

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 23 vom 17. Dezember 2020**

BE Verwaltungsgericht, 2020-12-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2020\\_23](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_23)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 23 du 17 décembre 2020

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 23 del 17 dicembre 2020

## **Regeste**

Baubewilligung für Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 10. Dezember 2019; RA Nr. 110/2019/112) | Baubewilligung/Baupolizei

## **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 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. 40 Abs. 5 i.V.m. 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 einzutreten.

### **E. 1.2**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

### **E. 2**

Zunächst rügt der Beschwerdeführer in verschiedener Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

#### **E. 2.1**

So macht der Beschwerdeführer geltend, es fehle sowohl in der Verfügung der Gemeinde wie auch im Entscheid der BVE die «substanzielle Begründung zur Ablehnung [einer Bewilligung gemäss] Art. 41c Abs. 1 Bst. abis GSchV.» Die BVE spreche diesbezüglich zu Unrecht von einer geringfügigen Verletzung des rechtlichen Gehörs; eine Heilung sei (sinngemäss) nicht möglich. Zumindest müsse der Gehörsverletzung aber bei der Verlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens Rechnung getragen werden (Beschwerde S. 1).

#### **E. 2.2**

Wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 21 ff. VRPG) ist die Pflicht der Behörden, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen (vgl. auch

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 4 Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Behörde sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss zumindest so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung oder den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 142 I 135 E. 2.1, 140 II 262 E. 6.2; BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 6 f.). Nicht besonders schwerwiegende Gehörsverletzungen können sodann unter bestimmten Bedingungen geheilt werden. Vorausgesetzt wird, dass der Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition wie der Vorinstanz zusteht und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst, d.h. sie ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen konnte (BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5 mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Die BVE hat im angefochtenen Entscheid eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Gemeinde festgestellt, indem diese in ihrer Verfügung nicht geprüft hatte, ob das Bauvorhaben des Beschwerdeführers vom Ausnahmetatbestand von Art. 41c Abs. 1 Bst. abis der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201) profitieren kann. Sie erachtete diese Gehörsverletzung jedoch als «geringfügig» und der Heilung zugänglich (angefochtener Entscheid E. 2d). – Dem Beschwerdeführer war es tatsächlich möglich, sowohl die Verfügung der Gemeinde als auch den vorinstanzlichen Entscheid sachgerecht anzufechten und sich insbesondere zum genannten Ausnahmetatbestand zu äussern (vgl. Akten BVE act. 4A pag. 8 f.). Die Vorinstanz, welcher volle Kognition zukommt (Art. 66 VRPG), hat dessen Voraussetzungen materiell geprüft und begründet, warum sie hier nicht erfüllt sind (angefochtener Entscheid E. 4g). Weder hat die Vorinstanz die Gehörsverletzung durch die Gemeinde zu Unrecht geheilt, noch hat sie ihre Begründungspflicht verletzt. Dem Fehler hätte aber im Kostenpunkt Rechnung getragen werden müssen (hinten E. 6).

### **E. 2.4**

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe im Rahmen ihrer Ausführungen betreffend Wasserbaupolizei und Gefahren-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 5 karte die Begründungspflicht verletzt. So sei sie auf viele seiner Vorbringen nicht eingegangen; Begründungen fehlten zum Teil oder basierten auf unvollständigen Sachverhalten (Beschwerde S. 5 f.). – Wie gesehen muss sich die Behörde nicht mit allen Argumenten der Parteien einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen. Sie darf sich auf die aus ihrer Sicht wesentlichen Punkte beschränken (vorne E. 2.2). Die Vorinstanz hat ausführlich dargelegt, warum dem Beschwerdeführer keine Wasserbaupolizeibewilligung erteilt werden kann (angefochtener Entscheid E. 5). Auch begründet sie ihre von der Auffassung des Beschwerdeführers abweichende Zuordnung der streitbetroffenen Parzelle zu einem bestimmten Gefahrengebiet (angefochtener Entscheid E. 6). Eine Verletzung der Begründungspflicht ist nicht ersichtlich. Ob die vorinstanzlichen Erwägungen richtig sind, ist nicht eine Frage des

rechtlichen Gehörs, sondern der materiellen Beurteilung (BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2; VGE 2019/375 vom 17.6.2020 [noch nicht rechtskräftig] E. 2.1). Allerdings kommt den Aspekten Wasserbaupolizei und Gefahrenkarte beim vorliegenden Verfahrensausgang von vornherein keine entscheidende Bedeutung zu (hinten E. 4.8).

### **E. 3.1**

Die Kantone haben den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer festzulegen, der für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, den Schutz vor Hochwasser und die Gewässernutzung erforderlich ist (Gewässerraum; Art. 36a Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20] i.V.m. Art. 41a und 41b GSchV). Im Kanton Bern sind dafür die Gemeinden zuständig (Art. 5b des Gesetzes vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau [Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11]). Solange der Gewässerraum nach diesen Vorgaben noch nicht festgelegt ist, gelten die einschränkenden Vorschriften für Anlagen im Gewässerraum nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV wie folgt: Entlang von Fließgewässern mit einer Gerinnesohle von bis zu 12 m Breite sind sie auf einem beidseitigen Streifen von je 8 m Breite plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle massgebend (Abs. 2 Bst. a der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom

### **E. 3.2**

Das Baureglement der EG Blumenstein vom 30. Oktober 2000 (nachfolgend: GBR) enthält in seinem Art. 19 zwar Vorschriften zum «Bauabstand von Gewässern». Die Gemeinde hat den Gewässerraum des Riedbachs aber bisher nicht nach Art. 41a GSchV ausgeschieden. Massgebend ist damit Abs. 2 Bst. a ÜB GSchV (E. 3.1 hiervor). Mit Blick auf die Breite seiner Gerinnesohle von 1,4 m ergibt sich beidseitig des Riedbachs ein übergangsrechtlicher Gewässerraum von 9,4 m, gemessen ab dem Rand der Gerinnesohle (vgl. Objektinformationen zum Gewässerabschnitt 596090000-5, einsehbar unter <<https://www.geo.apps.be.ch/de/karten/kartenangebot.html>>, Karte «Ökomorphologie der Oberflächengewässer» [besucht am 4.11.2020]; Arbeitshilfe Gewässerraum des Amtes für Gemeinden und Raumordnung [AGR] und des Tiefbauamts [TBA] vom 15.7.2017 S. 22; Beispiele bei Hans W. Stutz, a.a.O., S. 105 f.). Das Bauvorhaben des Beschwerdeführers käme teilweise darin zu liegen (vgl. Akten BVE act. 4A pag. 76).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 7

### **E. 4**

Mai 2011 der GSchV [nachfolgend: ÜB GSchV]; sog. Uferstreifen,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 6 Christoph Fritzsche, in Hettich/Jansen/Norer [Hrsg.], Kommentar zum GSchG/WBG, 2016, Art. 36a N. 70). Für Fließgewässer mit einer bestehenden Gerinnesohle von mehr als 12 m Breite beträgt der Uferstreifen beidseitig je 20 m (Abs. 2 Bst. b ÜB GSchV). Die Bestimmungen der GSchV zum Uferstreifen sind seit ihrem Inkrafttreten am 1. Juni 2011 direkt anwendbar; sie bedürfen keiner gesetzgeberischen Umsetzung durch die Kantone. Kantonale Gewässerabstände, die weniger weit gehen als das Bundesrecht, sind daher unbeachtlich (Art. 49 Abs. 1 BV; BGer 1C\_444/2015 vom 14.3.2016 E. 3.5, 1C\_821/825/2013 vom 30.3.2015, in URP 2015 S. 301 E. 6.5.2; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 72 mit weiteren Hinweisen; Hans W. Stutz, Uferstreifen und Gewässerraum –

Umsetzung durch die Kantone, in URP 2012 S. 90 ff., 107). Die übergangsrechtlichen Uferstreifen sollen gewährleisten, dass nach dem Inkrafttreten des revidierten Gewässerschutzrechts bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums durch die Kantone (bzw. die Gemeinden) keine unerwünschten neuen Anlagen errichtet werden. Ihnen kommt insoweit die Funktion einer Planungszone zu (BGE 140 II 437 E. 6.2, 140 II 428 E. 2.3, 139 II 470 E. 4.2; zum Ganzen auch VGE 2016/234 vom 25.11.2016 E. 2.1).

#### **E. 4.1**

Im Gewässerraum dürfen nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen erstellt werden. Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde ausserdem zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten sowie ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen bewilligen (Art. 41c Abs. 1 Bst. a und abis GSchV). Dass das Bauvorhaben des Beschwerdeführers zwar zonenkonform (vgl. Art. 42 Abs. 5 GBR; Bauzonenplan vom 30.10.2001, in Akten Gemeinde act. 4B1), im Gewässerraum jedoch keine standortgebundene Baute wäre, ist zu Recht nicht bestritten. Der Beschwerdeführer hält aber dafür, er könne sich auf die Ausnahmebestimmungen von Art. 41c Abs. 1 Bst. a bzw. abis GSchV berufen, was nachfolgend zu prüfen ist.

#### **E. 4.2**

Der Begriff «dicht überbautes Gebiet» ist ein Begriff der GSchV und damit des Bundesrechts, der schweizweit einheitlich auszulegen ist (BGE 140 II 437 E. 5, 140 II 428 E. 7). Er wird nicht nur in Art. 41c Abs. 1 GSchV verwendet, sondern auch in Art. 41a Abs. 4 und Art. 41b Abs. 3 GSchV im Zusammenhang mit der planerischen Festlegung des Gewässerraums. Da eine sachgerechte Planung einen genügend gross gewählten Perimeter voraussetzt, umfasst dieser, zumindest in kleineren Gemeinden, in der Regel das gesamte Gemeindegebiet. Der Fokus liegt dabei auf dem Land entlang des Gewässers und nicht auf dem Siedlungs- oder Baugebiet als Ganzem (BGE 143 II 77 E. 2.7, 140 II 437 E. 5.1, 140 II 428 E. 7; BGer 1C\_106/2018 vom 2.4.2019, in URP 2019 S. 745 E. 5.7; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 89). Das Hauptaugenmerk ist somit nicht auf das Baugrundstück und die unmittelbar angrenzenden Parzellen zu richten, sondern es muss mit Blick auf die bestehende Baustruktur des Gemeindegebiets eine Gesamtbetrachtung angestellt werden (BGE 140 II 437 E. 5.1). Der Ordnungsgeber wollte eine Anpassung des Gewässerraums bzw. Ausnahmegewilligungen im Einzelfall vorab in dicht überbauten städtischen Quartieren und Dorfzentren zulassen, die (wie Basel und Zürich) von Flüssen durchquert werden. In solchen Gebieten sollen die raumplanerisch erwünschte städtebauliche Verdichtung und die Siedlungsentwicklung nach innen ermöglicht sowie Baulücken geschlossen werden können. Dagegen be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 8 steht in peripheren Gebieten, die an ein Fliessgewässer angrenzen, regelmässig kein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums. Hier muss der minimale Raumbedarf des Gewässers gemäss Art. 41a Abs. 2 und Art. 41b Abs. 1 GSchV respektiert und von nicht standortgebundenen Anlagen freigehalten werden. Der Ordnungsgeber hat mit dem Begriff «dicht überbaut» zum Ausdruck gebracht, dass eine «weitgehende» Überbauung (wie in Art. 36 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700]) nicht genügt (BGE 143 II 77 E. 2.7, 140 II 428 E. 7; BGer 1C\_106/2018 vom 2.4.2019, in URP 2019 S. 745 E. 5.7).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 36a GSchG als indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «Lebendiges Gewässer» konzipiert wurde. Der Rückzug der Initiative erfolgte nach Annahme des Gesetzes, aber vor Erlass der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen. Vor diesem Hintergrund ist der Begriff des «dicht überbauten Gebiets», der Ausnahmen vom Grundsatz des Schutzes und der extensiven Nutzung des Gewässerraums gemäss Art. 36a GSchG erlaubt, restriktiv auszulegen (BGE 140 II 428 E. 7; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 87). Nicht entscheidend ist, ob das Gewässer verbaut ist und die Aufwertungsmöglichkeiten beschränkt sind, da mit dem Gewässerraum der Raumbedarf langfristig sichergestellt werden soll. Diese Aspekte sind bei der Interessenabwägung einzubeziehen, nicht hingegen bei der Frage, ob es sich tatsächlich um dicht überbautes Gebiet handelt (BGE 140 II 437 E. 5.4, 140 II 428 E. 8.1; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 88). Nach dem (bis zum 1.5.2017 gültigen) Merkblatt «Gewässerraum im Siedlungsgebiet» des Bundesamts für Raumentwicklung (ARE), des Bundesamts für Umwelt (BAFU) und der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) vom 18. Januar 2013 zur Anwendung des Begriffs «dicht überbaute Gebiete» der Gewässerschutzverordnung (nachfolgend: Merkblatt) können Zentrums- oder Kernzonen, d.h. Ortsteile mit zentrumsbildender Funktion zur Wohn-, Arbeits-, öffentlicher oder Konsum-Nutzung, auf dicht überbautes Gebiet hinweisen. Auch traditionell gewachsene Dorfzentren in ländlichen Gebieten können dazu gehören. Das Gleiche gilt für Entwicklungsschwerpunkte, deren Nutzungsdichte diejenige ihres Umfelds typischerweise deutlich übersteigt. Hingegen weisen bedeutende Grünräume oder Gewässerabschnitte von (aktuell oder künftig) besonderer ökologischer oder landschaftlicher Bedeutung auf nicht dicht überbautes Gebiet hin (Merkblatt S. 4 f.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 9 Das Merkblatt ist im Juni 2019 durch die «Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz» ersetzt worden, gemeinsam herausgegeben von den zuständigen Stellen von Bund und Kantonen (nachfolgend: Arbeitshilfe Gewässerraum). Gemäss der Arbeitshilfe ist ein fehlendes raumplanerisches Interesse an einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums im Sinn der Verdichtung nach innen ein Indiz dafür, dass es sich nicht um ein dicht überbautes Gebiet handelt. Von einem raumplanerischen Interesse an einer Verdichtung im Gewässerraum kann auch ausserhalb von Städten und grossen Agglomerationen ausgegangen werden, wenn dieser sich in einer Zentrums-, einer Kernzone oder in einem Entwicklungsschwerpunkt befindet (Arbeitshilfe Gewässerraum, Modul 1 S. 6, Modul 3.2 S. 3).

### **E. 4.3**

Im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens hat das AGR als zuständige Fachbehörde (vgl. Art. 5b Abs. 3 WBG i.V.m. Art. 12 Bst. d der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Direktion für Inneres und Justiz [Organisationsverordnung DIJ, OrV DIJ; BSG 152.221.131]) mit Stellungnahme vom 13. August 2019 ausgeführt, es habe einen Betrachtungsperimeter von 5'000 m<sup>2</sup> gewählt und diesen – zentriert auf die streitbetreffene Parzelle – «über das Gebiet» gelegt. Dabei rage nur das Gebäude auf der westlichen Nachbarparzelle geringfügig in den Gewässerraum. Ansonsten sei der Gewässerraum in diesem Perimeter vollständig frei von Bauten. Damit müsse man zum Schluss gelangen, dass das fragliche Gebiet nicht dicht überbaut sei. Auch mit einem deutlich grösseren Betrachtungsperimeter seien im Gewässerraum nicht mehr als 50 % befestigte Strukturen zu finden; das Gebiet sei nicht dicht überbaut. Im Übrigen

befinde sich die streitbetroffene Parzelle nicht im Dorfzentrum, sondern sei relativ peripher gelegen (Akten BVE act. 4A pag. 43 ff.). Die Vorinstanz hat die Beurteilung des AGR als nachvollziehbar und überzeugend erachtet und ist ebenso zum Schluss gekommen, die Bauparzelle befinde sich nicht in dicht überbautem Gebiet (angefochtener Entscheid E. 4e). – Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, die streitbetroffene Parzelle liege in der Ortsbildzone. Bereits dies lasse darauf schliessen, dass es sich nicht um eine peripher gelegene Parzelle handle; sie gehöre vielmehr zum Orts- bzw. Dorfkern (Beschwerde S. 3 f.). Sodann beruft er sich auf das Merkblatt und die darin enthaltenen Kriterien, die auf dicht überbautes Gebiet hinweisen kön-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 10 nen (E. 4.2 hiervor). Sinngemäss gehöre seine Parzelle zum traditionell gewachsenen Dorfzentrum von Blumenstein. Es werde eine Verdichtung nach innen angestrebt, die Parzelle sei voll erschlossen und würde durch das Bauvorhaben dichter überbaut als andere in der Umgebung (Beschwerde S. 8).

#### **E. 4.4**

Die Gemeinde mit einer Fläche von rund 15,5 km<sup>2</sup> zählte Ende 2019 1'249 Einwohnerinnen und Einwohner (vgl. <[https://www.blumenstein.ch/gemeinde/zahlen\\_fakten](https://www.blumenstein.ch/gemeinde/zahlen_fakten)> [besucht am 4.11.2020]). Das Siedlungsgebiet konzentriert sich im Wesentlichen auf das Dorf Blumenstein; daneben bestehen zahlreiche Weiler, Häusergruppen und Einzelgehöfte (vgl. Bauzonnenplan vom 30.10.2001, in Akten Gemeinde act. 4B1; <[https://de.wikipedia.org/wiki/Blumenstein\\_BE](https://de.wikipedia.org/wiki/Blumenstein_BE)> [besucht am 4.11.2020]). Im Übrigen ist das Gemeindegebiet bergig, bewaldet und dünn besiedelt. Als Betrachtungsparameter ist das Land entlang des Riedbachs auf dessen Teilstück durch das Dorf Blumenstein zu wählen. Darin herrscht eine lockere Bebauung mit viel Grünflächen vor. Soweit vorhanden sind die Zentrumsfunktionen (Gemeindeverwaltung, Metzgerei, Coiffeursaloon, Post, Blumengeschäft) rund um den Kreisel Badstrasse/Thunstrasse/Stockentalstrasse gebündelt. Die streitbetroffene Parzelle befindet sich rund ... m von diesem Dorfkern entfernt, am südwestlichen Rand des Siedlungsgebiets. Sie liegt weder in einer Zentrums- oder Kernzone noch in einem Entwicklungsschwerpunkt. Ein raumplanerisches Interesse an einer Verdichtung im Gewässerraum ist hier nicht ausgewiesen. Vielmehr besteht die Möglichkeit, gewässerschutzrechtlichen Anliegen Rechnung zu tragen und sicherzustellen, dass der Gewässerraum seine natürliche Funktion auf lange Sicht erfüllen kann. Aus der Einteilung der streitbetroffenen Parzelle in die Ortsbildzone (Akten BVE act. 4A pag. 22; Bauzonnenplan vom 30.10.2001, in Akten Gemeinde act. 4B1) kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten: Die Ortsbildzone bezweckt die strukturelle Erhaltung der ortsbildprägenden Merkmale (Art. 42 Abs. 1 GBR). Eine Aussage zur Lage einer darin eingeteilten Parzelle lässt sich nicht machen, zumal die Ortsbildzone mit Blick auf den Zonenplan grossflächig über das Siedlungsgebiet verteilt liegt und sie zahlreiche offensichtlich weit vom ermittelten Dorfkern entfernte Parzellen am Siedlungsrand einschliesst. Die streitbetroffene Parzelle liegt nach dem Gesagten nicht in dicht überbautem Gebiet. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob das Vorgehen des AGR gestützt auf seine Arbeitshilfe «dicht überbaut» vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 11 30. Oktober 2017 (vgl. insb. deren S. 7 und 9) mit den in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Bestimmung dicht überbauter Gebiete vereinbar ist.

#### **E. 4.5**

Zu prüfen ist weiter, ob hier ein Bauvorhaben auf einer einzelnen un- überbauten Parzelle innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen im Sinn von Art. 41c Abs. 1 Bst. abis GSchV im Streit liegt. Hintergrund dieser Bestimmung ist, dass auch ausserhalb von dicht überbautem Gebiet Situationen auftreten können, bei denen die Freihaltung des Gewässerraums auf einzelnen unbebauten Parzellen entlang des Gewässers auch auf lange Sicht keinen grossen Nutzen für die Funktionen des Gewässers bringt. Dies weil die Raumverhältnisse für das Gewässer ohnehin aufgrund bestehender Anlagen mit Bestandesschutz langfristig beengt bleiben werden. Art. 41c Abs. 1 Bst. abis GSchV soll das Schliessen solcher Lücken ermöglichen (Erläuternder Bericht des BAFU vom 22.3.2017 zur Änderung der Gewässerschutzverordnung S. 5; Arbeitshilfe Gewässerraum, Modul 3.2 S. 4; Cordelia Christiane Bähr, Neun Jahre Gewässerraum – ein Rechtsprechungsbericht, in URP 2020 S. 25 ff., 36 f.). Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist die Ausnahmebestimmung zumindest nicht anwendbar in Konstellationen, in denen die Freihaltung des Gewässerraums ökologisch Sinn macht, weil das betreffende Gewässer ein erhebliches Aufwertungspotential aufweist (BGer 1C\_217/2018 vom 11.4.2019, in URP 2019 S. 757 E. 3.6).

#### **E. 4.6**

Sowohl gestützt auf den vom AGR gewählten Betrachtungsperimeter (Akten BVE act. 4A pag. 46) als auch unter Erweiterung des Betrachtungsperimeters gegen Westen befänden sich laut Vorinstanz aktuell keine befestigten, besitzstandsgeschützten Strukturen im übergangsrechtlichen Gewässerraum des Riedbachs. Es bestehe damit keine Lücke, deren Freihaltung für das Gewässer aus ökologischer Sicht kaum Sinn machen würde. Die Bebauung der Parzelle hätte im Gegenteil präjudizielle Wirkung für den freizuhaltenden Gewässerraum. Das Bauvorhaben könne nicht vom Ausnahmetatbestand profitieren (angefochtener Entscheid E. 4g). – Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, bei seiner Parzelle handle es sich um eine Baulücke im Sinn des Art. 41c Abs. 1 Bst. abis GSchV. Umliegend befänden sich bereits etliche Bauten im Gewässerraum; alle angrenzenden Parzellen und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 12 diejenigen auf der gegenüberliegenden Bachseite seien überbaut. Eine natürliche Funktion werde das Gewässer an dieser Stelle nie mehr einnehmen können. Sodann sei ein grösserer Betrachtungsperimeter zu wählen und das ganze Gemeindegebiet einzubeziehen (Beschwerde S. 1 ff.).

#### **E. 4.7**

Die vorinstanzlichen Ausführungen überzeugen: In der unmittelbaren Umgebung der streitbetroffenen Parzelle befinden sich keine befestigten, besitzstandsgeschützten Strukturen im übergangsrechtlichen Gewässerraum. Die Raumverhältnisse stellen sich hier nicht so beengt dar, dass die Freihaltung des Gewässerraums auf der streitbetroffenen Parzelle von vornherein keinen Nutzen für die Funktionen des Gewässers bringt bzw. ökologisch keinen Sinn macht – dies auch ohne konkretes Projekt zur Aufwertung des Riedbachs (vgl. auch vorne E. 4.4). Das Argument des Beschwerdeführers, eine natürliche Funktion werde das Gewässer an dieser Stelle nie mehr einnehmen können, greift zu kurz. Im Übrigen sind Ausnahmen vom Grundsatz des Schutzes des Gewässerraums restriktiv auszulegen (vorne E. 4.2). Der Schluss der Vorinstanz, dem Bauvorhaben auch die

Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Bst. abis GSchV zu verweigern, ist nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.8**

Der Beschwerdeführer kann sich nach dem Gesagten nicht auf die Ausnahmebestimmungen von Art. 41c Abs. 1 Bst. a bzw. abis GSchV berufen. Sein Bauvorhaben im übergangsrechtlichen Gewässerraum des Riedbachs widerspricht der Gewässerschutzgesetzgebung des Bundes und erweist sich bereits deshalb als nicht baubewilligungsfähig. Soweit der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen einen Augenschein beantragen sollte (vgl. Beschwerde S. 3, 5, 8), verspricht ein solcher keine neuen Erkenntnisse, weshalb der entsprechende Beweisanspruch abzuweisen wäre. Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz keinen Augenschein durchgeführt hat. Weiterungen zur kantonrechtlichen Wasserbaupolizeibewilligung oder zur Zuordnung der streitbetroffenen Parzelle zu einem bestimmten Gefahrengebiet erübrigen sich.

#### **E. 5.1**

Weiter beruft sich der Beschwerdeführer sinngemäss auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Die Gemeinde habe immer wieder Ausnahmebe-

urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 13 willigungen für Bauten im Gewässerraum erteilt (Beschwerde S. 3). Sehr viele bestehende Bauten (auch neueren Datums) würden erheblich in den Gewässerraum ragen (Beschwerde S. 5).

#### **E. 5.2**

Das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 1 KV) verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (statt vieler BGE 143 I 361 E. 5.1, 138 I 225 E. 3.6.1; BVR 2018 S. 358 E. 3.2.4, 2012 S. 433 E. 4.4.2). – Die Gemeinde bestreitet die Aussagen des Beschwerdeführers. In den letzten Jahren sei «im Gewässerraum nur eine Ausnahme durch das kantonale Tiefbauamt erteilt» worden (act. 5 S. 2). Der Beschwerdeführer äussert sich nicht zur Darstellung der Gemeinde (act. 7). Wohl weist er in seiner Beschwerde auf Bauten hin, die am Riedbach liegen (act. 1C). Inwiefern die dortigen Situationen mit dem hier strittigen Bauvorhaben vergleichbar seien und warum ihm daraus ein Anspruch auf eine Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Bst. a bzw. abis GSchV zukomme, substantiiert er aber nicht näher. Aus der Rechtsgleichheit kann er nichts zu seinen Gunsten ableiten.

#### **E. 6.1**

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer sinngemäss, die Vorinstanz hätte die Gehörsverletzung durch die Gemeinde (vorne E. 2.3; angefochtener Entscheid E. 2d) im Kostenpunkt zu seinen Gunsten würdigen müssen (Beschwerde S. 1). – Die BVE hat dem unterliegenden Beschwerdeführer trotz festgestellter Gehörsverletzung die gesamten Verfahrenskosten auferlegt und keine Parteikosten gesprochen (angefochtener Entscheid E. 8).

#### **E. 6.2**

Gehörsverletzungen sind unter dem Titel «besondere Umstände» nach Art. 108 Abs. 1 VRPG bei der Kostenliquidation zu berücksichtigen, wenn den Parteien durch die behördliche Fehlleistung ein erheblicher Mehr- aufwand entstanden ist (BVR 2008 S. 97 E. 4, 2004 S. 133 E. 3.1; Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 20 f.). – Der Beschwerdeführer hat die Gemeinde ausdrücklich gebeten zu prüfen, ob sein Bauvorhaben unter dem Gesichtspunkt von Art. 41c

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 14 Abs. 1 Bst. abis GSchV bewilligungsfähig ist. Die Gemeinde hat sich zu die- sem berechtigten Anliegen dennoch nicht geäußert. Insofern war dem Be- schwerdeführer die Anfechtung des Bauabschlags erschwert und ist ihm durch die behördliche Fehlleistung ein nicht unerheblicher Mehraufwand ent- standen. Auch wenn die Vorinstanz die Gehörsverletzung zu Recht geheilt hat, hätte sie diesen Umständen in ihrem Kostenschluss Rechnung tragen müssen. Dem Beschwerdeführer sind im vorinstanzlichen Verfahren nur drei Viertel der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der verbleibende Viertel ist nicht zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Der Beschwerdeführer hat zudem Anspruch auf teilweisen Ersatz seiner Parteikosten. Das Honorar des Rechtsvertreters im vorinstanzlichen Verfahren beläuft sich gemäss der Kos- tennote vom 8. Oktober 2019 auf Fr. 7'200.-- (Akten BVE act. 4A pag. 53 f.). Dieser Betrag erscheint mit Blick auf die Bemessungskriterien von Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) deutlich übersetzt, ist hier doch nicht von überdurchschnittli- chen Verhältnissen auszugehen. Der gebotene Zeitaufwand war vielmehr unterdurchschnittlich. Zur Diskussion stand eine klar umrissene Fragestel- lung (Zulässigkeit einer Baute im Gewässerraum), die rechtlich nicht beson- ders komplex ist. Im Übrigen hat der Rechtsvertreter neben der Beschwerde nur eine weitere (kurze) Eingabe verfasst. Das Honorar ist daher auf Fr. 5'000.-- zu kürzen (zuzüglich Auslagen und MWSt). Davon hat die Ge- meinde dem Beschwerdeführer einen Viertel zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

### **E. 7.1**

Die Beschwerde erweist sich hinsichtlich des vorinstanzlichen Kos- tenschlusses als begründet und ist teilweise gutzuheissen. Die Zif- fern 2 und 3 des angefochtenen Entscheids sind aufzuheben und die Kos- tenverlegung ist gemäss den vorstehenden Erwägungen zu korrigieren. Im Übrigen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer ist bei diesem Verfahrensausgang als zu ei- nem Viertel obsiegend zu betrachten. Er hat daher (nur) drei Viertel der Kos- ten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen. Die verbleibenden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 15 Verfahrenskosten sind nicht zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Par- teikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. a) Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Ziffern 2 und 3 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 10. Dezember 2019 werden aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. b) Die Kosten des Verfahrens vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirek- tion des Kantons Bern von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer zu drei Vierteln, ausmachend Fr. 1'500.--,

aufgelegt. Die verbleibenden Verfahrenskosten werden nicht erhoben. c) Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten für das Verfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, festgesetzt auf Fr. 5'471.15 (inkl. Auslagen und MWSt), zu einem Viertel, ausmachend Fr. 1'367.80, zu ersetzen. 2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'500.--, werden dem Beschwerdeführer zu drei Vierteln, ausmachend Fr. 2'625.--, auferlegt. Die verbleibenden Verfahrenskosten werden nicht erhoben. 3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17.12.2020, Nr. 100.2020.23U, Seite 16 4. Zu eröffnen: - Beschwerdeführer - Beschwerdegegnerin - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern - Bundesamt für Umwelt und mitzuteilen: - Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern Der Abteilungspräsident: Der Gerichtsschreiber: Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung 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.

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