

Interessenkonstellation eine Ausstandspflicht des Gemeindeamanns aufdrängt. Anders entscheiden hiesse die Arbeit der kommunalen Behörde verunmöglichen.

3.6.3 (...) Unbestritten gab das Gebiet "M.", welches im Planverfahren der Bauzone zugewiesen wurde, zu vertieften Diskussionen Anlass. Der objektive Anschein, dass bei diesem Planungsentscheid private Interessen des Kommissionspräsidenten und Gemeindeamanns mitgespielt haben, lässt sich nicht unterdrücken. Dies umso weniger, als der Gemeindeversammlung das Abweichen von der (ursprünglichen) Meinung des Kantons bei der Präsentation des Entwurfs nicht aufgezeigt wurde. Zwar ist dem Gemeindeamann zu Gute zu halten, dass er bei der Behandlung der Einsprachen auf Wunsch der Einsprecherinnen in den Ausstand getreten ist. Bei den massgeblichen Entscheidungsfindungen hingegen war er sowohl in der Planungskommission als auch im Gemeinderat in führender Rolle anwesend. Damit wird dem Gemeindeamann nicht unterstellt, er hätte in der Tat die privaten Interessen seiner Frau (und indirekt seine eigenen) zu stark gewichtet - jedoch genügt der objektive Anschein von Befangenheit.

3.7 Das Verwaltungsgericht hat die Verletzung der Ausstandsregeln zu Recht bejaht. Mithin hat es die Gemeindeautonomie nicht verletzt, denn die Gemeinde muss verfassungsrechtlich festgelegte Verfahrensgrundsätze auch im Rahmen ihrer Autonomie beachten.

**49 Baubewilligungspflicht in Bezug auf eine Stützmauer (§ 59 Abs. 1 BauG).**

- Für die Höhenbestimmung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a ABauV massgeblicher Terrainbegriff (Erw. 2/a).
- Spezialfall, dass die neue Mauer auf einer bestehenden errichtet wird (Erw. 2/b).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 14. Oktober 2002 in Sachen Gemeinderat S. und Mitb. gegen Baudepartement.

*Aus den Erwägungen*

1. Der Beschwerdeführer 2 hat Ende Juni 2000 in einem Abstand zwischen etwa 0 und 15 cm zur Grenze mit der Parzelle Nr. 1038 der Beschwerdegegner eine rund 14.5 m lange Stützmauer aus Beton errichtet, deren Höhe - gemessen ab dem heute sichtbaren Terrain - grösstenteils (auf ca. 11.5 m Länge ab westlichem Abschluss) zwischen 1.23 und 1.28 m beträgt; im Grenzbereich der Parzellen Nrn. 1075, 1038 und 1088 verringert sich die Mauerhöhe kontinuierlich, um am östlichen Endpunkt auf 0 auszulaufen. Im unteren Mauerbereich sind im Abstand zwischen 2.65 und 2.75 m vier Rohre eingelassen, durch die allfälliges Sickerwasser, das sich hinter der Stützmauer sammelt, auf die Parzelle Nr. 1038 abgeleitet werden kann. Ferner befinden sich auf der Mauer im Abstand von 2.4 m sechs je 1.2 m hohe Stahlpfosten zur Anbringung eines Schutzgeländers.

2. a) Gemäss § 59 Abs. 1 Satz 1 BauG sind namentlich alle Bauten generell bewilligungspflichtig. Gestützt auf § 66 BauG, wonach der Regierungsrat durch Verordnung die Einzelheiten des Baubewilligungsverfahrens regelt, hat dieser in § 30 ABauV eine Regelung mit dem Randtitel "Bewilligungsfreie Bauten und Anlagen (§ 59 BauG)" erlassen. Danach sind in Bauzonen nicht bewilligungspflichtig u.a. Einfriedigungen bis zu 1.20 m Höhe und Stützmauern bis zu 80 cm Höhe (§ 30 Abs. 2 lit. a ABauV).

Die Bestimmung der Einfriedigungs- bzw. Stützmauerhöhe gemäss § 30 Abs. 2 lit. a ABauV hat - dies als Ausfluss einer in sich geschlossenen, kohärenten Auslegung - nicht anders zu erfolgen als bei Anwendung von § 19 Abs. 1 lit. a ABauV, wonach "Einfriedigungen und Stützmauern nicht höher sein (dürfen) als 1,80 m *ab niedriger gelegenen Terrain*". Der hier verwendete Terrainbegriff bezieht sich nun vom Wortlaut her klarerweise auf das im Zeitpunkt der Baueingabe vorhandene Terrain (siehe die verdeutlichenden Skizzen im Handbuch zum Bau- und Nutzungsrecht [BNR], herausgegeben von der Staatskanzlei, Ausgabe Juli 2001, S. 61 Ziff. 4.4.7; ferner VGE III/67 vom 21. August 2002 [BE.2002.00013] in Sachen W., S. 7). Unter dem "gewachsenen Terrain" versteht die ABauV ebenfalls den

bei Einreichung des Baugesuchs bestehenden Verlauf des Bodens (§ 13 Abs. 1 Satz 1). Ist wie im vorliegenden Falle über ein *nachträgliches* Baugesuch zu befinden, so erscheint ebenso offensichtlich, dass nicht der im Zeitpunkt der Baueingabe, sondern der im Zeitpunkt der Erstellung der Einfriedigung oder Stützmauer vorhandene Terrainverlauf massgebend sein muss; im Grunde genommen ist dies ein Anwendungsfall der Bestimmung, dass auf frühere Verhältnisse zurückzugreifen ist, wenn das Terrain im Hinblick auf das Bauvorhaben verändert worden ist (§ 13 Abs. 2 ABauV). Auch das Baudepartement und die Beschwerdegegner sind im Übrigen der Meinung, dass auf den Terrainverlauf, wie er vor Baubeginn bestanden hat, abzustellen ist.

b) aa) Der Beschwerdeführer 2 macht geltend, wenn die Ausmessung der Stützmauer anhand des effektiven gewachsenen Terrains erfolge, übersteige sie die Höhe von 80 cm nicht und sei folglich nicht baubewilligungspflichtig. Konkret führt er an, bei der Erstellung der Einfamilienhäuser auf der Parzelle Nr. 1038 im Jahre 1978 seien bergseits Abgrabungen vorgenommen worden; der auf Grund dieser Abgrabungen teilweise steil abfallende, in die Parzelle Nr. 1075 des Beschwerdeführers 2 ragende Hang sei dann allmählich durch Bestockung und das Anbringen von Kalksandsteinen behelfsweise befestigt worden. Der von dieser Vorgehensweise betroffene Grundstücksteil des Beschwerdeführers 2 sei dadurch bis zu ca. 70 cm unter der ursprünglichen Höhe geblieben. In der Folge habe er, der Beschwerdeführer 2, die Situation an der Grenze mittels einer neuen Mauer so verbessern wollen, dass genügende Sicherheit gegen ein Abrutschen des Terrains auf der Parzelle Nr. 1075 bestanden habe. Zur Erfüllung ihrer Funktion habe die Sanierungsmauer im Boden verankert werden müssen; ihre Erstellung auf den relativ lose verlegten und lediglich eingewachsenen, nicht aber weitergehend befestigten Kalksandsteinen hätte gegen Grundregeln der Baukunst verstossen und wäre riskant gewesen. Bei der Erstellung habe sich gezeigt, dass zunächst ca. 50 cm des gewachsenen Terrains hätten abgetragen werden müssen, um den Mauerfuss auf festen Boden stellen und darin verankern zu können. (...).

bb) aaa) Der Beschwerdeführer 2 und die Beschwerdegegner sind sich insoweit einig, als sie 1982 im Grenzbereich der Parzellen Nrn. 1075 und 1038 gemeinsam eine Bruchsteinmauer aus Kalksandsteinen erstellten, deren Zweck die Befestigung des von Norden nach Süden abfallenden Terrains war; die Mauer ist auf den vom Beschwerdeführer 2 eingereichten Fotos gut ersichtlich. Die Mauer war im Mittel 60 bis 80 cm hoch und wies ein Neigungsverhältnis von etwa 2:1 (Höhe:Breite) auf. Sie verlief vom westlichen Abschluss aus auf einer Länge von ca. 10 m entlang der Grundstücksgrenze; der Fuss der Mauer befand sich dabei auf der Parzelle Nr. 1038, die Mauerkrone auf der Parzelle Nr. 1075. An das östliche Ende der Mauer schloss sich eine Böschung an, welche auf einer Länge von 4 bis 5 m bis zum gemeinsamen Grenzpunkt der Parzellen Nrn. 1038, 1075 und 1088 verlief. Im Bereich dieser Böschung wurden keine Kalksandsteine verlegt.

bbb) Wird nun ein Terrain in der beschriebenen Weise durch eine Stützmauer künstlich verändert, so kann niemals die Mauerkrone mit dem gewachsenen Terrain identisch sein. Eine andere Betrachtungsweise würde zu absurden Resultaten führen, da dann die Höhe einer im Laufe der Zeit sanierten bzw. ersetzten Stützmauer letztlich unbegrenzt wäre. Deshalb schreibt § 19 Abs. 1 lit. a ABauV auch vor, dass für die Höhenbestimmung stets das *niedriger gelegene* Terrain massgebend ist.

Abzustellen ist mithin auf das Terrain, auf welchem die erwähnten Kalksandsteine der Mauer auflagen, und dieses Terrain entspricht auch nach Darstellung des Beschwerdeführers 2 weitgehend dem Fuss der neuen, im Streite liegenden Stützmauer. (...).

cc) Wie erwähnt ist erstellt, dass die fragliche Stützmauer - gemessen ab dem gewachsenen Terrain - auf einer Länge von ca. 11.5 m eine Höhe von 1.23 bis 1.28 m aufweist (siehe vorne Erw. 1). In diesem Bereich wird also die "bewilligungsfreie" Höhe von 80 cm gemäss § 30 Abs. 2 lit. a ABauV überstiegen, weshalb die Mauer als Ganzes der Baubewilligungspflicht untersteht. (...).

**50 Besitzstandsgarantie (§ 68 lit. b BauG).**

- **Der Ersatz eines Flachdachs durch ein Satteldach stellt grundsätzlich eine angemessene Erweiterung bzw. einen angemessenen Umbau dar (Erw. 2/d/bb).**
- **Keine wesentliche Verstärkung der Rechtswidrigkeit, auch wenn das neue Dachgeschoss auf ein heute rechtswidriges drittes Vollgeschoss aufgebaut wird (Erw. 2/d/cc).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 6. Dezember 2002 in Sachen R. gegen Baudepartement.

*Aus den Erwägungen*

1. Die Beschwerdegegner wollen auf ihr bestehendes Zweifamilienhaus mit Flachdach ein Satteldach aufsetzen. Das neue Dachgeschoss, dessen Bruttogeschossfläche (BGF) mit 55.1915 m<sup>2</sup> angegeben wird, enthält nebst dem Estrich eine Galerie, ein Schlafzimmer, ein Bad und eine Terrasse. Auf der West- und auf der Ostseite ist je eine Dachlukarne vorgesehen. Die Firsthöhe beträgt 10.25 m.

2. (...)

d) aa) Die Erweiterung, der Umbau oder die Zweckänderung besitzstandsgeschützter Bauten innerhalb der Bauzonen ist nur zulässig, wenn dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht wesentlich verstärkt wird (§ 68 lit. b BauG; siehe AGVE 1999, S. 217 ff.). (...).

bb) Das Verwaltungsgericht hat unter dem früheren Recht den Ersatz eines Flachdachs durch ein Satteldach grundsätzlich als zeitgemässe Erneuerung im Sinne von § 224 Abs. 2 Satz 1 aBauG behandelt. Im Hinblick darauf, dass die Nachbarschaft durch ein Satteldach regelmässig mehr beeinträchtigt werde als durch ein Flachdach (Schattenwurf und Lichtentzug, Einschränkung der freien Sicht usw.), wurde allerdings verlangt, dass Dachaufbauten auf das von der Funktion her Erforderliche zu beschränken seien, wozu auch gehöre, dass nicht zusätzlicher Wohnraum entstehe; Leitlinie müsse sein, dass dem betreffenden Bauherrn ermöglicht werde, das Sanierungsziel zu erreichen, aber nicht mehr. Eine eher restriktive Praxis sei