

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2004/107

Bern, 29. Juni 2005

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Fürsprecher C. _____

und

Herrn **D.** _____
Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Fürsprecher E. _____

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, Sägestrasse 75,
3098 Köniz**

betreffend die Verfügung des Gemeinderates Köniz vom 15. Juni 2004 (Baugesuch Nr.
15'083; Doppel Einfamilienhaus)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner reichte am 5. September 2003 bei der Gemeinde Köniz ein Baugesuch für die Erstellung eines Doppel Einfamilienhauses auf der Parzelle Köniz



Grundbuchblatt Nr. F. _____ ein. Für die Parzelle gilt die Überbauungsordnung Nr. 2/06 Gurtenbühl. Das Gebiet ist als erhaltenswerte Baugruppe Nr. 11 im Bauinventar der Gemeinde verzeichnet. Es gilt eine Ausnützungsziffer (AZ) von 0,6.

Mit Gesamtentscheid vom 15. Juni 2004 erteilte die Gemeinde Köniz die Baubewilligung. Dabei verweigerte die Gemeinde die Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung der Dachneigung (5° anstelle von 15°). Gemäss den Sonderbauvorschriften zum Überbauungsplan Gurtenbühl vom 4. Juli 1980 müsse das Dach als einseitig geneigte Fläche mit 15° Neigung geführt werden.

2. Dagegen reichten die Nachbarn, die mit ihrer Einsprache unterlegen waren, Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen, der Gesamtbauentcheid des Gemeinderates von Köniz vom 15. Juni 2004 sei aufzuheben und es sei dem Bauvorhaben der Bauabschlag zu erteilen. Sie machen insbesondere die Überschreitung der Ausnützungsziffer und die mangelnde Ästhetik der Dachaufbauten des Bauprojektes geltend.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte bei der Gemeinde Köniz eine Stellungnahme ein zur Frage, welche Sonderbauvorschriften zum Überbauungsplan Gurtenbühl zur Beurteilung der Baubewilligung anzuwenden seien: die im Gesamtentscheid angewandten Sonderbauvorschriften vom 4. Juli 1980 oder diejenigen vom 18. März 1983. Die beiden Sonderbauvorschriften schreiben unterschiedliche Dachneigungen vor.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 hielt die Gemeinde Köniz fest, dass die Sonderbauvorschriften zum Überbauungsplan Gurtenbühl vom 18. März 1983 gültig und somit anzuwenden sind.

4. Am 2. Dezember 2004 reichte der Beschwerdegegner der BVE eine Projektänderung mit dazugehörenden Plänen ein. Geplant ist neu ein Satteldach mit einer Dachneigung von

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

30°. Die Gemeinde Köniz hat die Projektänderung im Auftrag des Rechtsamtes den Nachbarn bekannt gemacht. Auch die Beschwerdeführenden sind der Meinung, dass die jetzt gewählte Dachneigung mit den Überbauungsvorschriften übereinstimmt. Allerdings bestreiten sie, dass die Ausgestaltung des Dachgeschosses mit Raum, der fürs Wohnen geeignet ist, zulässig ist. Dadurch werde auch die zulässige Geschosshöhe überschritten. Die Gemeinde Köniz beantragt die Bewilligung der Projektänderung.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Die BVE prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen. Nach Art. 40 Abs. 1 des Baugesetzes (BauG)² können Bauentscheide innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Der Beschwerdeführenden sind als Nachbarn und als abgewiesene Einsprecher durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und somit grundsätzlich zur Beschwerde befugt. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Ausnutzungsziffer: Nutzung der beiden Parzellen Nr. G._____ und F._____

a) Das Vorhaben auf der Bauparzelle Nr. F._____ beansprucht die volle zulässige Ausnutzungsziffer von 0,6.

b) Beide Parzellen gehörten von 1966 bis 2002 dem Alleineigentümer Herrn H._____. Auf der Parzelle Gbbl. Nr. G._____ befindet sich seit jeher ein Wohnhaus. Im Jahre 1987 wurde von der überbauten Parzelle Nr. G._____ ein Landstreifen von ungefähr 5m Breite im Halte von 114 m² abgetrennt und mit der heutigen Bauparzelle Nr. F._____ vereinigt. Im Jahre 2002 gingen beide Parzellen in das Gesamteigentum der Erbengemeinschaft des Herrn H._____ über. Darauf wurden beide Parzellen im Jahre 2003 dem Beschwerdegegner verkauft. Seitdem befinden sich beide in seinem Alleineigentum.

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 BauG, BSG 721.0

c) Die Beschwerdeführenden machen geltend, der Landstreifen von 114 m² sei bereits mit der Nutzung zu Gunsten der bereits überbauten Parzelle Nr. G._____ belastet. Er dürfe nicht nochmals als Landfläche – diesmal zu Gunsten des heutigen Bauprojektes – herangezogen werden. Das Bauvorhaben überschreite deshalb die zulässige Nutzung. Der Beschwerdegegner hingegen ist der Meinung, dass für die AZ-Berechnung nur die heutige Bauparzelle mit ihrer heutigen Landfläche betrachtet werden dürfe (Einzelbetrachtung).

3. Anrechenbare Landfläche: Einzel- oder Gesamtbetrachtung?

a) Nach der bundesrechtlichen Rechtsprechung, ist für die Berechnung der Ausnützung bei Ausbauten in einer Arealüberbauung in erster Linie auf das kantonale und kommunale Recht abzustellen³.

Das kantonale Recht definiert die Ausnützungsziffer wie folgt: „Die Ausnützungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche“ (Art. 93 Abs. 1 der Bauverordnung BauV⁴). „Die anrechenbare Landfläche ist gleich der Fläche der von der Baueingabe erfassten, baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke oder Grundstückteile (...)“ (Art. 93 Abs. 3 BauV).

b) Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist die Einzelbetrachtung die Regel (die „Fläche der von der Baueingabe erfassten Grundstücke“). Dies entspricht auch Lehre⁵ und Rechtsprechung. Das Bundesgericht weist aber darauf hin, dass es auch Ausnahmen von dieser Regel gibt. „Eine Ausnahme von dieser Regel gilt für Liegenschaften, welche von teilweise überbauten bzw. für eine Ausnützungsberechnung bereits hinzugezogenen Grundstücken abparzelliert wurden und für eine Bauprojekt erneut als anrechenbare Landfläche beansprucht werden sollen. Ein solches Vorgehen widerspricht dem auch im Kanton Bern geltenden Verbot der mehrfachen Ausnützung einer Parzelle“.⁶ Das Bundesgericht betrachtet es aber auch als nicht willkürlich, wenn bei einer baulichen Erweiterung einer Arealüberbauung nur auf die Einzelbetrachtung abgestellt wird. Es ging

³ BGE 110 Ia 91 E. 1

⁴ Bauverordnung vom 6. März 1985, BauV, BSG 721.1

⁵ Felix Huber, die Ausnützungsziffer, 1986, S. 70ff.

⁶ BVR 1997 S. 220 E. 3b aa

dabei um eine Siedlung mit 20 Liegenschaften, die vor 25 Jahren gebaut und damals von der Stammparzelle in 20 Einzelparzellen unterteilt worden war. Nun sollte an einer Eckliegenschaft ein Anbau erstellt werden. Bei alleiniger Betrachtung der Parzelle der Eckliegenschaft war die AZ eingehalten. Ihre Landfläche war aber – vor 25 Jahren – bereits Teil der Landfläche gewesen, die zur Berechnung der AZ auf der damaligen Stammparzelle gedient hatte. Eine Gesamtbetrachtung über das gesamte Siedlungsareal scheiterte unter anderem daran, dass auch die unterdessen im Innern der Häuser vorgenommenen Änderungen in die AZ-Berechnung hätten einbezogen werden müssen.

Da je nach den Umständen beide Betrachtungsweisen herangezogen werden, wird die Einhaltung der AZ auch hier unter beiden Aspekten geprüft.

c) Gesamtbetrachtung

Die Bauherrschaft hat für die bereits überbaute Parzelle (Nr. G._____) eine AZ-Berechnung eingereicht. Sie ergibt eine AZ von 0,79⁷. Da das aktuelle Neubauvorhaben die erlaubte AZ von 0,6 gerade ausschöpft, ergibt sich bei Betrachtung beider Parzellen eine Überschreitung der erlaubten Nutzung.

d) Einzelbetrachtung

Wird die Bauparzelle allein betrachtet, so wird die erlaubte AZ von 0,6 gerade eingehalten. Dabei wird der Landstreifen von 114 m² aber mehrfach ausgenützt. Dies widerspricht dem auch im Kanton Bern geltenden Verbot der mehrfachen Ausnützung eines Parzellenteils. Rechnet man zur heutigen Landfläche der überbauten Parzelle Nr. G._____ die im Jahr 1987 abparzellierte Fläche von 114 m² hinzu, so ergibt sich eine AZ von 0,595 (277,85 m² BGF geteilt durch 467 m² Landfläche). Dies zeigt, dass diese Liegenschaft die AZ nur solange einhielt, als die abparzellierte Fläche dazugehörte. Die Abparzellierung im Jahre 1987 wurde offensichtlich genau zum Zweck dieser Mehrfachnutzung vorgenommen, wurde doch 1989 von der Gemeinde eine Baubewilligung für ein Zweifamilienhaus mit einer Bruttogeschossfläche von 249.6 m² erteilt. Es galt dieselbe AZ wie heute. Die Landfläche war damals noch geringfügig grösser. Das heute zur Diskussion stehende Vorhaben rechnet mit einer fast gleichen Bruttogeschossfläche von 247,5 m²⁸. Damit wird

⁷ S. 24 der Vorakten

⁸ Beschwerdeantwort, Seite 37 der Beschwerdeakten

deutlich, dass heute realisiert werden soll, was mit der Parzellenverschiebung im Jahr 1987 vorbereitet worden war. Dieses Vorgehen erfüllt den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs: Ein Verhalten ist dann rechtsmissbräuchlich, wenn die Inanspruchnahme eines Rechts zu einem stossenden, vom Gesetzgeber nicht gewollten Resultat führt⁹. Daran ändert der Zeitablauf von bald 18 Jahren nichts: Die Verschiebung des Landstreifens fällt noch heute beim Blick auf den Situationsplan ins Auge, die doppelte Inanspruchnahme des Landstreifens ist ohne grossen Aufwand rekonstruierbar, die Überschreitung der zulässigen Ausnutzung ist sehr deutlich. Auch aus der Baubewilligung aus dem Jahr 1987 kann der Beschwerdegegner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Ihre Geltungsdauer ist längst erloschen, und die BVE ist nicht an eine falsche Auslegung einer kantonalen Bestimmung durch die Gemeinde gebunden. Der heutige Eigentümer der beiden Parzellen (und Beschwerdegegner) kann sich auch nicht auf veränderte Eigentumsverhältnisse berufen. Der Landstreifen wurde mit der Abparzellierung ohne weiteres mit einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung (Nutzungsübertragung) belastet, die ohne Aufnahme im Grundbuch für jedermann gilt. Der Ausnützungskataster, der von Art. 95 BauV vorgesehen ist, von der Gemeinde aber offenbar nicht geführt wird, hat nur Hinweischarakter. Zudem ist zumindest fraglich, ob der Vorgang der Abparzellierung hätte eingetragen werden müssen. Aus dem Fehlen eines Eintrags im Kataster kann der Beschwerdegegner jedenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten.

e) Der Beschwerdegegner führt ins Feld, dass eine Gesamtbetrachtung nicht mehr statt findet, wenn die Abparzellierung mehr als zehn 10 Jahre zurück liegt. Er verweist auf die Bestimmung von Art. 93 Abs. 3 BauV über die Anrechnung abparzellierter Detailerschliessungsstrassen, wenn seit der Abparzellierung nicht mehr als zehn Jahre verflossen sind. Auch das Bundesgericht erwähnt im zitierten Entscheid diese Zehnjahresfrist als Argument für die Einzelbetrachtung¹⁰, ebenso das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) in seinem Fachbericht¹¹. Strassenflächen dürfen grundsätzlich, wie weitere für eine andere Nutzungsart bestimmte Flächen, nicht als Landfläche angerechnet werden¹². Die Bestimmung mit der 10-Jahresfrist stellt eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu Gunsten der Bauherrschaft dar. Die Mehrfachnutzung von Parzellenteilen hingegen ist ausnahmslos verboten. Würden mehr als zehn Jahre alte

⁹ Tschannen/Zimmerli/Kiener, Verwaltungsrecht, 2000, S. 117

¹⁰ BVR 1997 S. 222 E. 3c bb

¹¹ Fachbericht vom 13. April 2004, Seite 65 der Akten der Gemeinde

¹² Art. 93 Abs. 3 Bst. a-d

Vorgänge, die zu einer Mehrfachnutzung führen, grundsätzlich ausser Acht gelassen, so würde dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor geöffnet. Auch wäre es stossend, dass Nutzungsübertragungen, die von den Parteien im Grundbuch eingetragen wurden, vom Zeitenlauf nicht berührt würden, Grenzverschiebungen mit dem gleichen Effekt – der Verschiebung baulicher Nutzungsmöglichkeiten auf die Nachbarparzelle – hingegen schon. Wo wie hier eine geplante Mehrfachnutzung so offensichtlich ist, spielt der Zeitablauf nach Meinung der BVE keine Rolle.

f) Die Begründung für den Bauabschlag kann wie folgt zusammengefasst werden: Es ist offensichtlich, dass bei Bewilligung des Vorhabens der Landstreifen, der 1987 von der Nachbar- zur Bauparzelle verschoben wurde, baulich doppelt genutzt würde. Dies verbietet das kantonale Recht. Die seither verstrichene Zeit und die Wechsel im Grundeigentum ändern daran nichts.

4. Projektänderung, Wohnraum im Dachgeschoss

Da das Vorhaben an der zu grossen Ausnützung scheitert, kann offen gelassen werden, ob die vorgesehene Ausgestaltung des Dachgeschosses zulässig ist. Ein Vorhaben ohne Nutzungsüberschreitung hätte auch eine andere Ausgestaltung des Dachgeschosses zur Folge so dass an der Beurteilung der vorliegenden Gestaltung kein Interesse besteht.

5. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdegegner. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'400.00. Der Beschwerdegegner hat zudem den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdeführenden gibt zu keinen Bemerkungen Anlass (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Der Beschwerdegegner hat somit den Beschwerdeführenden die Parteikosten von Fr. 3'985.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

Die Baubewilligungsgebühr der Gemeinde trägt der Beschwerdegegner. Sie wird um die Beträge für die Bau- und Schnurgerüstabnahme gekürzt und beträgt Fr. 3'861.50

(Fr. 4'437.50 minus Fr. 576.--).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und dem Baugesuch vom 3. September 2003 mit Projektänderung vom 2. Dezember 2004 (letztes Korrekturdatum in den Plänen: 26.11.2004) wird der Bauabschlag erteilt.
2. Der Beschwerdegegner schuldet der Gemeinde die Kosten für das Baugesuchsverfahren von Fr. 3'861.50.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.00 werden dem Beschwerdegegner zur Bezahlung auferlegt.
Eine separate Zahlungseinladung erfolgt, sobald vorliegender Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Der Beschwerdegegner hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 3'985.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C. _____, als Gerichtsurkunde
- Herrn Fürsprecher E. _____, als Gerichtsurkunde
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, als Gerichtsurkunde
- Regierungsstatthalteramt Bern, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern, zK

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer
Regierungsrätin

