

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2004/169

Bern, 11. Januar 2004

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher C._____

und

Herrn **D.**_____
Beschwerdegegner 1

Frau **E.**_____
Beschwerdegegnerin 2

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher F._____

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Mirchel, Gemeindeverwaltung, Dorf, 3532
Mirschel**

betreffend die Verfügung der Gemeindebaubehörde Mirchel vom 24. September 2004
(Baugesuch-Nr. 04-04; Neubau Einfamilienhaus)



I. Sachverhalt

1. Am 30. April 2004 reichten die Beschwerdegegner ein Baugesuch ein für den Neubau eines Einfamilienhauses mit Garage auf Parzelle Gbbl. Nr. G._____ am H._____ in der Gemeinde Mirchel. Innerhalb der Einsprachefrist reichten die Beschwerdeführenden (Eigentümer der Parzelle Mirchel Gbbl. Nr. I._____) eine Einsprache mit Rechtsverwahrung ein. Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 23. Juli 2004 erklärten sie sich bereit, die Einsprache zurückzuziehen und einem angepassten Baugesuch unter Erteilung des nötigen Näherbaurechts zuzustimmen, sofern bestimmte Punkte eingehalten würden. Die Beschwerdegegnerschaft passte ihr Projekt gestützt auf das Ergebnis der Einspracheverhandlung an und reichte am 16. September 2004 eine geringfügige Projektänderung ein. Am 24. September 2004 erteilte die Gemeindebaubehörde Mirchel die Baubewilligung. Sie erachtete darin die Einsprache als erledigt und das Näherbaurecht als erteilt.

2. Mit Eingabe vom 25. Oktober 2004 haben die Beschwerdeführenden Baubeschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) erhoben. Sie beantragen, die Baubewilligung der Gemeinde Mirchel vom 24. September 2004 für das Bauvorhaben der Beschwerdegegner sei aufzuheben, und es sei der Bauabschlag zu erteilen. Eventualiter seien die Bauakten unter Aufhebung der erteilten Baubewilligung an die Gemeinde Mirchel zur Fortsetzung des Verfahrens zurückzuweisen. Zur Begründung machen sie geltend, die Bewilligung einer Projektänderung ohne Bekanntmachung an die Nachbarn, verletze wesentliche Verfahrensvorschriften. Die Ausnahmegesuche seien nicht veröffentlicht worden. Zudem bestehe keine Ausnahmesituation. Sie hätten ihre Einsprache nicht zurückgezogen. Das Bauvorhaben passe sich nicht ins Ortsbild ein. Zudem weisen die Beschwerdeführenden auf verschiedene private Aspekte hin.

3. In ihrer Beschwerdeantwort vom 24. November 2004 beantragen die Beschwerdegegner, die Baubewilligung der Gemeindebaubehörde Mirchel vom 24. September 2004 sei zu bestätigen. Sie weisen daraufhin, dass sie die geänderten Pläne dem Anwalt der Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 1. September 2004, zur Prüfung und Weiterleitung zugestellt haben. Die Beschwerdeführenden hätten zwar nicht offiziell zu den geänderten Projektplänen Stellung nehmen können, sie hätten jedoch Kenntnis davon

erhalten. Sie bestreiten nicht, dass das Ausnahmegesuch nicht publiziert worden ist. Dadurch sei den Beschwerdeführenden jedoch kein Nachteil entstanden. Angesichts der Entstehungsgeschichte der Überbauung seien die besonderen Verhältnisse im Sinne von Art. 26 BauG¹ gegeben. Die Beschwerdegegner bestreiten nicht, dass kein Einspracherückzug erfolgt ist.

4. In ihrer Stellungnahme vom 26. November 2004 beantragt die Gemeindebaubehörde Mirchel, die Baubeschwerde der Beschwerdegegner sei abzuweisen. Die Projektanpassung habe den Forderungen der Beschwerdeführenden entsprochen oder diese gar übertroffen. Auf eine Anhörung habe daher verzichtet werden können. Bei der Veröffentlichung des Bauvorhabens im Amtsanzeiger von Konolfingen, sei auf die Nichteinhaltung der ordentlichen Bauvorschriften im Rahmen der Anwendung von Art. 75 BauG, klar aufmerksam gemacht worden. Die nun erteilten Ausnahmen gingen wesentlich weniger weit, als die publizierten nach Art. 75 BauG. Die Veröffentlichung der Ausnahmegesuche sei daher hinreichend. Die Grundeigentümerin der Parzelle Nr. J._____ sei mit dem Näherbau einverstanden. Das Näherbaurecht werde im Rahmen des Verkaufs des Grundstückes Nr. G._____ noch grundbuchlich abgesichert. Die Beschwerdeführenden hätten im Rahmen des Ergebnisses der Einigungsverhandlung vom 23. Juli 2004 ihr Einverständnis schriftlich und rechtmässig erteilt. Die Einsprache der Beschwerdeführenden sei durch die Erfüllung der Bedingungen gegenstandslos geworden. Das geplante Bauvorhaben ordne sich im Ortsbild von Mirchel sehr gut ein. Die Erschliessung des geplanten Einfamilienhauses erfolge über die gemeinsame 4 m breite Zufahrtsstrasse (Grundstück Mirchel Gbbl. Nr. K._____). Ein allfälliges Fahrwegrecht sei privatrechtlich begründet. Das Baugrundstück gelte durch diese Zufahrtsstrasse als erschlossen.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte den Schriftenwechsel durch.

Auf die Rechtschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

¹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

² Art. 7 Bst. b der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

II. Erwägungen

1. Zuständigkeit

Bauentscheide können nach Art 40 Abs. 1 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

2. Beschwerdelegitimation

Nach Art. 40 Abs. 2 BauG sind die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe zur Beschwerde befugt. Die Beschwerdeführenden haben sich als Einsprecher im Baubewilligungsverfahren beteiligt. Da die Vorinstanz die Baubewilligung erteilt hat, haben sie grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 65 Bst. a VRPG³ an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Es stellt sich allerdings die Frage, ob sie anlässlich der Einigungsverhandlung rechtsgültig ihre Einsprache zurückgezogen haben.

Eine Abstandserklärung muss im Allgemeinen ausdrücklich und unmissverständlich erfolgen; andernfalls ist sie unbeachtlich. Sie muss zudem vorbehaltlos erfolgen, was zugleich bedeutet, dass der Abstand bedingungsfeindlich ist.⁴ Laut Protokoll der Einigungsverhandlung haben die Beschwerdeführenden zwar den Rückzug ihrer Einsprache sowie die Erteilung des nötigen Näherbaurechts unter gewissen Umständen in Aussicht gestellt. Ein eigentlicher Rückzug der Einsprache sowie eine förmliche Erteilung des nötigen Näherbaurechts liegen jedoch nicht vor. Daraus folgt, dass kein rechtsgültiger Rückzug der Einsprache stattgefunden hat. Die Beschwerdeführenden sind daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

3. Anhörung der Beteiligten bei einer Projektänderung

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ Märkli Aeschlimann Herzog, Kommentar zum VRPG, Art. 39 Note 7 mit den weiteren Hinweisen

Die Beschwerdegegner haben ihr Projekt gestützt auf das Ergebnis der Einspracheverhandlung geringfügig angepasst. Insbesondere haben sie das Gebäude um 1 m gegen Süden verschoben und die Firsthöhe um 1.30 m verringert. Die Beschwerdegegner orientierten zwar die Beschwerdeführenden vorgängig mit einem Plansatz. Die Beschwerdeführenden wurden jedoch nicht förmlich über die Einreichung der Projektänderung informiert. Die Gemeindebaubehörde Mirchel gab ihnen auch keine Gelegenheit zur Stellungnahme.

Laut Art. 43 Abs. 2 BewD⁵ kann die Bewilligungsbehörde nach Anhörung der Beteiligten und der von der Projektänderung berührten Dritten das Verfahren ohne erneute Veröffentlichung fortsetzen, wenn öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen nicht zusätzlich betroffen sind. Die Beschwerdeführenden waren Beteiligte im Sinne dieser Vorschrift. Sie hätten daher von der Baubewilligungsbehörde zwingend angehört werden müssen. Art. 43. Abs. 2 BewD wurde daher verletzt. Dies stellt zugleich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführenden dar. Ob dies im Beschwerdeverfahren geheilt werden kann, kann offen gelassen werden, da dem Vorhaben so oder anders der Bauabschlag zu erteilen ist.

4. Keine Veröffentlichung der Ausnahmegesuche

Die Publikation im Anzeiger für den Amtsbezirk Konolfingen lautete folgendermassen:

«Beanspruchte Ausnahmen: Keine; Anwendung Art. 75 BauG.»

Die Beschwerdegegner stellten erst nachträglich in ihrer Stellungnahme zur Einsprache der Beschwerdeführenden ein Gesuch um Erteilung einer Ausnahmegewilligung wegen der Unterschreitung der Grenzabstände. Dieses Gesuch wurde nicht publiziert.

Laut Art. 35 Abs. 1 BauG sind Bau- und Ausnahmegesuche nach den Bestimmungen des Bewilligungsdekrets zu veröffentlichen oder den Anstössern sowie weiteren Personen, die davon betroffen sein könnten, mitzuteilen. Laut Art. 44 Abs. 1 BewD sind nachträgliche Ausnahmegesuche im ordentlichen Baubewilligungsverfahren zu veröffentlichen. Diese Vorschrift hat die Gemeindebaubehörde Mirchel verletzt. Die ursprüngliche Publikation

⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

genügt den Anforderungen nicht, steht doch ausdrücklich, dass das Bauvorhaben keiner Ausnahme bedürfe. Der Hinweis auf die Anwendung von Art. 75 BauG ersetzt eine Publikation des nachträglichen Ausnahmegesuchs nicht.

5. Allgemeines zu den Ausnahmegründen

Das Bauvorhaben der Beschwerdegegner hält verschiedene Vorschriften über die Grenzabstände nicht ein: Die Garage müsste nach Art. 12 Abs. 1 GBR⁶ von Mirchel einen Grenzabstand von 2 m einhalten. Ausgewiesen sind bloss 1.98 m. Gegenüber der Parzelle der Beschwerdeführenden müsste ein kleiner Grenzabstand von 6 m eingehalten werden (Art. 27 GBR). Ausgewiesen sind lediglich 5.45 m. Gegenüber der Parzelle Nr. J. _____ müsste ein kleiner Grenzabstand von 6 m eingehalten werden. Ausgewiesen sind lediglich 4.41 m. Fraglich ist zudem, ob auf dieser Seite der Gebäudeabstand eingehalten wird.

Nach Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften gewährt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Als Ausnahmegrund kommen Verhältnisse des Bauherrn in Betracht, die sich auf Zweck, Umfang oder Gestaltung seines Bauvorhabens beziehen und in den geltenden Vorschriften keine genügende Berücksichtigung finden. Sie müssen in der Regel mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Es sollen ausgesprochene Unbilligkeiten vermieden werden.

Der Ausnahmegrund ist keine absolute Grösse. Ob ein Sachverhalt als solcher zu genügen vermag, hängt vielmehr von drei Komponenten ab, nämlich vom Interesse des Bauherrn an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung. Der blosse Wunsch des Bauherrn, ein Grundstück mehr oder anders zu nutzen, als das Baurecht es zulässt, fällt als Ausnahmegrund von vornherein ausser Betracht. Rein finanzielle Interessen des Bauherrn genügen nicht, ebenso wenig der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben, denn dabei handelt es sich um allgemeine Anliegen, die mit jedem Vorhaben verbunden werden können. Der Dispens soll vielmehr gestatten, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die sich bei

⁶ Baureglement der Einwohnergemeinde Mirchel vom 29. November 1996, vom AGR genehmigt am 6. März 1997 (GBR)

strikter Anwendung der Bauvorschriften im Einzelfall ergeben könnten⁷.

Eine Ausnahmegewilligung kann demnach am ehesten dort erteilt werden, wo sie die Ziele der ordentlichen Bauvorschriften am wenigsten gefährdet. Sind mögliche und zumutbare Alternativen zum Ausnahmeweg vorhanden, so müssen gewichtige Gründe dagegen sprechen, was im Ausnahmegesuch auch detailliert begründet werden muss. Im Folgenden wird deshalb geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG erfüllt sind.

6. Prüfung des Ausnahmegrundes im konkreten Fall

Die Beschwerdegegner haben ihr Ausnahmegesuch folgendermassen begründet: Die Überbauung der Grundstücke Mirchel Gbbl. Nrn. L._____, K._____, G._____, I._____ und M._____ seien bereits im Jahr 1995 geplant und vom Gemeinderat gutgeheissen worden. Die Planunterlagen zur Baubewilligung der Beschwerdeführenden vom 28. März 1995 enthalte das ganze Überbauungsprojekt. Die örtliche Lage des Bauprojekts der Beschwerdegegner sei in den vorerwähnten Plänen eingezeichnet. Insbesondere enthalte der von den Beschwerdeführenden selber eingereichte und unterschriebene Plan den Hinweis „Grenzanbaurecht für Nebenbauten“. Die Beschwerdeführenden hätten somit die gesamten Überbauungspläne wie auch den Näherbau in ihrem eigenen Baugesuch gutgeheissen. Die Bauten auf den Parzellen-Nrn. I._____, M._____ und L._____ seien alle gestützt auf Art. 75 bewilligt worden. Wenn das Projekt auf der Parzelle Nr. G._____ gestützt auf juristische Spitzfindigkeiten nicht gemäss Art. 75 BauG gutgeheissen werden könne, müsse die Baubewilligung in Anwendung von Art. 26 BauG erteilt werden.

Es ist richtig, dass sich bei den Baubewilligungsakten für das Haus der Beschwerdeführenden ein Situationsplan befindet, auf dem entlang der Parzellengrenze der Hinweis „Grenzanbaurecht für Nebenbauten“ steht. Allerdings ist unklar, was genau damit gemeint ist. Der Hinweis genügt daher nicht als schriftliche Zustimmung zum Näherbau im Sinne von Art. 14 GBR, da diese unmissverständlich abgefasst sein muss.⁸ Selbst wenn die Beschwerdeführenden mit der Unterzeichnung des Situationsplans ein

⁷ Aldo Zaugg, Kommentar zum bernischen BauG, 2. Aufl. 1995, Art. 26/27 N. 4; BVR 2002 S. 1 E. 3d.

⁸ BVR 2003 S. 254, BN 2003 S. 109 N. 25

Näherbaurecht für ein künftiges Bauvorhaben auf der Nachbarparzelle eingeräumt hätten, würde es lediglich für die Garage als Nebenbaute, nicht aber für das Hauptgebäude ausreichen.

Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend, das Grundstück könne ohne Ausnahmegewilligungen nicht sinnvoll überbaut werden. Im vorliegenden Fall erscheint ein reglementkonformes Projekt als möglich. Die Beschwerdegegner müssen lediglich das Gebäude um 55 cm nach Süden verschieben. Sollte dies nicht oder nur teilweise möglich sein, so könnte die Nordfassade im entsprechenden Mass zurückversetzt und das Gebäude entsprechend verschmälert werden. Im schlimmsten Fall würde das Gebäude auf der Ostseite eine Gebäudebreite von 8.20 m aufweisen.

Die Bauparzelle lässt sich also auch ohne Ausnahme vom Grenzabstand sinnvoll überbauen. Der blosse Wunsch der Bauherrschaft, das Grundstück mehr oder anders zu nutzen als es das Baurecht zulässt, stellt von vornherein keinen Ausnahmegrund dar.

7. Gestaltungsfreiheit

Die Beschwerdegegnerschaft und die Gemeinde sind der Auffassung, das Bauvorhaben könne die Gestaltungsfreiheit nach Art. 75 BauG in Anspruch nehmen.

Bei gemeinsamer Projektierung eines Areals mit mehreren Bauten können die arealinternen Grenz- und Gebäudeabstände, die Anordnung der Bauten und die Gebäudelängen unter bestimmten Voraussetzungen frei bestimmt werden (Art. 75 BauG). Unter „gemeinsamer Projektierung eines Areals mit mehreren Bauten“ ist die gleichzeitige Projektierung aller Bauten dieses Areals zu verstehen, welche im siedlungsplanerischen Zusammenhang auf einander abgestimmt werden. Unter „mehrere Bauten“ sind zwei oder mehr Bauten zu verstehen, und zwar neue Hauptbauten.

Bei einer etappenweisen Realisierung einer Überbauung auf einem grösseren Areal ist in der Regel jede Etappe für sich Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens. Dabei müssen in jeder Etappe die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 75 BauG gegeben sein⁹, d.h. die Projektierung muss jeweils mindestens zwei Bauten umfassen.¹⁰

Das Areal kann auch bereits teilweise überbaut sein. Wesentlich ist aber, dass das Areal eine zusammenhängende Fläche bildet und im Zeitpunkt der Baueingabe ein gemeinsames Projekt vorliegt.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegner und der Gemeinde Mirchel reicht für eine gemeinsame Projektierung nicht, dass früher einmal ein gemeinsam projektiertes Vorprojekt bestand oder dass in der ersten Baueingabe die Lage der weiteren Bauten in einem Grundrissplan eingezeichnet worden sind. Dafür, dass keine gemeinsame Projektierung im Sinne des Gesetzes vorliegt spricht auch, dass weder gemeinsame Spielflächen noch gemeinsame Abstellplätze für Fahrzeuge geschaffen worden sind (Art. 75 Abs. 2 Bst. b BauG).

Zusammenfassend steht fest, dass die Voraussetzungen der Gestaltungsfreiheit nach Art. 75 BauG nicht erfüllt sind.

8. Bei diesem Ausgang kann darauf verzichtet werden, die Einpassung ins Ortsbild und die übrigen, als nicht rechtskonform gerügten Punkte, näher zu überprüfen. Privatrechtliche Einwendungen sind nicht im Baubewilligungsverfahren und im Baubeschwerdeverfahren zu prüfen, sondern sie sind mit Rechtsverwahrung anzumelden.

9. Kosten

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens belaufen sich auf insgesamt Fr. 1'400.00. Sie sind gestützt auf Art. 108 Abs. 1 VRPG der unterliegenden Partei, d. h. den Beschwerdegegnern aufzuerlegen. Diese haften laut Art. 106 VRPG dafür solidarisch. Sie haben zudem die amtlichen Kosten des Baubewilligungsverfahrens zu tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD).

Nach Art. 108 Abs. 2 VRPG haben die Beschwerdegegner als unterliegende Partei den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen. Die Kostennote des Anwalts der

⁹ Raumplanungsamt (heute AGR), Gestaltungsfreiheit bei gemeinsamer Projektierung (Art. 75 BauG), Arbeitshilfen für die Ortsplanung, März 1989, S. 12 f. (nachfolgend: AHOP „Gestaltungsfreiheit“)

¹⁰ BVR 1994 S. 298 E. 4

Beschwerdeführenden gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegner haften dafür solidarisch (Art. 106 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid der Gemeinde Mirchel wird aufgehoben und den Beschwerdegegnern wird für das Baugesuch Nr. 04-04 vom 30. April 2004 der Bauabschlag erteilt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.-- werden den Beschwerdegegnern zu Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch. Eine separate Zahlungseinladung erfolgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Die amtlichen Kosten des Bauentscheides von Fr. 6'129.80 bleiben den Beschwerdegegnern auferlegt.

3. Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführenden die Parteikosten von insgesamt Fr. 3'728.35 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Sie haften dafür solidarisch.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C._____, per Gerichtsurkunde
- Herrn Fürsprecher F._____, per Gerichtsurkunde
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Mirchel, Gemeindeverwaltung, per Gerichtsurkunde
- Regierungsstatthalter von Konolfingen, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer
Regierungspräsidentin