

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 206 vom 21. September 2022

BE Verwaltungsgericht, 2022-09-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2021_206

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 206 du 21 septembre 2022

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2021 206 del 21 settembre 2022

Erwägungen

E. 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 4 vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

E. 1.2

Anfechtungsobjekt im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht bildet der Entscheid der BVD vom 4. Juni 2021; dieser ist an die Stelle der Wiederherstellungsverfügung der EG Twann-Tüscherz vom 30. Oktober 2020 getreten (sog. Devolutiveffekt der Beschwerde; statt vieler BVR 2018 S. 528 E. 3.3). Soweit der Beschwerdeführer auch die Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde beantragt (vorne Bst. C), ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. BVR 2010 S. 411 E. 1.4; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 74 N. 26, Art. 84 N. 19).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ersucht um Feststellung, dass die vorgenommenen «Unterhaltsarbeiten» keiner Baubewilligung bedürfen (Hauptbegehren) bzw. bewilligungsfähig seien (Eventualbegehren), Letzteres in Verbindung mit der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur nachträglichen Bewilligung (vorne Bst. C). – Feststellungsbegehren bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses. Sie sind gegenüber rechtsgestaltenden Begehren subsidiär und damit nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann (BVR 2018 S. 310 E. 7.3 mit Hinweisen; Markus Müller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 72 ff.). Den Anliegen des Beschwerdeführers kann mit seinem rechtsgestaltenden Begehren im Wiederherstellungsverfahren vollständig Rechnung getragen werden; ein gesondertes Feststellungsinteresse an der Bewilligungspflicht bzw. -fähigkeit der vorgenommenen Bauarbeiten ist weder ersichtlich noch begründet der Beschwerdeführer ein solches näher. Es besteht auch kein Grund, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und zur Prüfung der Bewilligungsfähigkeit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 5 eines (nicht eingereichten) nachträglichen Baugesuchs zurückzuweisen (vgl. dazu auch hinten E. 5.1).

E. 1.4

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG). Da die Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung ist, urteilt es in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichts- behörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

E. 2

Die Parzelle Nr. 1_____ mit dem Ferienhaus und der Holzterrasse liegt im Perimeter verschiedener Schutzgebiete/Bundesinventare: Die St. Peters- insel (Halbinsel) gehört als Objekt Nr. 1301 (St. Petersinsel – Heidenweg) zum Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN), als Ob- jekt Nr. 275 (Petersinsel) zum Bundesinventar der Moorlandschaften von be- sonderer Schönheit und nationaler Bedeutung und als Objekt Nr. 222 (Heidenweg/St. Petersinsel) zum Bundesinventar der Auengebiete von nati- onaler Bedeutung. Zudem sind die Flachmoore als Objekt Nr. 2383 (Heiden- weg) durch das Bundesinventar der Flachmoore von nationaler Bedeutung geschützt. Die gesamte Halbinsel liegt im Wasser- und Zugvogelreservat von nationaler Bedeutung Nr. 111 (Hagneckdelta und St. Petersinsel). Die Insel ist zudem ein kantonales Naturschutzgebiet (Naturschutzgebiet St. Petersinsel und Heidenweg, RRB Nr. 3100 vom 5.7.1989 [act. 10C]; sämtliche Pläne und Schutzgebiete einsehbar auf dem Geoportal des Kan- tons Bern unter: <www.map.apps.be.ch/pub>; vgl. vorne Bst. A; angefochte- ner Entscheid Sachverhalt und E. 3c; ferner bereits VGE 2011/337/338 vom 4.9.2012 E. 2.1). Die Parzelle liegt schliesslich im Perimeter des Uferschutz- plans Nr. 9 «St. Petersinsel», bestehend aus dem Überbauungsplan, den Überbauungsvorschriften (nachfolgend: ÜV) und dem Realisierungspro- gramm, den die Gemeinde am 19. Mai 2003 gestützt auf das Gesetz vom

E. 6

Juni 1982 über See- und Flussufer (SFG; BSG 704.1) erlassen hat (Sek- tor 1 «Ferienhäuser»; vgl. act. 12A im Verfahren 100.2020.126, beigezogen mit Verfügung vom 8.10.2021 [act. 7]). Der Wirkungsbereich dieser Son-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 6 dernutzungsplanung ist identisch mit dem (kantonalen) Naturschutzgebiet «St. Petersinsel/Heidenweg» (Art. 2 ÜV). 3. 3.1 Der Beschwerdeführer macht vorab eine Verletzung seines An- spruchs auf rechtliches Gehör geltend, weil die Vorinstanz keinen Augen- schein durchgeführt hat (vgl. etwa Beschwerde Rz. 45, 78, 97). Zudem bringt er vor, die Vorinstanz sei ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen (vgl. Beschwerde Rz. 29, 72 und 74). 3.2 Die Behörde stellt den Sachverhalt nach Art. 18 VRPG von Amtes wegen fest (Abs. 1, Untersuchungsgrundsatz). Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen, ohne an die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein (Abs. 2). Sowohl aufgrund der Untersuchungsmaxime als auch nach dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 21 ff. VRPG, Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kan- tons Bern (KV; BSG 101.1) ist die Behörde verpflichtet, die von den Parteien anbotenen Beweise abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechts- erheblichen Sachverhalt zu erhellen. Gelangt sie aber in freier, pflichtgemäs- ser Beweiswürdigung zur Überzeugung, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und

vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten (statt vieler BGE 144 II 427 E. 3.1.3; BVR 2022 S. 202 E. 6.4; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 27 f.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt zudem, dass die Behörde die Vorbringen der in ihrer Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. auch Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss zumindest so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung oder den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Dies bedingt, dass wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 7 und auf die sich ihr Entscheid stützt (statt vieler BGE 142 I 135 E. 2.1; BVR 2022 S. 51 E. 2.3; Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 28). 3.3 Die Vorinstanz hat erwogen, bei der unangekündigten Begehung der Gemeinde ohne Beisein des Beschwerdeführers (vorne Bst. A) habe es sich nicht um einen amtlichen Augenschein gehandelt, weshalb seine Mitwirkungsrechte nicht verletzt worden seien. Die Gemeinde habe jedoch die Begründungspflicht verletzt, weil sie die Baubewilligungspflicht der ausgeführten Arbeiten und die Wiederherstellungsmassnahmen nicht begründet habe. Zudem habe sie dem Beschwerdeführer die auf informellem Weg eingeholten Stellungnahmen des AGR und LANAT nicht zur Kenntnis gebracht. Damit sei der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Vorinstanz heilte die Gehörsverletzung und trug diesem Umstand bei der Kostenverlegung Rechnung (inkl. Abzug der Kosten für die Begehung; vgl. angefochtener Entscheid E. 2 und 6 f.). Anders als der Beschwerdeführer geltend macht, hat er vor der Vorinstanz keinen Augenschein beantragt. Die Vorinstanz war auch nicht von Amtes wegen zu weiteren Beweismassnahmen verpflichtet. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ergab sich der rechtserhebliche Sachverhalt für die BVD mit hinreichender Klarheit aus den Akten. Namentlich belegte der Beschwerdeführer die vorgenommenen Arbeiten mit eigenen Fotoaufnahmen und weiteren Unterlagen. Umstritten ist hauptsächlich die Rechtsfrage, ob die Arbeiten baubewilligungspflichtig sind und wenn ja, ob sie – ohne nachträgliches Baugesuch – bewilligungsfähig wären. Dabei geht es nicht um Aspekte des rechtlichen Gehörs, sondern der materiellen Beurteilung. Zudem ist der angefochtene Entscheid ausführlich begründet und der Beschwerdeführer konnte ihn sachgerecht anfechten. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des Gehörsanspruchs (Begründungspflicht) kann der BVD somit nicht vorgeworfen werden. 4. 4.1 Das Ferienhaus samt Holzterrasse steht auf Betonstützen und ist damit gegenüber dem gewachsenen Terrain erhöht (ca. 1,1 m; vgl. Beschwerde Rz. 91). Auf der West- und Ostseite des Hauses führen Holztrep-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 8 und auf die Terrasse, welche die Südfassade des Hauses umschliesst. Die beiden Hauseingänge an der Ost- und Südseite sind ausschliesslich über die Terrasse zugänglich (vgl. z.B. Fotos Nrn. 1, 5, 6 und 8 [act. 10B]). Das Haus und die Terrasse stehen auf einem durchgehenden, einheitlichen Unterbau aus Betonstützen, auf denen längstragende Holzbalken ruhen, über denen im rechten Winkel weitere – das gesamte Gebäude stützende – Querbalken angebracht sind (vgl. hinten E. 6.3). Das Verwaltungsgericht erachtet es mit Blick auf die Konstruktionsart, die den Austausch einzelner Teile kaum erlaubt, als erstellt,

dass sich der Unterbau der Terrasse noch im Originalzustand befindet. Die nicht näher begründeten abweichenden Vermutungen trägt die Gemeinde denn auch erstmals in ihren Schlussbemerkungen vor (vgl. act. 14 S. 2 und 4; act. 18). Nach den Berechnungen der Vorinstanz beträgt die Gesamtfläche der Terrasse gut 34 m² (56 Dielen mit einer Breite von 12 cm und Länge von 5,1 m); nach Ansicht des Beschwerdeführers ist die Fläche nach den Teilbereichen West (9,6 m²), Süd (15,3 m²) und Ost (11,1 m²) zu betrachten, was eine Gesamtfläche von 36 m² ergibt, und sind die Dielen auf der Südseite ca. 2 m lang (angefochtener Entscheid E. 3d; Beschwerde Rz. 36; Protokoll der Augenscheins- und Instruktionsverhandlung vom 15.11.2021 [act. 10A; nachfolgend: Protokoll] S. 4, 6 f.; Fotos Nrn. 7-10 [act. 10B]). Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen sämtliche Dielen der Holzterrasse ersetzt. Er ist der Ansicht, die Arbeiten an der Holzterrasse seien als reine Unterhaltsarbeiten nicht bewilligungspflichtig und verzichtete daher darauf, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. 4.2 Nach Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit ihrer Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Folgen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (BGE 139 II 134 E. 5.2; BVR 2020 S. 380 E. 3.1;

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 9 Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 5. Aufl. 2020, Art. 1a N. 10). Grundsätzlich bedarf der Unterhalt von Bauten und Anlagen keiner Baubewilligung (Art. 1b Abs. 1 BauG). Dies gilt jedoch nur, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind (Art. 6 Abs. 1 Bst. c des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]). Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone, die geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sind in jedem Fall baubewilligungspflichtig (vgl. Art. 7 Abs. 1 BewD). Gleiches gilt, wenn das Bauvorhaben den Gewässerraum, den Wald, ein Naturschutz- oder Ortsbildschutzgebiet, ein Naturschutzobjekt, ein Baudenkmal oder dessen Umgebung betrifft und das entsprechende Schutzinteresse betroffen ist (Art. 7 Abs. 2 BewD). 4.3 Nach der Rechtsprechung müssen die Auswirkungen auf die Nutzungsordnung feststehen oder zumindest hinreichend wahrscheinlich sein, damit die Baubewilligungspflicht zu bejahen ist. Dies ist bei Sachverhalten der Fall, bei denen typischerweise oder regelmässig Vorschriften tangiert werden, nicht aber dort, wo solche Beeinträchtigungen mit kleiner Wahrscheinlichkeit oder nur gelegentlich vorkommen können. Dass eine Beeinträchtigung nicht mit Gewissheit bzw. Sicherheit ausgeschlossen werden kann, genügt hingegen nicht, um die Bewilligungspflicht auszulösen. Das Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Frage nach der Bewilligungsfähigkeit nicht mit derjenigen nach der Bewilligungspflicht zu vermischen ist. Die Baubewilligungspflicht hat eine präventive Funktion; sie soll vorsorglich verhindern, dass die massgebenden Vorschriften verletzt werden, und muss daher greifen, bevor feststeht, dass dies der Fall ist (BVR 2020 S. 380 E. 6.2, 2015 S. 541 E. 3.3). Eine Baubewilligungspflicht besteht nach Art. 7 Abs. 2 BewD bereits dann, wenn ein Naturschutz- oder

Ortsbilschutzgebiet sowie das entsprechende Schutzinteresse durch ein Bauvorhaben betroffen sind (E. 4.2 hiervor; vgl. BVR 2015 S. 541 E. 3.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1b N. 7 Bst. b). 4.4 Das Ferienhaus befindet sich in einem mehrfach geschützten Gebiet, insbesondere in einer Moorlandschaft von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (vorne E. 2). Nach Ansicht des Bundesamts für Umwelt (BAFU) erfordern bauliche Erneuerungsmassnahmen in Moorland-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 10 schaffen in der Regel eine Baubewilligung, während für «reine Unterhaltsarbeiten» keine nötig ist. Mit «Unterhalt» sind Arbeiten zur Erhaltung der Substanz und der Funktionsfähigkeit gemeint, wie beispielsweise die regelmässige Pflege oder der Ersatz einzelner baulicher Bestandteile (Arbeitshilfe «Bauten und Anlagen in Moorlandschaften», hrsg. vom BAFU, 2016 [nachfolgend: Arbeitshilfe Moorlandschaften], einsehbar unter: <www.bafu.admin.ch>, Rubriken «Themen/Landschaft/Vollzugshilfen», S. 17 f. Ziff. 2.3.3). Keine im vorliegenden Fall weiterführenden Erkenntnisse ergeben sich aus der Information bzw. Praxishilfe der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK; heute: Direktion für Inneres und Justiz [DIJ]) vom 25. April 2019 betreffend baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG (BSIG Nr. 7/725.1/1.1; S. 7 Ziff. 2c). 4.5 Am streitbetroffenen Haus sind nur noch besitzstandsgeschützte Arbeiten zulässig, die – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – im Grundsatz nicht vom Erfordernis der Baubewilligung entbunden sind (angefochtener Entscheid E. 3f; vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 1c mit Hinweisen). Wie aus den Akten hervorgeht und wovon sich das Verwaltungsgericht am Augenschein überzeugen konnte, stehen erhebliche sich überlagernde Schutzinteressen zur Diskussion (Auengebiet, Moorlandschaft, Wasser- und Zugvogelreservat, hingegen kein Biotop; Protokoll S. 7 ff. mit den Präzisierungen der Fachperson des LANAT [act. 12A]). Für Moorlandschaften von nationaler Bedeutung ergeben sich allgemeine Schutzziele aus der Verordnung vom 1. Mai 1996 über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsverordnung, nachfolgend: MLV; SR 451.35). Eines davon ist, die Landschaft vor Veränderungen zu schützen, welche die Schönheit oder die nationale Bedeutung der Moorlandschaft beeinträchtigen (Art. 4 Abs. 1 Bst. a MLV). Das (kantonale) Naturschutzgebiet «St. Petersinsel und Heidenweg» bezweckt sodann unter anderem die Erhaltung und Förderung des Feuchtgebiets Heidenweg als möglichst ungestörte Landschaft (RRB Nr. 3100 vom 5.7.1989 Ziff. 2a). Untersagt sind im Schutzgebiet sämtliche Veränderungen, Vorkehren und Störungen, die dem Schutzziel zuwiderlaufen, insbesondere das Errichten von Bauten, Werken und Anlagen aller Art (Ziff. 4m). Die hier betroffenen Schutzinteressen haben allgemein zusammengefasst das Ziel, die Landschaft und Tierwelt zu erhalten bzw. zu fördern. Wie die Vorinstanz zutref-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 11 festgehalten hat, besteht aufgrund der besonderen Lage des Ferienhauses ein Interesse an vorgängiger Kontrolle, jedenfalls wenn die Arbeiten wie hier nicht mehr von untergeordneter Bedeutung sind und begründete Zweifel bestehen, ob sie sich noch im Rahmen des reinen Unterhalts bewegen. Der Ersatz sämtlicher Terrassendielen auf einer Fläche von rund 34 bzw. 36 m² ist grundsätzlich geeignet, die Schutzinteressen des Gebiets zu beeinträchtigen (vgl. angefochtener Entscheid E. 3d und 3e). Zudem wurden in der Mehrzahl Dielen ausgewechselt, die noch funktionstüchtig waren (vgl. hinten E. 6.3 f.), weshalb nicht (allenfalls bewilligungsfreier) Unterhalt, sondern eine Erneuerung vorliegt.

4.6 Die Vorinstanz hat die Arbeiten an der Terrasse richtigerweise als baubewilligungspflichtig erachtet. Insoweit nicht entscheidend ist der Umstand, dass es nach den Ausführungen der Fachleute am Augenschein für die Schutzinteressen unerheblich ist, ob die Holzdielen (vorübergehend) eine hellere Farbe haben bzw. ob sie einsehbar sind oder nicht (vgl. Protokoll S. 10 f.; dazu auch Beschwerde Rz. 47 ff.). 5. 5.1 Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer solchen ausgeführt, ist der rechtmässige Zustand wiederherzustellen (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 (Art. 47 Abs. 6 BewD; statt vieler BVR 2020 S. 380 E. 2.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 mit weiteren Hinweisen). Mit der Verfügung ist der betroffenen Person in der Regel Frist zur Einreichung eines Gesuchs um nachträgliche Baubewilligung anzusetzen (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 3), was hier geschehen ist und vor Verwaltungsgericht zu Recht nicht mehr in Frage gestellt wird (vorne Bst. A; zum vorinstanzlichen Verfahren angefochtener Entscheid E. 4a). Versäumt es die Bauherrschaft, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, so ist der Anspruch auf materielle Prüfung der Baurechtskonformität grundsätzlich verwirkt (BVR 1992 S. 386 E. 4c). Allerdings ist selbst in Ermangelung eines nachträglichen Baugesuchs

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 12 suchs (oder wenn auf ein solches wegen Verspätung oder sonstiger Ungültigkeit nicht eingetreten werden kann) wenigstens summarisch zu prüfen, ob die im Streit liegende Baute oder Nutzung materiell rechtswidrig ist, sofern darüber nicht schon rechtskräftig entschieden worden ist. Denn es wäre im Allgemeinen unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der förmlichen Baubewilligung (formelle Rechtswidrigkeit) beseitigen zu lassen (grundlegend BVR 2000 S. 416 E. 3a; seither statt vieler VGE 2020/219 vom 2.11.2021 E. 3.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a mit weiteren Hinweisen). 5.2 Gemäss Art. 78 Abs. 5 BV sind Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung geschützt. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden. Ausgenommen sind einzig Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen (sog. Schutzzieldienlichkeit). Die Verfassung sieht demnach ein absolutes Veränderungsverbot sowohl für Moore als auch für Moorlandschaften vor und lässt Ausnahmen nur zu, wenn sie deren Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen. Dagegen treffen das Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) und das darauf gestützte Verordnungsrecht eine Unterscheidung zwischen Mooren (d.h. Moorbiotopen; Art. 23a NHG) und Moorlandschaften (Art. 23b NHG). Art. 23d NHG ersetzt für Moorlandschaften das Kriterium der Schutzzieldienlichkeit durch die Schutzzielverträglichkeit. In diesem Sinn lässt Art. 23d Abs. 1 NHG die Gestaltung und Nutzung von Moorlandschaften zu, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widersprechen (BGE 138 II 23 E. 3.3). Unter dieser Voraussetzung sind nach Absatz 2 derselben Bestimmung insbesondere zulässig: a. die land- und forstwirtschaftliche Nutzung; b. der Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen; c. Massnahmen zum Schutz von Menschen vor Naturereignissen; d. die für die Anwendung der Buchstaben a-c notwendigen Infrastrukturanlagen. Die Aufzählung der zulässigen Nutzungen ist nicht abschliessend («insbesondere»; zum Ganzen BGE 138 II 281 E. 6.2; BGer 1C_375/2019 vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 13 26.3.2021, in URP 2021 S. 449 E. 3.3; VGE 2012/463 vom 7.7.2014, in URP 2014 S. 668 E. 6.2 f.). Unter dem Vorbehalt der Schutzzielverträglichkeit werden unter anderem der Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen ausdrücklich als zulässig erklärt (Bst. b; Besitzstandsgarantie). Nicht erwähnt wird hingegen der Wiederaufbau von Bauten und Anlagen. 5.3 Art. 5.1 ÜV sieht für Bauten und Anlagen im Sektor 1 «Ferienhäuser» folgende Bestimmungen vor: Art. 5.1 1 [Im] Sektor 1 dürfen keine neuen Bauten und Anlagen jeglicher Art erstellt werden. 2 Bestehende Bauten und Anlagen, die rechtmässig erstellt wurden, dürfen unterhalten, aber nicht ausgebaut und erweitert werden. Im Überbauungsplan befindet sich eine Bestandesaufnahme der bestehenden Bauten und Anlagen. 3 Der Wiederaufbau bestehender oder zerstörter Bauten und Anlagen ist unzulässig. Es gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz NHG (SR 451.0) und die Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (MLV; SR 451.35). 4 [Abwasser] Wie Art. 23d Abs. 2 Bst. b NHG anerkennt die Uferschutzplanung somit den Besitzstand rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen, spricht aber nur den Unterhalt an, nicht hingegen die Erneuerung; ausdrücklich ausgeschlossen werden der Ausbau und die Erweiterung (Abs. 2) sowie der Wiederaufbau (Abs. 3). 5.4 Das Ferienhaus auf der Parzelle Nr. 1 _____ wurde im Jahr 1964 bewilligt und ist im Überbauungsplan als bestehend eingetragen (Baubewilligung, Beschwerdebeilage 5; Art. 5.1 Abs. 2 ÜV). Das Gebäude gehört nicht zur moorlandschaftstypischen Besiedlung und seine Nutzung steht nicht im Einklang mit den Schutzzielen. Es wäre heute nicht bewilligungsfähig. Fraglich und umstritten ist, welche baulichen Arbeiten an der Holzterrasse gestützt auf die Besitzstandsgarantie noch bewilligungsfähig sind. 5.5 Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts bleibt für weitere als die in Art. 23d Abs. 2 NHG (nicht abschliessend) umschriebenen Nutzungen nur

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 14 ein sehr enger Raum (BGE 138 II 281 E. 6.3 mit Hinweisen). Unzulässig sind insbesondere Erweiterungen von bestehenden Bauten und Anlagen sowie Neubauten, es sei denn, diese dienen – direkt oder indirekt – dem Schutz der Moorlandschaft (BGE 138 II 23 E. 3.3). Das Bundesgericht hielt zudem im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle der hier anwendbaren Uferschutzbestimmung fest, dass auch ein Wiederaufbau zerstörter, ursprünglich rechtmässig erstellter Bauten nicht zulässig ist: Nach den bundesgerichtlichen Erwägungen liegt es nahe anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Besitzstandsgarantie in Moorlandschaften auf die eigentliche Substanzerhaltung im Rahmen der normalen Lebensdauer beschränken wollte. Es trifft zwar zu, dass die Lebensdauer der bestehenden Ferienhäuser mit geeigneten Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten verlängert werden kann, weshalb es – trotz des Wiederaufbauverbots – geraume Zeit dauern kann, bis die Ferienhaussiedlung auf der Petersinsel ganz verschwunden ist. Allerdings stehen die in Art. 23d Abs. 2 NHG genannten Nutzungen unter dem Vorbehalt der Schutzzielverträglichkeit und sind vor dem Hintergrund von Art. 78 Abs. 5 BV restriktiv auszulegen. Insofern umfassen «Unterhalt» und «Erneuerung» im Sinn von Art. 23d Abs. 2 Bst. b NHG in den Augen des Bundesgerichts nur Massnahmen zur Erhaltung und Modernisierung der bestehenden Baute im Rahmen der normalen Lebensdauer. Dagegen entsteht durch den Wiederaufbau eine vollständig neue Baute, deren Lebensdauer (anders als beim Vorgängerbau) noch nicht (auch nicht teilweise) abgelaufen ist. Insofern wird beim Wiederaufbau nicht der vorherige Zustand wiederhergestellt, sondern die

Schutzzielbeeinträchtigung wird in zeitlicher Hinsicht massgeblich verlängert. Hinzu kommt, dass durch den Einsatz neuer Technologien und Baumaterialien erfahrungsgemäss beständigere Bauten geschaffen werden. Zudem geht der Wiederaufbau mit Bodenveränderungen und Störungen (durch Baumaschinen usw.) einher, die in der Moorlandschaft unzulässig sind (BGer 1C_515/2012 und 1C_517/2012 vom 17.9.2013, in URP 2013 S. 707 E. 5.6 und 6.1). 5.6 Mit Blick auf die rechtlichen Grundlagen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist die Besitzstandsgarantie nach Art. 23d Abs. 2 Bst. b NHG somit eng zu verstehen. In einem parallelen Verfahren, das Reparaturarbeiten an einem beschädigten Bootshaus auf der St. Petersinsel betrifft, hat sich das Verwaltungsgericht eingehend mit der Tragweite dieser Garan-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 15 tie befasst. Es hat zunächst festgehalten, dass der kommunalen Regelung von Art. 5.1 Abs. 2 UV für die Umschreibung des Besitzstands neben dem NHG keine eigenständige Bedeutung zukommt. Weiter hat es darauf hingewiesen, dass die Besitzstandsgarantie nach Art. 23d Abs. 2 Bst. b NHG «unter der Voraussetzung» von Abs. 1 gewährleistet ist. Mit dem Erfordernis der Schutzzielverträglichkeit nicht vereinbar wären wertvermehrende bauliche Massnahmen, die dazu führen, dass eine neuwertige Baute entsteht, die für sich eine neue Lebensdauer hat. Die Ferienhäuser auf der St. Petersinsel sind mit dem Schutz der Moorlandschaft nicht vereinbar (vorne E. 5.4). Rechtmässig erstellte Bauten sind zwar zu dulden, aber nur im Rahmen ihrer Lebensdauer. Die Beschränkung auf substanz- bzw. bestandeserhaltende Massnahmen ist auch vor dem Hintergrund der Schutzziele zu sehen, um längerfristig eine möglichst ungestörte Landschaft zu erreichen. In diesem Sinn ist das von Rechtsprechung und Lehre herangezogene Kriterium der Lebensdauer zu verstehen. Anders als die Fachbehörden offenbar meinen (vgl. insb. Stellungnahme der ANF vom 10.12.2021 [act. 12]), bedeutet das aber nicht, dass jegliche Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten unzulässig sind, auch wenn sie begriffsnotwendig zur Verlängerung der Lebensdauer einer Baute beitragen (vgl. E. 5.5 hiervor). Der Anspruch auf Fortbestand der rechtmässig erstellten Baute zum Schutz der getätigten Investitionen bildet den Kern der Besitzstandsgarantie, die auch in Moorlandschaften gewährleistet ist. Das Verwaltungsgericht hat schliesslich den besitzstandsgeschützten Rahmen des «Unterhalts» und der «Erneuerung» im Sinn von Art. 23d Abs. 2 Bst. b NHG zusammenfassend wie folgt umschrieben: Wesentliche Kriterien bilden der Umfang der Arbeiten und deren Tragweite gemessen an der Lebensdauer der Baute. Auch qualitative Aspekte spielen mit Blick auf die Schutzziele eine Rolle (z.B. Baumaterial, Erscheinungsbild). Erlaubt sind werterhaltende Massnahmen, die dem Schutz der Baute vor Verfall dienen bzw. verhindern, dass sie vor Ablauf der Lebensdauer in ihrer Substanz unbenutzbar wird. Unter dieser Voraussetzung kommen namentlich Instandstellungsarbeiten und Renovationen in Betracht. Nicht mehr erfasst sind hingegen Arbeiten, die wertvermehrenden Charakter haben und dazu führen, dass eine abgebrochene oder zerstörte Baute wiederaufgebaut wird oder Veränderungen vorgenommen werden, die einem Neubau gleichzusetzen sind. Dabei ist eine gesamthafte Würdigung im Einzelfall vorzunehmen. Selbständige Teile der fraglichen Baute oder Anlage (z.B. Neben- und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 16 Anbauten) sind separat und nicht zusammen mit dem Hauptbau zu beurteilen (zum Ganzen VGE 2020/126 vom 21.9.2022 [zur Publ. bestimmt; noch nicht rechtskräftig] E. 4 mit zahlreichen Hinweisen).

E. 6.1

Zu klären ist damit, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Ersatz sämtlicher Holzdielen der Terrasse den Rahmen der bau- bewilligungsfähigen werterhaltenden Erneuerung überschreitet. Da der Be- schwerdeführer kein nachträgliches Baugesuch für die ausgeführten Arbei- ten eingereicht hat, darf sich das Verwaltungsgericht wie die Vorinstanz auf eine summarische Prüfung der Bewilligungsfähigkeit beschränken (vorne E. 5.1; angefochtener Entscheid E. 4a).

E. 6.2

Nach Angaben des Beschwerdeführers gaben Verletzungen des En- kelkinds Anlass, die Dielen zu ersetzen. Mehrere Dielen seien witterungsbe- dingt schadhaft geworden. Sie seien ausgewaschen und aufgeraut gewe- sen; die Holzoberfläche habe begonnen abzuspalttern und es hätten sich «Sprysen» gebildet. Zudem drohten die Dielen durchzubrechen. Der voll- ständige Ersatz der Dielen sei unumgänglich gewesen, weil Niveauunter- schiede zwischen bestehenden und neuen Dielen Stolper- und Verletzungs- gefahren mit sich gebracht hätten. Ausserdem sei es auch eine Kosten- und Aufwandfrage gewesen. Bei der Materialwahl habe der Beschwerdeführer darauf geachtet, die gleiche Holzart (naturfreundlich behandeltes nordisches Kiefernholz) in der gleichen Grösse zu verwenden (vgl. Beschwerde Rz. 21 ff.; Schreiben des Beschwerdeführers an die Gemeinde vom 14.10.2020, Akten Gemeinde pag. 11 mit Rechnung pag. 36; für den vorma- ligen Zustand und die Bauarbeiten Fotos in Beschwerdebeilagen Nrn. 6, 9- 12). Ob zwischen dem Jahr 1965 und 2007/2008 Arbeiten an der Terrasse vorgenommen worden seien, wisse er nicht. Er habe das Ferienhaus 2007/2008 von seinen Brüdern übernommen und auf der ganzen Fläche der Terrasse «Sanierungsarbeiten» vorgenommen; den Boden «gekärchert», d.h. mit Hochwasserdruck gereinigt und mit einer farblosen Schutzfarbe im- prägniert. Die Verwitterung sei aber trotzdem vorangeschritten (zum Ganzen Protokoll S. 3 ff.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 17

E. 6.3

Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen sämtliche Holzdie- len der Terrasse ersetzt. Diese grossflächigen Arbeiten sind nicht mehr von untergeordneter Bedeutung und stellen eine Erneuerung und nicht mehr blossen Unterhalt im Sinn von Art. 23d Abs. 2 Bst. b NHG dar (vgl. zur be- grifflichen Abgrenzung auch VGE 2020/126 vom 21.9.2022 [zur Publ. be- stimmt; noch nicht rechtskräftig] E. 4.7 mit Hinweis auf die Arbeitshilfe Moor- landschaften). Der Beschwerdeführer verwendete aber das gleiche Holz wie bisher und griff nicht in die Grundstruktur und Substanz der Terrasse und des Ferienhauses insgesamt ein. Umfang, Erscheinungsbild (abgesehen vom altersbedingten Farbunterschied) und Zweck des Ferienhauses ein- schliesslich der Terrasse bleiben gleich; eine Erweiterung oder Zweckkände- rung steht unstrittig nicht zur Diskussion. Die Arbeiten zielten vielmehr da- rauf ab, die noch vorhandene Gebrauchstauglichkeit der Liegenschaft zu be- wahren. Sie führten nicht dazu, dass das Ferienhaus in einen mit dem ur- sprünglichen Neubau vergleichbaren Zustand versetzt wurde. Die Terrasse kann insoweit nicht als selbständiger (unabhängiger) Teil des Ferienhauses betrachtet werden; sie bildet funktional und konstruktiv eine Einheit mit die- sem, wobei der Zugang zum Innern des Hauses überhaupt nur über die Ter- rasse möglich ist (vgl. vorne E. 4.1). Das verdeutlichen nicht zuletzt auch die erst vor Verwaltungsgericht geäusserten Bedenken hinsichtlich der Statik bei einem

Abbruch der Terrasse (vgl. Beschwerde Rz. 88 und 91 und Fachperson AGR, Protokoll S. 13 f.). Der Dielenersatz bewirkte keine durchgreifende, im Ergebnis einem Abbruch und Wiederaufbau nahekommende Veränderung der Terrasse und erst recht nicht des Gebäudes in seiner Gesamtheit betrachtet. Im Verhältnis zum gesamten Ferienhaus gesehen handelt es sich dabei vielmehr um Erneuerungsarbeiten ohne Auswirkungen auf die Lebensdauer des Ferienhauses insgesamt. Ergriffen wurden mit Blick auf den tatsächlichen Umfang und die Tragweite bauliche Massnahmen, die verhindern, dass das Gebäude vor Ablauf der Lebensdauer in seiner Substanz unbenutzbar wird. Die Vorinstanz ist folglich zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Ersatz sämtlicher Terrassendielen über die eigentliche Substanzerhaltung hinausgeht und die Lebensdauer der Baute unzulässigerweise verlängert, zumal die Schutzinteressen mit den ausgeführten Arbeiten nicht neu oder stärker tangiert werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 18

E. 6.4

Der Ersatz der Holzdielen bewegt sich somit im Rahmen einer zulässigen (werterhaltenden) Erneuerung im Sinn von Art. 23d Abs. 2 Bst. b NHG. Auch bei einem restriktiven Verständnis der Besitzstandsgarantie kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von Arbeiten gesprochen werden, die über eine Substanzerhaltung hinausgehen (vgl. angefochtener Entscheid E. 4f und 4g). Der vollständige Ersatz der Holzdielen erweist sich nach summarischer Prüfung als bewilligungsfähig. Bei dieser Beurteilung ist die angeordnete Wiederherstellung der gesamten Terrasse einschliesslich Stützkonstruktion unverhältnismässig; es ist deshalb darauf zu verzichten. Der angefochtene Entscheid hält folglich der Rechtskontrolle nicht stand und ist aufzuheben. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die weiteren Voraussetzungen für die Wiederherstellung erfüllt wären (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, weitere Aspekte der Verhältnismässigkeit). Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.2 f.).

E. 7.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsmittel durch. Das Nichteintreten auf die Feststellungsanträge rechtfertigt keine Kostenausscheidung (vorne E. 1.2 f.). Damit sind für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben, zumal der nicht in ihren Vermögensinteressen betroffenen Gemeinde keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Hingegen hat die Gemeinde dem Beschwerdeführer die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

E. 7.2

Gemäss Art. 41 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). – Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 9'899.95

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21.09.2022, Nr. 100.2021.206U, Seite 19 zuzüglich Auslagen und MWSt geltend (act. 20A). Dies erscheint nach den genannten Kriterien als überhöht. Der Schwierigkeitsgrad der Streitigkeit ist als leicht überdurchschnittlich und ihre Bedeutung als unterdurchschnittlich zu bewerten. Der gebotene Zeitaufwand ist als durchschnittlich zu bezeichnen: Es galt keine umfangreichen Akten zu sichten und der Augenschein dauerte nur gut 1,5 Stunden. Der zeitliche Aufwand war zudem geringer, weil der Beschwerdeführer bereits vor der BVD durch seinen Anwalt vertreten war. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht deshalb ein Parteikostenersatz von Fr. 7'000.-- zuzüglich Auslagen und MWSt als angemessen.

E. 7.3

Die im vorinstanzlichen Verfahren angefallenen Kosten sind nach denselben Grundsätzen neu zu verlegen. Es sind ebenfalls keine Verfahrenskosten zu erheben, aber die Gemeinde zum Ersatz der Parteikosten des Beschwerdeführers zu verpflichten. Die Kostennote im vorinstanzlichen Verfahren gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.