei. Die Beschwerdeführenden stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Carport und der Geräteschopf seien sowohl funktionell als auch optisch voneinander unabhängig und deshalb als einzelne Bauten zu betrachten. Beim Geräteschopf handle es sich folglich um eine bewilligungsfreie Kleinbaute.

2.3 Nach Art. 1a Abs. 1 BauG sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben) baubewilligungspflichtig, 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. Keiner Baubewilligung bedürfen unter anderem geringfügige Bauvorhaben (Art. 1b Abs. 1 BauG). Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a BewD dürfen insbesondere unbeheizte Kleinbauten mit einer Grundfläche von höchstens zehn Quadratmetern und einer Höhe von höchstens 2,50 m, die weder bewohnt sind noch gewerblich genutzt werden und die funktionell zu einer Hauptbaute gehören – unter Vorbehalt von Art. 7 BewD – ohne Baubewilligung erstellt werden. Die bewilligungsfreien Bauten regelt das kantonale Recht im Rahmen der bundesrechtlichen Bestimmungen abschliessend. Den Gemeinden ist es, abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen, untersagt, in ihrer baurechtlichen Grundordnung Vorschriften für baubewilligungsfreie Bauvorhaben nach Art. 1b BauG zu erlassen (Art. 69 Abs. 3 BauG; Vortrag des Regierungsrats betreffend Änderung des KoG und BauG, in Tagblatt des Grossen Rates 2008, Beilage 30, S. 23; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I/II, 4./3. Aufl. 2013/2010, Art. 69 N. 3a). Hingegen regeln die Gemeinden die Messweise, welche namentlich für die Bemessung der Gebäudehöhe massgebend ist (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 13 N. 6).

2.4 Die Gebäudehöhe ist gemäss Art. 20 Abs. 1 des Baureglements der EG Wileroltigen vom 29. Mai 1992 (nachfolgend: GBR) in den Fassadenmitten zu messen und zwar vom gewachsenen Boden bis zur Schnittlinie

der Fassadenflucht mit Oberkante des Dachsparrens, bei Flachdächern bis oberkant offene oder geschlossene Brüstung. Für die Definition des gewachsenen Bodens verweist Art. 20 Abs. 1 GBR auf Art. 97 der Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1) in der bis 31. Juli 2011 gültigen Fassung (GS 1985 S. 106 ff., 136 f.; im Folgenden aArt. 97 BauV). Am 1. August 2011 ist die Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3) in Kraft getreten, welche u.a. die Messweise der Gebäudehöhe vereinheitlicht (Art. 14 f. BMBV) und das massgebende Terrain neu regelt (Art. 1 BMBV). Die Gemeinden haben jedoch bis zum 31. Dezember 2020 Zeit, ihre baurechtlichen Grundordnungen an die Bestimmungen der BMBV anzupassen (Art. 34 Abs. 1 BMBV). Solange sie diese Anpassungen noch nicht vorgenommen haben, sind für sie aArt. 93 bis 98 Abs. 1 BauV bis Ende 2020 explizit anwendbar (Art. 34 Abs. 2 BMBV; vgl. Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion betreffend die Verordnung über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen, S. 3 und 25). Die EG Wileroltigen hat ihre Gesetzgebung noch nicht angepasst. Die BMBV ist deshalb (noch) nicht anzuwenden. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführenden (Beschwerde, S. 6 Ziff. 2.2) ändert daran nichts, dass die baurechtliche Grundordnung der EG Wileroltigen für die Definition des gewachsenen Bodens auf aArt. 97 BauV und damit auf kantonales Recht verweist. Das führt nach dem Gesagten (noch) nicht dazu, dass die BMBV direkt anwendbar wäre.

2.5 Nach aArt. 97 BauV gilt Folgendes:

¹ Wo die Bauhöhe ab gewachsenem Boden zu messen ist, gilt als solcher das Terrain, wie es vor Baubeginn besteht. Die Absätze 2 und 3 bleiben vorbehalten.

² [...]

³ Wird das Terrain abgegraben, so wird vom fertigen Terrain aus gemessen, wenn es tiefer liegt als das ursprüngliche Terrain.

⁴ [...].

aArt. 97 Abs. 1 BauV regelt den Grundsatz und bezieht sich auf das Terrain, wie es vor Ausführung des konkreten Bauvorhabens besteht. Im Sinne einer Ausnahme ist aArt. 97 Abs. 3 BauV dann anwendbar, wenn das Terrain für das aktuelle Bauvorhaben abgegraben wurde (VGE 22900 vom 5.5.2008, E. 3.3.3 [bestätigt durch BGer 1C_263/2008 vom 25.11.2008];

Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 13 N. 6). aArt. 97 Abs. 3 BauV soll vorab Missbräuche verhindern, welche zu befürchten sind, wenn die Bauherrschaft durch Abgrabungen Gebäudehöhen erzielen kann, die bei der Messweise nach aArt. 97 Abs. 1 BauV zwar den Höhenvorgaben entsprechen, jedoch tatsächlich die zulässigen Höhen überschreiten (VGE 22900 vom 5.5.2008, E. 3.3.3). Ebenso wenig soll eine Bauherrschaft das massgebende Terrain mit künstlichen Bauten wieder erhöhen können, um die Auswirkung von aArt. 97 Abs. 3 BauV zu umgehen. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführenden (Beschwerde, S. 8 Ziff. 2.6 f.) kann daher das Dach des Carports nicht als massgebendes Terrain betrachtet werden. Das ergibt sich im Übrigen bereits aus dem Begriff des «Terrains» (frz., zu lat. terra), welcher «Erde» bedeutet, so dass unter Terrain von vornherein nur der Erdboden verstanden werden kann.

2.6 Obwohl der Carport und der Geräteschopf jedenfalls eine bauliche Einheit bilden, kann offen bleiben, ob sie als eine Baute oder als zwei eigenständige Bauten zu betrachten sind. Geht man mit der Vorinstanz davon aus, dass die Baute eine Einheit darstellt, wurde für sie eine Abgrabung vorgenommen. Das fertige Terrain dafür liegt tiefer als das ursprüngliche und die Höhe der Baute ist gestützt auf aArt. 97 Abs. 3 BauV ab dem Boden des Carports zu messen. Geht man hingegen mit den Beschwerdeführenden davon aus, dass der Geräteschopf als eigenständige Baute zu betrachten ist – was schon angesichts der fehlenden Verbindung zum Terrain zweifelhaft erscheint –, ist dafür keine Abgrabung vorgenommen worden. Entsprechend aArt. 97 Abs. 1 BauV gilt deshalb das Terrain, wie es vor Baubeginn bestand, als gewachsener Boden. Wie ausgeführt, ist das Dach einer künstlich erstellten Baute kein Terrain. Das Terrain, wie es vor Baubeginn des Schopfs bestand, ist somit auch bei dieser Betrachtungsweise der Boden des Carports.

2.7 An dieser Auslegung ändert der zweite Satz von Art. 20 Abs. 1 GBR nichts. Dieser bestimmt:

Giebelfelder und Abgrabungen für Hauseingänge und Garageneinfahrten werden nicht angerechnet.

Diese Vorschrift ist im Licht des kantonalen Rechts zu betrachten und als Konkretisierung von aArt. 97 BauV zu verstehen. Sie muss eng ausgelegt

werden, um nicht aArt. 97 Abs. 3 BauV zu widersprechen. Die Bestimmung kann deshalb nur dann Anwendung finden, wenn ein klar beschränkter kleiner Teil der unter dem gewachsenen Boden liegenden Fassade für ein Garagentor bzw. eine Eingangstür freigelegt bleibt. In Fällen einer solch untergeordneten Abgrabung rechtfertigt es sich nicht, für die Messung der Gebäudehöhe auf das in diesem Bereich tiefer liegende Terrain abzustellen (vgl. auch RR in BVR 1977 S. 465 ff.). – Hier wurde gerade nicht ausschliesslich für die Einfahrt in eine unterirdische Garage eine Abgrabung vorgenommen, sondern das Terrain auf der gesamten Fläche zwischen Haus, Strasse und Nachbarparzelle abgegraben und nicht wieder aufgefüllt. Das massgebende Terrain entspricht deshalb dem fertigen Terrain nach der Abgrabung für den Carport.

2.8 Nach dem Gesagten ist für die Gebäudehöhe die Höhe der fraglichen Baute ab dem fertigen Terrain zu messen. Die Baute ist somit zwischen 4,95 m (Vorakten EG, act. 3C pag. 4 ff. i.V.m. pag. 50 und 112) bzw. 5,05 m (Vorakten EG, act. 3C, pag. 50,112) hoch. Sie ist folglich keine Kleinbaute im Sinn von Art. 6 Abs. 1 Bst. a BewD und damit bewilligungspflichtig.

3.

Weiter ist umstritten, ob die nachträgliche Baubewilligung für den Geräteschopf erteilt werden kann.

3.1 Die BVE hat dies schon deshalb verneint, weil der kleine Grenzabstand von 3 m nicht eingehalten sei. Die Beschwerdeführenden sind hingegen der Ansicht, es sei der privilegierte Grenzabstand von 2 m massgebend (Beschwerde, S. 8 Ziff. 2.7).

3.2 Bauten, welche den gewachsenen Boden überragen, haben gemäss Art. 14 Abs. 1 GBR gegenüber dem nachbarlichen Grund die in Art. 38 [richtig: 37] GBR festgesetzten kleinen und grossen Grenzabstände zu wahren. Dabei gilt der kleine Grenzabstand für die Schmalseite sowie die beschattete längere Seite eines Gebäudes (Art. 14 Abs. 2 GBR) und beträgt 3 m (Art. 37 Abs. 2 GBR). Für An- und Nebenbauten, die nicht für

den dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, genügt allseitig ein Grenzabstand von 2 m, sofern die mittlere Gebäudehöhe dieser Bauten 4 m, die mittlere Firsthöhe 5 m und die Grundfläche 60 m² nicht übersteigen (Art. 15 Abs. 1 GBR). – Wie dargelegt, beträgt die massgebliche Höhe für den Geräteschopf mindestens 4,95 m ab fertigem Terrain (vgl. vorne E. 2.8). Damit überschreitet die Baute die Maximalhöhe für Nebenbauten gemäss Art. 15 Abs. 1 GBR. Sie hat folglich den kleinen Grenzabstand von 3 m einzuhalten, was sie mit einem Abstand von 2,50 m nicht tut. Die nachträgliche Baubewilligung ist deshalb zu Recht verweigert worden.

4.

4.1 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 der jeweiligen Grundeigentümerin oder dem jeweiligen Grundeigentümer 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, was von Amtes wegen zu prüfen ist (BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9). 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 (BVR 2006 S. 444 E. 6.1, 2003 S. 97 E. 3b; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. a, je mit Hinweisen).

4.2 Die BVE hat ausgeführt, dass ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen liege, dass es gelte, Präjudizien zu verhindern und dass Grenzabstandsvorschriften neben den nachbarlichen auch öffentlichen Interessen dienen, wie der Gestaltung des Ortsbildes, der Ästhetik sowie der Gesundheits- und Feuerpolizei. Angesichts der Angaben des Beschwerdeführers im Formular «Selbstdeklaration Baukontrolle 1»,

erscheine zwar zweifelhaft, ob den Beschwerdeführenden Bösgläubigkeit vorgeworfen werden könne, die Entfernung des Geräteschopfs sei jedoch mit geringem Aufwand verbunden, weshalb sie zumutbar sei. Nicht entscheidend sei dabei, ob die Beschwerdeführenden bei Einhaltung der Grenzabstände in unmittelbarer Nähe eine Ersatzbaute errichten dürften oder nicht (angefochtener Entscheid, E. 4c). Die Beschwerdeführenden äussern sich in ihrer Beschwerde vor Verwaltungsgericht überhaupt nicht zur Frage der Wiederherstellung. Es kann daher auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

5.

5.1 Die Beschwerde ist folglich unbegründet und abzuweisen. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass der Sachverhalt für die Beurteilung der hier massgebenden Rechtsfragen genügend geklärt ist. Ein Augenschein, wie ihn die Beschwerdeführenden verlangen (Beschwerde, S. 8 Ziff. 2.7), ist deshalb nicht notwendig. Der Beweisantrag wird abgewiesen.

5.2 Die von der EG Wileroltigen festgelegte Wiederherstellungsfrist ist verstrichen, die Vorinstanz hat keine neue festgelegt, weshalb das Verwaltungsgericht eine solche festzusetzen hat (statt vieler VGE 2014/173 vom 22.10.2014, E. 4.4, vgl. auch BVR 2001 S. 207 E. 3 f.). Die EG Wileroltigen hat in ihrer Verfügung eine Wiederherstellungsfrist von drei Monaten gewährt. Diese Frist wurde von den Beschwerdeführenden im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens nicht in Frage gestellt. Sie erscheint angesichts des Umfangs und der Konstruktion der Baute als angemessen.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführenden kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird auf drei Monate ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils festgesetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
5. Zu eröffnen:
 - den Beschwerdeführenden
 - der Beschwerdegegnerin
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bernund mitzuteilen:
 - dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.