

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2004/185

Bern, 21. September 2005

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher C. _____

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ligerz, 2514 Ligerz

vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

betreffend die Verfügung der Gemeinde Ligerz vom 21. Oktober 2004 (Baugesuch Nr. 2001-10.2; Einfamilienhaus, Terrainauffüllungen)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden reichten am 23. März 2001 bei der Gemeinde ein Baugesuch ein für den Neubau eines Einfamilienhauses mit unterirdischem Zugang sowie einer Doppelgarage auf der Parzelle Ligerz Grundbuchblatt Nr. E. _____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone W1 in Hanglage. Vorgesehen war ein Neubau mit einem Untergeschoss (vollständig unter dem fertigen Terrain), einem Erdgeschoss (teilweise im fertigen Terrain), einem Obergeschoss und einem Pultdach mit Abstellraum.



2. Mit Entscheid vom 10. Juli 2001 erteilte die Gemeinde Ligerz für das Bauvorhaben die Baubewilligung. Anlässlich der Bauabnahme am 25. April 2003 wurde festgestellt, dass die Lichtschächte nicht oder kleiner als vorgesehen erstellt wurden. Zudem war das Terrain in Erdgeschosshöhe auf der West- und der Ostseite nicht und auf der Nordseite tiefer als vorgesehen aufgefüllt worden. Die Gemeinde kam zum Schluss, dass der Bau eine Ausnahme für die Überschreitung der zulässigen Geschosshöhe benötige, weil das Erdgeschoss wegen der nicht vorgenommenen Aufschüttungen als Vollgeschoss anzurechnen sei. Mit Einbezug des Obergeschosses ergebe sich ein zweigeschossiger Bau in der Zone W1. Die Beschwerdeführenden bekamen Gelegenheit, angepasste Pläne einzureichen. Am 3. Juli 2003 reichten die Beschwerdeführenden ein Projektänderungsgesuch beziehungsweise ein Ausnahmegesuch für das Weglassen der Aufschüttungen ein (datiert vom 15. Mai 2003).

In ihrer Eingabe vom 18. August 2004 hielten die Beschwerdeführenden fest, dass es sich beim Erdgeschoss um das anrechenbare Geschoss handle. Das bisher als Obergeschoss bezeichnete Geschoss sei als Dachgeschoss anzusehen, das gemäss dem Baureglement ausgebaut werden dürfe.

3. Mit Entscheid vom 21. Oktober 2004 wies die Gemeinde Ligerz das Ausnahmegesuch für die Überschreitung der zulässigen Geschosshöhe ab. Zudem verpflichtete sie die Beschwerdeführenden, die Umgebung derart zu gestalten, dass das Erdgeschoss kein Vollgeschoss im Sinne des Baureglements mehr darstelle. Die Gemeinde setzte dafür eine Frist bis am 30. April 2005 an und drohte für den Fall der Nichtausführung die Ersatzvornahme an.

4. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 24. November 2004 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Gesamtentscheides vom 21. Oktober 2004 und die Abschreibung des Bauabnahme- und Baupolizeiverfahrens. Eventualiter beantragen sie die Baubewilligung für das Gebäude in der heute bestehenden Form verbunden mit der Auflage, in der Fassade der Westfassade das Terrain so weit wieder aufzufüllen, dass die Gebäudehöhe von 6 m eingehalten wird. Subeventualiter beantragen sie die Erteilung der Bau- und Ausnahmegewilligung für die nachträgliche Projektänderung gemäss den Plänen

vom 15. Dezember 2003 / 15. März 2004. Sie machen insbesondere geltend, das Erdgeschoss sei aufgrund der gesetzlichen Regelungen unabhängig von der angrenzenden Terraingestaltung als Vollgeschoss zu betrachten, das Obergeschoss sei als Dachgeschoss nicht an die Geschosszahl anrechenbar. Im Übrigen treffe es zu, dass die Umgebungsgestaltung im Laufe der Bauausführung verschiedene Änderungen erfahren habe, diese würden aber den Rahmen des Üblichen nicht sprengen. Zudem seien mehrere Häuser in der unmittelbaren Nachbarschaft wie das Haus der Beschwerdeführenden gebaut worden, weshalb die Beschwerdeführenden Anspruch auf Gleichbehandlung hätten.

Die Gemeinde hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass die Beschwerdeführenden von Anfang an davon ausgegangen seien, dass es sich beim Dachgeschoss um ein Vollgeschoss handle. Indem sie nun einen anderen Standpunkt einnehmen, sei ihr Verhalten widersprüchlich. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung seien nicht erfüllt. Eine Ungleichbehandlung in Bezug auf andere Nachbarn liege nicht vor. Die Verpflichtung der Beschwerdeführenden zur Realisierung des tatsächlich bewilligten Vorhabens sei verhältnismässig.

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch. Danach führte es im Beisein der Parteien einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern. Die Beschwerdeführenden reichten danach die Ausgabe Nr. 2 / 2005 des Magazins „Das Einfamilienhaus“ ein, in dem ihrem Haus die Titelreportage gewidmet ist, und stellten verschiedene Beweisanträge zur Dokumentation der Baugeschichte, die abgewiesen wurden. Das Rechtsamt zog Bauakten von verschiedenen Vergleichsobjekten bei. Anschliessend erhielten die Parteien Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen.

Auf die Rechtsschriften und auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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)

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen / Eintreten

Die Beschwerdeführenden fechten den Bauabschlag für das Projektänderungsgesuch und die baupolizeiliche Wiederherstellungsmassnahme an. Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen gemäss Art. 45 bis 48 BauG² können nach Art. 40 Abs. 1 BauG beziehungsweise Art. 49 Abs. 1 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Zur Baubeschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Zur Beschwerde gegen baupolizeiliche Verfügungen ist befugt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Die Beschwerdeführenden sind als abgewiesene Baugesuchsteller und Adressaten der Wiederherstellungsverfügung formell und materiell beschwert und zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde ist form- und fristgerecht erhoben worden. Auf sie wird eingetreten.

2. Geschosszahl

Die Gemeinde bewilligte mit Bauentscheid vom 10. Juli 2001 das Einfamilienhaus. Nach den genehmigten Plänen umfasst das Haus ein Kellergeschoss (Entree, Heizung/Basteln, Weinkeller etc.), ein Erdgeschoss (Wohnen, Küche) und ein Obergeschoss (Wohnen, Dusche/Sauna). Die Gemeinde ist der Ansicht, sie habe einen eingeschossigen Bau bewilligt, da das Erdgeschoss nicht als Geschoss zähle. Erst das Weglassen der geplanten Terrainauffüllungen führe dazu, dass das im bewilligten Plan als Erdgeschoss bezeichnete Geschoss als Geschoss gezählt werden müsse. Die Beschwerdeführenden anerkennen das Erdgeschoss als Vollgeschoss. Sie machen hingegen geltend, das in den Plänen als „Obergeschoss“ gekennzeichnete Geschoss sei als Dachgeschoss nicht an die Geschosszahl anzurechnen.

a) Das Einfamilienhaus liegt in der Zone W1, wo eingeschossige Bauten erlaubt sind.

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

Nach Art. 35 Abs. 1 und 2 GBR³ zählen das Erdgeschoss und die Obergeschosse als Geschosse. Das Kellergeschoss zählt als Geschoss, wenn es bei offener Bauweise im Mittel aller Fassaden bis oberkant Erdgeschossboden gemessen den fertigen Boden wie auch den gewachsenen Boden um mehr als 1.50 m überragt.

b) Das bewilligte Projekt sah vor, dass das in den Plänen als Erdgeschoss bezeichnete Geschoss den fertigen wie auch den gewachsenen Boden um höchstens 1.50 m überragt und so nicht als Vollgeschoss angerechnet werden muss. Bei der Bauabnahme vom 25. April 2003 wurde festgestellt, dass die Terrinauffüllungen an der West-, Nord- und Ostfassade nicht oder weniger hoch als bewilligt ausgeführt wurden und die mittlere Höhe zwischen oberkant Obergeschossboden und fertigem Terrain beim ausgeführten Bau 2.10 m beträgt. Auch das gewachsene Terrain wird um mehr als 1.50 m überragt. Das in den Plänen als Erdgeschoss bezeichnete Geschoss muss deshalb beim ausgeführten Bau gestützt auf Art. 35 Abs. 2 GBR als Geschoss angerechnet werden, es kann nicht als Kellergeschoss gelten.

c) Die Beschwerdeführenden machen geltend, das in den Plänen als „Obergeschoss“ gekennzeichnete Geschoss sei als Dachgeschoss anzuerkennen, weil das Baureglement weder eine Beschränkung der Kniewandhöhe noch irgendeine obere Beschränkung der zulässigen Raumhöhe im Dachgeschoss kenne. Das Gemeindebaureglement von Ligerz enthält keine Definition des Dachgeschosses. „Bei der Unterscheidung zwischen einem vollanrechenbaren "Normalgeschoss" und einem Dachgeschoss sind verschiedene Kriterien heranzuziehen. Einerseits muss von aussen ohne weiteres erkennbar sein, dass die betreffenden Räume in einem Dachraum eingebaut sind; ein besonders deutliches Zeichen dafür sind beispielsweise die Fenster, die beim Dachgeschoss der Dachschräge wegen nicht die gleichen sein können wie beim Normalgeschoss. Andererseits ist das Dachgeschoss auch nicht gleich nutzbar wie ein Normalgeschoss: die Dachschräge schränkt die Nutzung ein. Schliesslich ist auch der insbesondere durch die Dachschräge bedingte Eindruck, den ein Raum vermittelt, im Dachgeschoss nicht der gleiche wie im Normalgeschoss.“⁴ Bei einer Kniewandhöhe von 1.50 m kann in der Regel noch von einem Dachgeschoss gesprochen werden⁵. Beim als „Obergeschoss“ bezeichneten Geschoss

³ Baureglement vom 29. Februar 1996 der Gemeinde Ligerz (Gemeindebaureglement, GBR), genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 8. Januar 1997

⁴ BVR 1993 S. 201 E. 3

⁵ BVR 1993 S. 201 E. 3; Aldo Zaugg, Kommentar zum bernischen BauG, 2. Aufl. 1995, Art. 13 N. 5

kann klarerweise nicht von einem Dachgeschoss beziehungsweise von einem Dachraum gesprochen werden. Aus den Plänen⁶ geht hervor, dass das Obergeschoss keine Dachschräge aufweist. Die Räume sind gleich nutzbar wie die Räume eines Normalgeschosses. Die Raumhöhe ist im Obergeschoss die gleiche wie im Erdgeschoss. Die Räume im Obergeschoss vermitteln keinen anderen Eindruck als die Räume im Erdgeschoss. Beim Obergeschoss handelt es sich demnach um ein Vollgeschoss.

d) Damit steht fest, dass die Beschwerdeführenden in der Wohnzone W1 entgegen der Baubewilligung ein zweigeschossiges Haus gebaut haben.

3. Projektänderung

Die Beschwerdeführenden beantragen als Eventualantrag, es sei ihnen die Baubewilligung für das Gebäude in der heutigen Form zu erteilen mit der Auflage, das Terrain an der Westfassade aufzufüllen. Als Subeventualantrag ersuchen sie um die Erteilung der Bau- und Ausnahmenbewilligung für die nachträgliche Projektänderung gemäss Plänen vom 15.12.2003/15.03.2004. Mit dieser Projektänderung soll nach Angaben der Beschwerdeführenden die mittlere Höhe zwischen oberkant Obergeschossboden und projektiertem Terrain auf 1.86 m reduziert werden.

a) Wie oben ausgeführt, ist das Gebäude in der heutigen Form ein zweigeschossiges Haus in der W1. Daran würde eine Terrainauffüllung an der Westfassade nichts ändern. Das Gebäude in der heutigen Form widerspricht den Zonenvorschriften und kann nicht bewilligt werden.

b) Die Beschwerdeführenden haben am 15. Mai 2003 bei der Gemeinde das folgende Projektänderungs- und Ausnahmegesuch eingereicht:

Infolge des vorgefundenen Felsens und unter Berücksichtigung des natürlichen Terrains hat sich die Bauherrschaft in der Ausführungsphase entschieden, die im Baugesuch eingezeichneten „künstlichen“ Aufschüttungen in Formen von Hügeln und Stützmauern wegzulassen. Da die Gebäudehöhe nicht verändert wurde (nach Baugesuch und Vorschriften) bitten wir Sie, das Ausnahmegesuch anhand der beiliegenden Ausführungsplänen zu bewilligen.

⁶ Projektpläne „Südfassade“ und „schnitt a-a“, genehmigt am 10. Juli 2001

Die zum Projektänderungs- und Ausnahmegesuch gehörenden Pläne wurden am 15. Dezember 2003 und 15. März 2004 korrigiert. Die Gemeinde hat dem Gesuch mit dem angefochtenen Entscheid den Bauabschlag erteilt.

c) Auch die mit der Projektänderung vorgesehenen Terrainauffüllungen vermögen nicht zu bewirken, dass das Erdgeschoss als Kellergeschoss nach Art. 35 Abs. 2 GBR gelten könnte und die Baute eingeschossig wird. Die Projektänderung kann nur bewilligt werden, wenn eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG für die Überschreitung der Geschoszahl erteilt werden kann.

d) Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften können 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. Nach der Rechtsprechung können alle wesentlichen Interessen, welche sich auf Zweck, Umfang oder Gestaltung des Bauvorhabens beziehen und in den geltenden Vorschriften keine Berücksichtigung finden, die Gewährung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen. Interessen dieser Art müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Die Gewährung einer Ausnahme ist demnach vorab beim Vorliegen von objektiven Besonderheiten erlaubt (zum Beispiel Lage und Form der Parzelle, Beschaffenheit des Baugrundes, technisch bedingte Ausnahmesituationen usw.). Mit einer Ausnahmegewilligung kann auch Besonderheiten Rechnung getragen werden, die in den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Person begründet sind (z.B. Bedürfnisse einer behinderten Person). Der Ausnahmegrund ist keine absolute Grösse. Ob ein Sachverhalt als solcher zu genügen vermag, hängt vielmehr von drei Komponenten ab: Vom Interesse der Bauherrschaft an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der Abweichung.⁷

e) Mit der hier fraglichen Ausnahme wird massiv von den Bauvorschriften abgewichen, soll doch anstelle des zulässigen eingeschossigen Hauses ein zweigeschossiges bewilligt werden. Besondere Verhältnisse sind keine ersichtlich. Mit einer Bauausführung entsprechend der Baubewilligung hätten die Vorschriften der W1 problemlos eingehalten werden können. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der vorgefundene Baugrund und das

⁷ BVR 2002 S. 1 E. 3d; Daniel Gallina, die Ausnahme bestätigt die Regel, in KPG-Bulletin 3/2002 S. 50 ff

natürliche Terrain die bewilligten Aufschüttungen verunmöglichen sollten. Die Bauausführung entspringt einzig den Wünschen der Bauherrschaft nach einer ihren Vorstellungen entsprechenden Umgebungsgestaltung, was nicht als besondere Verhältnisse nach Art. 26 BauG gelten kann. Da schon die besonderen Verhältnisse nicht vorliegen, brauchen die übrigen Voraussetzungen von Art. 26 BauG nicht geprüft zu werden. Die Ausnahmewilligung ist zu verweigern.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

Die Gemeinde Ligerz hat die Beschwerdeführenden in der angefochtenen Verfügung verpflichtet, die Umgebung derart zu gestalten, dass das Erdgeschoss kein Vollgeschoss im Sinne des Baureglements der Einwohnergemeinde Ligerz darstellt. Es ist zu prüfen, ob diese Wiederherstellungsverfügung zu Recht erlassen wurde.

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so setzt die Baupolizeibehörde dem Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 BauG). „Die Wiederherstellungsverfügung muss verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Sie kann unterbleiben, wenn die verantwortliche Person in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung berechtigt, und wenn der Beibehaltung des unrechtmässigen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt. Die Anordnung darf zudem nicht weiter gehen, als es zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig ist, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des oder der Pflichtigen muss durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Auch eine Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich auf diesen Grundsatz berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, den Interessen an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen.“⁸

⁸ BVR 2002 S. 8 E. 2 mit Hinweisen

b) Eine Bauherrschaft kann nur dann als gutgläubig gelten, wenn sie annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt. Dabei muss sich die Bauherrschaft das Wissen des Architekten anrechnen lassen⁹. Auf den zur Baubewilligung gehörenden Plänen finden sich detaillierte Berechnungen zur mittleren Höhe zwischen oberkant Obergeschoss und projektiertem Terrain, welche die Einhaltung von Art. 35 Abs. 2 GBR belegen sollen. Dem Architekten und damit auch den Beschwerdeführenden musste also klar gewesen sein, dass die geplanten und bewilligten Terrainaufschüttungen eine Voraussetzung sind für die Einhaltung der Zonenkonformität und damit für die Erteilung der Baubewilligung. Sie sind bei der Bauausführung bewusst von der Bewilligung abgewichen, indem sie die Lichtschächte weniger hoch ausführten als geplant und die Terrainaufschüttungen weitgehend unterliessen. Damit haben sie als bösgläubig zu gelten. Bösgläubig ist nicht nur die Bauherrschaft, die von Anfang an beabsichtigt, die Baute anders auszuführen als bewilligt. Als gutgläubig kann auch diejenige Bauherrschaft nicht gelten, die während der Bauausführung die Baute bewusst abweichend von der Baubewilligung ausführt.

5. Verhältnismässigkeit der Wiederherstellungsmassnahmen

Auch bei Bösgläubigkeit ist die Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung zu prüfen, das heisst ob die „Massnahmen zur Erreichung eines gesetzeskonformen Zustandes geeignet und erforderlich sind und nicht zu einem schärferen Eingriff führen, als zur Erreichung des Zwecks notwendig ist“¹⁰.

a) Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes müssen die Beschwerdeführenden die in der Baubewilligung vorgesehenen Terrainaufschüttungen vornehmen. Im Einzelnen würde das folgenden Aufwand bedingen:

- An der Westfassade muss im mittleren Teil der Fassade auf einer Länge von 3 m eine Aufschüttung von 1.50 m Höhe vorgenommen werden.
- An der Ostfassade müssen zwei Lichtschächte erhöht und auf einer Länge von 8 m eine Aufschüttung mit einer Höhe zwischen 50 cm und 2 m vorgenommen werden.
- An der Nordfassade müssen der Lichtschacht erhöht und auf der gesamten Fassadenlänge eine Aufschüttung mit einer Höhe von rund 1 m vorgenommen

⁹ Aldo Zaugg, Kommentar zum bernischen BauG, 2. Aufl. 1995, Art. 46 N. 8

¹⁰ BVR 2002 S. 8 E. 4a mit Hinweisen

werden. Dabei ist es nicht nötig, den ursprünglichen Terrainverlauf wie in der Baubewilligung vorgesehen wiederherzustellen. Das Ziel der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung wird auch mit einer Aufschüttung an der Fassade erreicht.

b) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die vorzunehmenden Veränderungen wären völlig sinnlos. Die Eingriffe wären höchstens von den Nachbargrundstücken aus sichtbar und würden vor allem die ästhetische Wirkung des Hauses erheblich beeinträchtigen. Die Gemeinde will mit der Wiederherstellung erreichen, dass das Gebäude als eingeschossig gelten kann. Sie macht geltend, für die Rechtssicherheit sei die Wiederherstellung in diesem Fall zentral. Angesichts der vielen noch zu erstellenden Bauten an der heiklen Hanglage sei dafür zu sorgen, dass nicht diejenigen besser gestellt werden, welche ihr Bauvorhaben in Überschreitung der Baubewilligung realisiert haben.

c) Der Zweck der Wiederherstellung ist hier die Eingeschossigkeit der Baute in der W1. Daran hat die Gemeinde ein erhebliches öffentliches Interesse. Es ist nachvollziehbar, dass die Gemeinde hier der Rechtssicherheit ein grosses Gewicht beilegt. Tatsächlich wäre bei zukünftigen Bauten an dieser Lage Art. 35 Abs. 2 GBR kaum mehr durchsetzbar, wenn hier auf eine Wiederherstellung verzichtet würde. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Zweigeschossigkeit des Hauses nur von den Nachbargrundstücken aus erkennbar ist. Zukünftige Bauherren werden das hier umstrittene Bauvorhaben in jedem Fall als Präjudiz anführen.

d) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die ästhetische Wirkung des Hauses werde durch die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen erheblich beeinträchtigt. Es ist nicht auszuschliessen, dass durch die Wiederherstellung die ästhetische Wirkung des Hauses leidet. Die Beschwerdeführenden haben aber das Haus ursprünglich so geplant und sich bewilligen lassen. Es darf damit davon ausgegangen werden, dass auch das Haus mit den Terrinauffüllungen eine akzeptierbare ästhetische Wirkung haben wird. Die Beschwerdeführenden haben zudem mit der Gestaltung und eventuell Begrünung der Terrinauffüllung die Möglichkeit, die ästhetische Wirkung positiv zu beeinflussen. Das Interesse der Gemeinde an der Rechtssicherheit und der Durchsetzung ihrer Bestimmung über die Anrechnung von Kellergeschossen wiegt hier höher als das Interesse der Beschwerdeführenden an einer optimal ihren Wünschen entsprechenden Gestaltung ihres Hauses.

e) Die Beschwerdeführenden behalten sie sich vor, nach einer allfälligen Wiederherstellung ein zusätzliches Dachgeschoss zu planen. Dieses müsste gestützt auf die baurechtliche Vorschriften bewilligt werden, wäre aber dem Orts- und Landschaftsbild abträglich. Ob nach der Wiederherstellung ein zusätzliches Dachgeschoss erstellt werden könnte, ist für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der strittigen Wiederherstellungsmassnahmen nicht relevant. Ein Dachausbau ist grundsätzlich auch dann möglich, wenn auf die Wiederherstellung verzichtet wird.

6. Rechtsgleichheit

Die Beschwerdeführenden weisen auf verschiedene Häuser in der Nachbarschaft hin, die ebenfalls zweigeschossig gebaut worden seien. Sie leiten daraus einen Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung ab.

a) Das Gebot rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV ist ein selbständiges verfassungsmässiges Recht. Es garantiert in allgemeiner Weise die Gleichbehandlung der Menschen durch alle staatlichen Organe. Die Rechtsgleichheit gebietet, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Ein Entscheid verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit und damit Art. 8 Abs. 1 BV, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen, über die zu entscheiden ist, nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.¹¹ Es ist zu prüfen, ob die genannten Häuser tatsächlich mit dem vorliegenden Fall vergleichbar sind.

b) Beim Haus am F. _____ weg 20 (G. _____) ergab die Berechnung nach Art. 35 Abs. 2 GBR im Baubewilligungsverfahren (in den Bauakten), dass das Kellergeschoss den fertigen Boden wie auch den gewachsenen Boden um weniger als 1.50 m überragt. Die Gemeinde konnte deshalb das Gebäude als eingeschossige Baute bewilligen. Die Kontrolle nach der Bauabnahme (Beilage 2 der Vernehmlassung der Gemeinde Ligerz vom

¹¹ Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 396 ff.; BGE 117 Ia 257 E. 3b

22. Dezember 2004) ergab zwar eine kleine Differenz zum bewilligten Vorhaben (1.44 m statt 1.42 m), Art. 35 Abs. 2 GBR wird damit aber immer noch eingehalten. Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Gemeinde habe bei der Flächenberechnung an der Westfassade die vorgelagerte Stützmauer als Fassade angenommen. Die Berechnung sei deshalb falsch. Der Plan in der Beilage 2 der Vernehmlassung der Gemeinde Ligerz vom 22. Dezember 2004 zeigt, dass diese Behauptung nicht zutrifft. Gelb eingezeichnet – und damit für die Flächenberechnung massgebende Fassade – ist die Fläche der Hausfassade bis zum Reduit. Erst auf der Höhe des Reduits wird die äussere Mauer als Fassade angenommen, dort wo die Mauer nicht mehr nur als Stützmauer den Vorplatz abgrenzt sondern tatsächlich die Aussenmauer des Hauses ist.

c) Auch beim Haus am F._____weg 21 (H._____) ergab die Berechnung nach Art. 35 Abs. 2 GBR im Baubewilligungsverfahren (in den Bauakten und Beilage 3 der Vernehmlassung der Gemeinde Ligerz vom 22. Dezember 2004), dass das Kellergeschoss den fertigen Boden wie auch den gewachsenen Boden um weniger als 1.50 m überragt. Das Haus wurde nicht genau nach den Plänen ausgeführt, die Bauherrschaft nahm eine Abgrabung vor. Die zulässige Geschosshöhe und die Gebäudehöhe werden dadurch überschritten. Die Bauherrschaft ersuchte um eine Ausnahmegewilligung mit der Begründung, sie wünsche einen rollstuhlgängigen Zugang zum Untergeschoss. Die Gemeinde erteilte am 8. März 2001 die Ausnahmegewilligung.

d) Beim Haus am F._____weg 22 (I._____) ergab die Berechnung nach Art. 35 Abs. 2 GBR im Baubewilligungsverfahren (in den Bauakten, Beilage Plan 282SF zum Baugesuch), dass das Kellergeschoss den fertigen Boden wie auch den gewachsenen Boden um weniger als 1.50 m überragt. Das Haus wurde nicht genau nach den Plänen ausgeführt, das Kellergeschoss überragt den fertigen Boden im Schnitt um 1.56 m (Plan Nr. 282/400/282/SF vom 15.2.2005 Rückseite). Die Gemeinde hat die Bauherrschaft mit Brief vom 25. Juli 2005 aufgefordert, ein Ausnahmegesuch einzureichen. Der Ortsplaner vertritt in seinem Bericht vom 21. Juni 2005 (in den Bauakten) an die Gemeinde die Ansicht, eine Ausnahmegewilligung könne erteilt werden.

e) Beim Haus am J._____strasse 56 (K._____) ergab die Berechnung nach Art. 35 Abs. 2 GBR im Baubewilligungsverfahren (in den Bauakten, Beilage Plan 0402/02), dass das Kellergeschoss den fertigen Boden wie auch den gewachsenen Boden um 1.50 m überragt. Das Haus wurde nicht nach den Plänen ausgeführt, das Kellergeschoss

überragt heute den fertigen Boden im Schnitt um 2.28 m (in den Bauakten und Beilage 3 der Vernehmlassung der Gemeinde Ligerz vom 22. Dezember 2004). Die Bauherrschaft hat ein Gesuch um nachträgliche Projektänderung eingereicht. Die Gemeinde hat die Bauherrschaft mit Brief vom 8. Juni 2005 aufgefordert, zudem ein Ausnahmegesuch einzureichen.

f) Die Bauakten der beigezogenen Vergleichsobjekte zeigen, dass die Gemeinde bei der Erteilung der Baubewilligung Art. 35 Abs. 2 GBR einheitlich anwendet. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführenden bewilligt die Gemeinde keine zweigeschossigen Bauten in der W1. Sie kontrolliert die Bauausführung und schreitet ein, wenn sie Abweichungen feststellt, so wie sie das auch im vorliegenden Fall getan hat. Eine Praxis der Gemeinde bei der Behandlung von nachträglichen Projektänderungs- und Ausnahmegesuchen ist noch nicht feststellbar. Von den vier Gesuchen hat die Gemeinde eines bewilligt, eines abgelehnt, zwei sind noch hängig. Es kann offen bleiben, ob die Ausnahmegewilligung im Fall F. _____weg 21 (H. _____) zu Recht erteilt wurde. Bloss eine allenfalls rechtswidrig erteilte Bewilligung gibt keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Für die hängigen Fälle wird der vorliegende Entscheid ein Präjudiz auch für die Beurteilung der Ausnahmegesuche sein. Die Gemeinde wird dabei zu berücksichtigen haben, dass nach der Rechtsprechung die Geringfügigkeit der Abweichung kein Ausnahmegrund nach Art. 26 BauG ist (vgl. oben E. 3d).

7. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich die Beweisanträge, die die Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 25. April 2005 gestellt haben.

8. Kosten für das Gutachten

Anlässlich des Augenscheins hat die Gemeinde Ligerz auf die Kosten für die Expertise Kurt Zbinden (werk.stadt99) verzichtet. Ziffer 3 des Bauentscheides wird dementsprechend korrigiert.

9. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde abgewiesen und die Verfügung vom 21. Oktober 2004 der Gemeinde Ligerz bestätigt wird.

b) Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführenden als unterliegende Partei im Sinne von Art. 108 Abs. 1 VRPG¹². Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen. Die Verfahrenskosten werden in Anwendung von Art. 19 GebV¹³ auf Fr. 2'000.-- festgelegt. In dieser Pauschalgebühr sind die Kosten für den Augenschein inbegriffen.

c) Parteikosten sind keine zu sprechen. Die Beschwerdeführenden haben als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Gemeinde obsiegt zwar, hat aber als Behörde ihre Parteikosten selber zu tragen (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid der Gemeinde Ligerz vom 21. Oktober 2004 wird mit Ausnahme von Ziffer 3 („Kosten und Gebühren“) bestätigt.
2. Die Beschwerdeführenden werden aufgefordert, ihr Haus der Baubewilligung vom 10. Juli 2001 entsprechend fertig zu stellen. Im Einzelnen sind folgende Massnahmen durchzuführen:
 - An der Westfassade muss im mittleren Teil der Fassade auf einer Länge von 3 m eine Aufschüttung von 1.50 m Höhe vorgenommen werden.
 - An der Ostfassade muss auf einer Länge von 8 m eine Aufschüttung mit einer Höhe zwischen 50 cm und 2 m vorgenommen werden.
 - An der Nordfassade muss auf der gesamten Fassadenlänge eine Aufschüttung mit einer Höhe von rund 1 m vorgenommen werden.

Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wird neu bestimmt auf den **31. März 2006**.

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

3. Ziffer 3 des Bauentscheides vom 21. Oktober 2004 lautet neu wie folgt:

Kosten und Gebühren

Kontrolle auf Vollständigkeit und inhaltliche Richtigkeit	Fr. 25.00
Prüfung der verschiedenen Vorschläge	Fr. 975.00
Instruktionsverhandlung vor Ort	Fr. 200.00
Rückweisung zur Verbesserung (3x)	Fr. 150.00
Bauentscheid	Fr. 400.00
Baukontrolle	<u>Fr. 50.00</u>
Total	<u>Fr. 1'800.00</u>

4. Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'000.-- festgesetzt und den Beschwerdeführenden auferlegt.
5. Parteikosten sind keine zu sprechen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C. _____, als GU
- Herrn Fürsprecher D. _____, als GU
- Regierungsstatthalter von Nidau, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin