

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2011/49

Bern, 14. Oktober 2011

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Frau Rechtsanwältin C._____



und

D._____
Beschwerdegegnerin 1

E._____
Beschwerdegegnerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Gemeindeverwaltung,
Vordorfgasse 1, 3714 Frutigen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen vom
14. März 2011 (Neubau Wohnhäuser)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerinnen reichten am 26. August 2010 bei der Gemeinde Frutigen ein Baugesuch ein für die Überbauung der Parzellen Frutigen Gbbl. Nr. G._____ und H._____ mit drei Einfamilienhäusern (Gebäude Nr. 1, 2 und 5), einem Doppeleinfamilienhaus (Gebäude Nr. 4), einem Dreifamilienhaus (Gebäude Nr. 6) sowie einem Sechsfamilienhaus (Gebäude Nr. 3) und einer unterirdischen Einstellhalle. Die Beschwerdegegnerinnen beanspruchen die Gestaltungsfreiheit bei gemeinsamer Projektierung nach Art. 75 BauG¹. Die Parzellen liegen in der Wohnzone W2 H (Hang). Für das Gebäude Nr. 2 stellten sie ein Ausnahmegesuch für das Überschreiten der Gebäudehöhe. Am 9. September 2010 und 2. Dezember 2010 reichten sie Ausnahmegesuche ein für das Unterschreiten des Strassenabstandes durch vorspringende Gebäudeteile wie Balkone und Vordächer bei den Gebäuden Nr. 1, 4 und 5 an der I._____ Strasse. Gegen das Bauvorhaben erhoben nebst anderen die Beschwerdeführenden Einsprache. Die Beschwerdegegnerinnen nahmen daraufhin einige Projektänderungen vor. Unter anderem wurde die Anzahl der Parkplätze reduziert und für die Spielfläche ein grösserer Bereich vorgesehen. Die Beschwerdeführenden hielten an ihrer Einsprache fest.

Mit Gesamtentscheid vom 14. März 2011 erteilte die Gemeinde Frutigen die Baubewilligung mit den beantragten Ausnahmegewilligungen und wies die Einsprachen ab.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 18. April 2011 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragten die Aufhebung des Gesamtentscheides vom 14. März 2011 und die Erteilung des Bauabschlages. Ihre Rügen beziehen sich insbesondere auf die Spielflächen, die Erteilung der Ausnahmegewilligungen, die Gestaltung sowie die Erschliessung und Verkehrssicherheit.

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

3. Die Beschwerdegegnerinnen beantragen mit Beschwerdeantwort vom 23. Mai 2011, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen. Die Gemeinde schliesst in ihrer Stellungnahme vom 20. Mai 2011 ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², gab den Parteien mit Verfügung vom 16. Juni 2011 Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob durch die geplante Wohnnutzung im Galeriegeschoss des Mehrfamilienhauses Nr. 3 die Bestimmung von Art. 36 des Gemeindebaureglements³ verletzt werde. Die Gemeinde verwies in ihrer Stellungnahme auf die Teilrevision der Ortsplanung vom 28. Oktober 2005 und reichte die heute geltende Fassung von Art. 36 GBR ein. Das Rechtsamt holte beim Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) einen Fachbericht zu den Spielflächen ein. Es gab den Parteien Gelegenheit, sich zum Fachbericht des AGR zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen.

Auf die Rechtsschriften und den Fachbericht des AGR wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG⁴. Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). 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 gegen den Gesamtentscheid zuständig.

² 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)

³ Baureglement der Einwohnergemeinde Frutigen, beschlossen am 23.11.1997, vom AGR genehmigt am 6.04.1998 (GBR)

⁴ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden haben sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und sind unterlegen. Sie haben ein eigenes schutzwürdiges Interesse an allen erhobenen Einwendungen (vgl. Art. 40 Abs. 2 i.V.m. Art. 35c Abs. 1 BauG), denn das Bauvorhaben kann nicht verwirklicht werden, wenn sie mit ihren Rügen durchdringen.⁵ Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Replikrecht

a) Mit Hinweis auf Art. 69 VRPG⁶ beantragten die Beschwerdegegnerinnen mit Schreiben vom 18. Juli 2011, die Eingabe der Beschwerdeführenden vom 15. Juli 2011 sei aus den Akten zu weisen, da sie unverlangt erfolgt sei.

b) Es trifft zu, dass nach Art. 69 Abs. 1 VRPG in der Regel nur ein Schriftenwechsel durchgeführt wird. Aus der Garantie des „fair trials“ von Art. 6 EMRK⁷ und des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV⁸ leitet die Rechtsprechung ein generelles Replikrecht ab. Dieses umfasst das Recht der Parteien, von jeder eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, sofern sie dies für erforderlich halten. Das Replikrecht gilt unabhängig davon, ob das Aktenstück neue Tatsachen oder Argumente enthält. Es muss jedoch unverzüglich ausgeübt werden, andernfalls kann nach Ablauf einer angemessenen Frist angenommen werden, die Partei habe auf ihr Replikrecht verzichtet.⁹ Gestützt auf diese Praxis war es den Beschwerdeführenden somit unbenommen, umgehend auf die Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen vom 13. Juli 2011 zu replizieren. Der Antrag der Beschwerdegegnerinnen ist deshalb abzuweisen.

⁵ BGE 137 II 30, E. 2

⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁷ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁹ BVR 2009 S. 328 E. 2.4; VGE 100.2010.419 vom 6.04.2011; BGE 133 I 100 E. 4.3 ff., neustens BGE 137 I 195 E. 2.3.1 (für das gerichtliche Verfahren); BGer 5A_42/2011 vom 21.03.2011, E. 2.2.2, in Praxis 9/2011, S. 657 ff.

3. Kinderspielplatzfläche und Aufenthaltsbereich

a) Es ist umstritten, ob die als Spielplatz und Aufenthaltsbereich vorgesehenen Flächen eine genügende Grösse aufweisen, und ob sie für diese Zwecke geeignet sind.

Gemäss Art. 15 Abs. 1 BauG hat die Bauherrschaft beim Bau von Mehrfamilienhäusern im Freien Aufenthaltsbereiche für die Bewohner, insbesondere Kinderspielplätze, zu schaffen. Die Bauverordnung¹⁰ enthält in Art. 42 ff. die Ausführungsbestimmungen zu Art. 15 BauG. Die Gemeinde hat selber keine weitergehenden Vorschriften erlassen (vgl. Art. 42 Abs. 2 BauV). Unter Aufenthaltsbereich wird ein wenigstens mit einfachen Mitteln zum Verweilen im Freien eingerichteter Teil des Gebäudegrundstücks verstanden (Art. 43 Abs. 1 BauV). Kinderspielplätze sind für Kleinkinder und schulpflichtige Kinder eingerichtete Spielflächen (Art. 43 Abs. 2 BauV). Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze sind ihrem Zweck entsprechend einzurichten (Art. 44 Abs. 4 Satz 1 BauV). Das Raumplanungsamt des Kantons Bern (heute: Amt für Gemeinden und Raumordnung, AGR) hat dazu im Juni 1992 die Arbeitshilfe für die Ortsplanung (AHOP) Nr. 92.2 «Empfehlungen für die Projektierung und Gestaltung von benutzerfreundlichen Aussenräumen von Wohnüberbauungen»¹¹ herausgegeben. Ein Spielplatz soll, damit er den Bedürfnissen nach Bewegung und spielerischer Betätigung gerecht wird, einen gewissen Freiraum und eine attraktive Spielumgebung bieten. Er soll so angelegt werden, dass mögliche Nutzungskonflikte vermieden oder zumindest minimiert werden und die Privatsphäre der Wohnungen gewahrt bleibt.¹² In Ziffer 3.4 «Dimensionierung/Berechnung»¹³ wird ausgeführt, dass Spiel- und Aufenthaltsbereiche in der Regel eine minimale nutzbare Breite von 5 m aufweisen müssen. Schmalere Bereiche können aus funktionellen Gründen in der Regel nicht angerechnet werden. Gegenüber Hauptfassaden von Wohn- und Gewerbebauten wird ein Streifen von 3 m in der Regel nicht angerechnet, da dieser Streifen zur Wahrung der Privatsphäre unerlässlich ist. Dieser Abstand kann bei speziellen Fällen angemessen reduziert (Hochparterre) oder erhöht (private Gartensitzplätze) werden.

¹⁰ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

¹¹ Arbeitshilfe für die Ortsplanung (AHOP) Nr. 92.2 «Empfehlungen für die Projektierung und Gestaltung von benutzerfreundlichen Aussenräumen von Wohnüberbauungen», Projektleiter: Peter Bieri (Raumplanungsamt); Projektbegleiter: Paul Sasse (Bauverwalter), Felix Wettstein (Pro Juventute), Alois Zuber (Stadtgärtnerei Bern); Projektbearbeitung: Adrian Meyer (HMS Hofer Meyer Sennhauser Architekten + Planer AG).

¹² Vgl. AHOP Nr. 92.2 «Empfehlungen für die Projektierung und Gestaltung von benutzerfreundlichen Aussenräumen von Wohnüberbauungen», S. 5, 11, 15

¹³ AHOP Nr. 92.2 «Empfehlungen für die Projektierung und Gestaltung von benutzerfreundlichen Aussenräumen von Wohnüberbauungen», S. 19.

b) Die Beschwerdegegnerinnen und die Gemeinde wenden ein, bei der Arbeitshilfe für die Ortsplanung Nr. 92.2 handle es sich nur um eine Empfehlung und nicht um ein Gesetz. Eine Empfehlung lasse einen gewissen Spielraum offen.

Die obenerwähnten Empfehlungen wurden gestützt auf Art. 44 Abs. 4 BauV erlassen und dienen dazu, die Anforderungen an zweckdienliche Spielplätze und Aufenthaltsbereiche aus fachlicher Sicht zu konkretisieren. Sie haben hinweisenden Charakter und sollen den Bauherren und Behörden sowie den planenden und ausführenden Fachleuten aufzeigen, wie die Absichten der gesetzlichen Bestimmungen sinnvoll in die Wirklichkeit umgesetzt werden können.¹⁴ Die von Fachleuten definierten Kriterien sind deshalb bei der Beurteilung der vorliegenden Spiel- und Aufenthaltsfläche heranzuziehen. Ein Abweichen rechtfertigt sich nur, wenn es aus sachlichen Gründen geboten erscheint.

c) Die Fläche der Kinderspielplätze hat wenigstens 15 Prozent der Bruttogeschossfläche der Familienwohnungen zu entsprechen, für Aufenthaltsbereiche sind 5 Prozent der Bruttogeschossfläche aller Wohnungen vorzusehen, bzw. zur Fläche der erforderlichen Kinderspielplätze hinzuzuzählen.¹⁵ Nach der Berechnung des AGR¹⁶ ist vorliegend für den Spielplatz und den Aufenthaltsbereich der Überbauung eine Gesamtfläche von 202,40 m² erforderlich. Das AGR hielt in seinem Fachbericht fest, dass aufgrund der Pläne nicht klar sei, ob es sich bei den Spielflächen um ebenes oder abfallendes Terrain handle. Auf die oben erwähnte AHOP beziehend hielt es fest, dass die Spiel- und Aufenthaltsbereiche in der Regel eine minimale nutzbare Breite von 5 m aufweisen müssten, dass gegenüber Hauptfassaden von Wohn- und Gewerbebauten in der Regel eine Breite von 3 m nicht angerechnet werden könne und dass die Anrechenbarkeit von Böschungen von Fall zu Fall zu prüfen sei. Es könnten nicht alle der im Umgebungsplan schraffierten Flächen den Spiel- und Aufenthaltsflächen angerechnet werden. Allgemeine Wege der Siedlung (ausser die Erschliessungswege der Spielflächen), Treppen und Mauern seien nicht anrechenbar. Da das AGR die Spiel- und Aufenthaltsflächen als zu klein erachtete, verzichtete es auf die Beurteilung der Lage und Sicherheit der Spiel- und Aufenthaltsflächen.

¹⁴ AHOP Nr. 92.2 «Empfehlungen für die Projektierung und Gestaltung von benutzerfreundlichen Aussenräumen von Wohnüberbauungen», S. 5

¹⁵ Art. 43 Abs. 1 und 2 BauV

¹⁶ Fachbericht („Stellungnahme“) vom 8. Juli 2011

Die Beschwerdegegnerinnen reichten mit den Schlussbemerkungen¹⁷ überarbeitete Planausschnitte ein und hielten fest, die vorgesehene Fläche betrage nun 204,93 m², so dass die Vorgaben erfüllt seien.

d) Im Umgebungsplan 1:200 vom 8. April 2009 mit Korrektur vom November 2010 sind drei verschiedene Flächen als Spielplatz bzw. Spiel- und Aufenthaltsplatz bezeichnet. Eine Fläche liegt nordöstlich entlang des Hauses Nr. 3 (grüne Schraffierung), eine nordwestlich des Hauses Nr. 6 (türkis Schraffierung) sowie zusammenhängend mit dieser eine Fläche über der Einstellhalleneinfahrt (nördlich von Haus Nr. 6) (grüne Schraffierung). Der Spiel- und Aufenthaltsplatz nordöstlich des Mehrfamilienhauses Nr. 3 zieht sich längs zwischen dem Gebäude und der Parzellengrenze hin. Im überarbeiteten Plan, der mit den Schlussbemerkungen eingereicht wurde, hat diese Fläche insofern eine Vergrösserung erfahren, als nun auch die Böschungen entlang der Nachbarparzellen farblich als Spielfläche gekennzeichnet wurden und die Spielfläche zur J._____ Strasse hin verlängert wurde. Dieser Spiel- und Aufenthaltsplatz hat eine Länge von rund 27 m. Im unteren Bereich gegen die J._____ Strasse hin ist die Spielfläche rund 3 m breit und verbreitert sich gegen Norden hin bis auf rund 8,40 m. Das Terrain ist abfallend. Der projektierte Spiel- und Aufenthaltsplatz umfasst auch eine Treppe sowie den ebenen Zugangsweg zum Haupteingang des Gebäudes Nr. 3. Entlang des oberen Teils des Zugangswegs grenzt eine 1,20 m bzw. 1,60 m¹⁸ hohe Betonmauer mit Geländer den Weg von der höher gelegenen freien Fläche ab.¹⁹

Wird die vorgesehene Spiel- und Aufenthaltsfläche nordöstlich des Gebäudes Nr. 3 nach den Kriterien der erwähnten AHOP beurteilt, ergibt sich Folgendes: Der Weg, der vorliegend der Spielfläche zugeschlagen wurde, dient als Zugang zum Haupteingang des Gebäudes Nr. 3 und muss für diese Nutzung grundsätzlich frei gehalten werden. Zudem liegt er im oberen Teil tiefer und ist durch die Betonmauer von der Rasenspielfläche getrennt. Es ist deshalb nicht erkennbar, inwiefern dieser schmale, im oberen Bereich schluchtartige Weg als Spielplatz geeignet und nutzbar sein sollte. Im Gegenteil dürfte die von den Beschwerdegegnerinnen vorgeschlagene Nutzung zum Fahrrad, Rollschuh und Rollbrett Fahren zu erheblichen Konflikten führen. Der gesamte Zugangsweg kann deshalb nicht als Spielfläche angerechnet werden, ebenso wenig die Treppe. Auf einer Länge von rund 12,50 m beträgt die projektierte Breite der Spielfläche (inkl. Weg) weniger als 5 m,

¹⁷ Eingabe vom 12.08.2011

¹⁸ 1,20 m gemäss Umgebungsplan; 1,60 m gemäss überarbeitetem Plan (Eingabe vom 12.08.2011)

¹⁹ Vgl. Plan „Perspektiven“, Vorakten pag. 1.5

was grundsätzlich nicht genügt. Gemäss den Kriterien der AHOP ist ausserdem gegenüber Hauptfassaden ein Abstand von 3 m einzuhalten. Die Beschwerdegegnerinnen wenden ein, es handle sich vorliegend nicht um die Hauptfassade. Der Sinn dieser Empfehlung ist es, Spielflächen so anzulegen, dass Konflikte zwischen den verschiedenen Nutzungen (Wohnen bzw. Zugang zu Wohnbauten und Spielen) minimiert werden und die Privatsphäre gewahrt bleibt. Es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht dargelegt, weshalb dieser minimale Abstand zur Nordost-Fassade des Gebäudes Nr. 3 mit dem Haupteingang vorliegend nicht erforderlich sein sollte. Aber selbst wenn nur die Fläche zwischen dem Gebäude und dem äusseren Rand der Zugangswege (bzw. der Betonmauer) abgezogen wird, weist die vorgesehene Spielfläche in einer Länge von rund 21 m eine Breite von weniger als 5 m auf. Einzig im oberen Bereich ist sie auf einer Länge von rund 6 m über 5 m breit, wobei ein Teil an Böschungen liegt, deren Neigung und Gestaltung nicht bekannt ist. Nach dem Gesagten ist ein Grossteil der projektierten Spiel- und Aufenthaltsfläche nordöstlich des Gebäudes Nr. 3 nicht zweckmässig und daher nicht anrechenbar.

Ein weiterer Spielplatz ist im Umgebungsplan nördlich des Gebäudes Nr. 6 vorgesehen (türkis Schraffierung). Das AGR rügte in seinem Fachbericht, dass die Pläne bezüglich Terrainverlauf widersprüchlich seien und deshalb nicht klar sei, ob es sich um ebenes oder abfallendes Gelände handle. Nach dem überarbeiteten Plan scheint es sich um stark abfallendes Terrain zu handeln. Die schlauchartige Spielfläche weist in keinem Bereich eine Breite von 5 m auf und ist auch deshalb als Spielplatz nicht geeignet. Im überarbeiteten Plan wird die Fläche nur noch im östlichen Teil als Spielplatz bezeichnet und hängt mit dem Spielplatz auf der Überdachung der Einstellhallenzufahrt zusammen. Diese Fläche wurde in der überarbeiteten Version bis zur Fassade des Gebäudes Nr. 6 und gegen einen Sitzplatz des Gebäudes Nr. 3 hin erweitert. Nach dem Gesagten ist auch dieser Spielplatz um die Fläche für die Zugangswege zu den Gebäuden, den Abstand von 3 m zum Gebäude Nr. 6 und das Gebüsch zu reduzieren. Ob die Böschungen angerechnet werden könnten, ist fraglich, da deren Neigung und Gestaltung aus den Plänen nicht hervorgeht. Wegen Nutzungskonflikten genügt der neue Abstand von lediglich ca. 1,60 m zum Sitzplatz der Parterrewohnung im Gebäude Nr. 3 kaum.

e) Damit ergibt sich, dass die vorgesehenen Spiel- und Aufenthaltsflächen den gesetzlichen Anforderungen an Grösse und Zweckmässigkeit in keiner Weise zu genügen vermögen. Es scheint vielmehr, als seien die nicht anders nutzbaren schmalen Restflächen der Überbauung als Spielplatz und Aufenthaltsbereich bezeichnet worden. Auch auf den

überarbeiteten Plänen wurden lediglich weitere Flächen mit der grünen Symbolfarbe versehen, eine neues Konzept bzw. eine Projektänderung für die Spiel- und Aufenthaltsbereiche ist aber nicht erkennbar. Das Bauprojekt verstösst somit gegen Art. 15 BauG und Art. 42 ff. BauV.

4. Gebäudehöhe des Einfamilienhauses Nr. 2

a) In der Wohnzone W2 H gilt eine Gebäudehöhe von 6,50 m (Art. 59 GBR). Gemäss Plan „Grundrisse und Querschnitte, Fassaden und Modell“ beträgt die Gebäudehöhe des Einfamilienhauses Nr. 2 auf der Südseite 7,06 m, auf der Westseite 6,24 m, auf der Nordseite 6,68 m und auf der Ostseite 7,50 m.

b) Die Beschwerdeführenden rügen, dass die Vorinstanz für das Überschreiten der Gebäudehöhe beim Haus Nr. 2 eine Ausnahmegewilligung zu Art. 33 und 59 GBR erteilt hat. Die Beschwerdegegnerinnen machen demgegenüber geltend, dass in der Wohnzone Hang (W2 H) ein Hangzuschlag nach Art. 33 Abs. 2 GBR zu gestatten sei. Damit sei die zulässige Gebäudehöhe eingehalten. Das Ausnahmegesuch zur Überschreitung der zulässigen Gebäudehöhe sei nur für den Fall gestellt worden, dass diesbezüglich eine andere Rechtsauffassung bestehen sollte.

c) Nach Art. 33 Abs. 1 GBR wird die Gebäudehöhe in der Fassadenmitte gemessen, und zwar vom gewachsenen Boden bis zur Schnittlinie der Fassadenflucht mit Oberkante des Dachsparrens. Die gemäss Art. 59 GBR zulässige Gebäudehöhe darf auf keiner Gebäudeseite überschritten sein. Bei Bauten am Hang ist talseitig eine Mehrhöhe von 1 m gestattet. Als Hang gilt eine Neigung des gewachsenen Bodens, die in der Falllinie gemessen, innerhalb des Gebäudegrundrisses wenigstens 10% beträgt (Abs. 2).

Die Gemeinde hat für das Überschreiten der Gebäudehöhe eine Ausnahmegewilligung erteilt und dies im Bauentscheid wie folgt begründet: „Das betroffene Gebäude liegt als einziges in einer leichten Terrainmulde, wodurch der Hangzuschlag nicht zum Tragen kommt. So wurde bei der letzten Änderung des Zonenplans schliesslich auch das gesamte Areal in die Wohnzone „Hang“ eingezont. Mit einer Gebäudehöhe von 7.50 m hält das Einfamilienhaus die zulässige Gebäudehöhe mit Hangzuschlag ein und fügt sich somit in das Gesamtbild auf dem Bauareal [...]“. Soweit der Gemeinde beim Erlass der Rechtsnormen Autonomie zukommt, geniesst sie auch bei der Anwendung des kommunalen Rechts einen gewissen Beurteilungsspielraum. Es ist deshalb vorab Sache

der Gemeinde zu bestimmen, wie sie ihre eigenen Vorschriften verstanden haben will. Ihre Auslegung muss aber rechtlich vertretbar sein.²⁰ Die Gemeinde legt die Bestimmung über den Hangzuschlag offenbar dahingehend aus, dass auch in der Zone W2 H (Hang) eine Terrainneigung von mindestens 10% erforderlich ist, damit der Hangzuschlag gewährt werden kann. Andernfalls ist ein Ausnahmegesuch erforderlich. Diese Auslegung ist nicht zu beanstanden.

Vorliegend wird die Gebäudehöhe auf drei Seiten überschritten. Auch wenn talseitig ein Hangzuschlag gewährt werden könnte, ist die zulässige Gebäudehöhe auf den beiden anderen Seiten immer noch nicht eingehalten. Es ist deshalb nachstehend zu prüfen, ob die Gemeinde die Ausnahmegewilligung für das Überschreiten der Gebäudehöhe zu Recht erteilt hat.

5. Ausnahmegewilligung für das Überschreiten der Gebäudehöhe

a) Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Eine Ausnahmegewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können aber auch Besonderheiten, die sich aus den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Personen ergeben, eine Ausnahme begründen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und

²⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band II, Bern 2010, Art. 65 N. 2 und 3

Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte.²¹

b) Die Beschwerdegegnerinnen begründen ihr Ausnahmegesuch für die Überschreitung der Gebäudehöhe damit, dass die Pelletheizung der ganzen Überbauung diene, weshalb eine zentrale und über die Einstellhalle erreichbare Platzierung der Heizung ideal sei. Ein Zwischengeschoss zwischen Einstellhalle und Haus Nr. 2 sei die einzige zweckmässige Lösung dafür. Das Gebäude liege in einer Mulde und füge sich so besser in das Gesamtbild der geplanten Überbauung ein.

Die Gemeinde bringt vor, das Gelände verlaufe an besagtem Standort in eine Terrainmulde. Wenn die Gebäudehöhe um 1 m reduziert würde, wäre das Einfamilienhaus „regelrecht vergraben“. Dies würde nicht nur das Gesamtbild beeinträchtigen, sondern wäre auch ein Nachteil hinsichtlich der Rauchimmissionen.

c) Auf dem Projektplan für das Gebäude Nr. 2 ist nicht erkennbar, dass dieses Haus in einer leichten Terrainmulde zu stehen käme. Auf den Ansichten „Süd“ und „Nord“ ist das gewachsene Terrain in einem Gefälle, ebenso auf der Ansicht „West“. Aber auch wenn eine Mulde bestehen sollte, vermöchte dies vorliegend keine Ausnahme zu rechtfertigen. Die Beschwerdegegnerinnen beanspruchen für die Überbauung die Gestaltungsfreiheit bei gemeinsamer Projektierung nach Art. 75 BauG. Sie können daher die Anordnung der Bauten (mit gewissen Einschränkungen) frei bestimmen und sind daher in der Lage, die Überbauung allfälligen Besonderheiten des Terrains anzupassen. Dass das Gebäude Nr. 2 nach Ansicht der Gemeinde bei einer geringeren Gebäudehöhe möglicherweise „vergraben“ wirken würde, hat damit zu tun, dass die Beschwerdegegnerinnen daneben bzw. davor grosse Mehrfamilienhäuser planen. Zudem könnte die Gebäudehöhe auch mit dem Zwischengeschoss für die Pelletheizung eingehalten werden, wenn demgegenüber die Wohnnutzung reduziert würde. Die Gründe für das Überschreiten der Gebäudehöhe liegen demzufolge nicht in der Besonderheit des Baugrundstücks, sondern in dessen maximaler baulicher Ausnutzung. Eine maximale Nutzung oder finanzielle Interessen vermögen jedoch keine Ausnahme zu rechtfertigen. Die Ausnahmegewilligung für das Haus Nr. 2 wurde daher zu Unrecht erteilt.

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Auflage, Band I, Bern 2007, Art. 26/27 N. 4

6. Fazit

Nach dem Gesagten verletzt das Bauvorhaben die Bestimmungen über die Spiel- und Aufenthaltsflächen sowie über die Gebäudehöhe. Die Beschwerde ist bereits aus diesen Gründen gutzuheissen und der Bauabschlag zu erteilen. Bei diesem Ergebnis brauchen die übrigen Einwände nicht mehr geprüft zu werden. Im Hinblick auf ein neues oder geändertes Bauprojekt ist im Folgenden aber dennoch auf einige weitere Aspekte hinzuweisen.

7. Strassenabstand

a) Die Bauabstände gegenüber Strassen richten sich nach dem Strassengesetz und den gestützt darauf erlassenen Gemeindevorschriften (Art. 12 BauG). Das geltende Gemeindebaureglement von 1998 enthält keine eigene Regelung zu den Strassenabständen, sondern verweist in Art. 20 GBR auf die „Vorschriften des kantonalen Gesetzes über Bau und Unterhalt der Strassen (Art. 63 SBG)“. Am 1. Januar 2009 ist das Strassengesetz (SG) in Kraft getreten und hat das SBG abgelöst. Gemäss Art. 80 Abs. 1 Bst. b SG²² gilt für Bauten und Anlagen an Gemeindestrassen ein Abstand von 3,60 m ab Fahrbahnrand. Wenn der Strassenabstand unterschritten wird, ist ein Ausnahmegesuch nach Art. 81 SG erforderlich.

b) Die Beschwerdegegnerinnen haben zwei Ausnahmegesuche zur Unterschreitung des Strassenabstandes gestellt. Im Gesuch vom 9. September 2010 ersuchten sie um eine Ausnahme nach Art. 81 SG und hielten dazu fest, „vorspringende Gebäudeteile wie Balkon (4) und Vordächer (4, 5, 1)“ behinderten den Verkehr nicht. Am 2. Dezember 2010 stellten sie ein Ausnahmegesuch nach Art. 66 SBG²³ und hielten dazu fest, dass die Vordächer entlang der I._____ Strasse in das Lichtraumprofil einragten; steigende Traufen oder das Verjüngen des Vordachs würden hingegen das Ortsbild stören. Aus diesen Schreiben geht hervor, dass die Ausnahmegesuche nur die Gebäude Nr. 1, 4 und 5 entlang der I._____ Strasse betreffen. Die Gemeinde behandelte im Bauentscheid die Ausnahmegesuche jedoch nicht in Bezug auf die Gebäude Nr. 1, 4 und 5, sondern in _____

²² Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

²³ Gesetz vom 2. Februar 1964 über Bau und Unterhalt der Strassen (Strassenbaugesetz, SBG)

Bezug auf die Mehrfamilienhäuser Nr. 3 und 6, für die sich in den Akten aber keine Ausnahmegesuche finden. Über die Ausnahmegesuche für die Unterschreitung des Strassenabstandes durch die Gebäude Nr. 1, 4 und 5 an der I._____ Strasse wurde somit noch nicht entschieden.

Abgesehen von diesem Verfahrensfehler ist in materieller Hinsicht auf Folgendes hinzuweisen: Im Fachbericht der Bauverwaltung Frutigen, Tiefbau/Verkehr/Wasserbau, vom 10. März 2011 wird für die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Strassenabstandes die „gängige Praxis/Richtlinie der Gemeinde Frutigen“ erwähnt und die Erteilung der Ausnahmegewilligung unter Auflagen beantragt. In Ziffer 4.2 heisst es u.a. dazu: „Für die Vordächer ist eine minimale Höhe ab OK Fahrbahn von 4,10 m einzuhalten. Zudem dürfen die Vordächer höchstens 2,00 m in den Strassenabstand hineinreichen.“ Diese Regelung lehnt sich offenbar an die Bestimmung von Art. 65 SBG an. Nach Art. 65 Abs. 2 Ziff. 1 SBG durften freitragende Gebäudeteile in einer Höhe von wenigstens 4,50 m bis 2 m in den Lichtraum des Vorlandes hineinragen. Das neue Strassengesetz kennt diese Privilegierung nicht mehr. Die Gemeinde ist gestützt auf Art. 80 Abs. 1 SG ermächtigt, bei Gemeindestrassen unter Berücksichtigung der Verkehrssicherheit eigene Regelungen zu erlassen, bisher hat sie dies aber offenbar nicht getan. Es muss daher im Einzelfall geprüft werden, ob sich unter den Voraussetzungen von Art. 81 SG eine Ausnahme rechtfertigt.

c) Bei Gebäuden mit vorgelagerten Balkonen ist die „Empfehlung zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben“²⁴ des AGR zu beachten. Gemäss Ziffer 3 dieser Empfehlung sind die Grenz- und Gebäudeabstände nicht von der Fassade aus, sondern von vorderkant der äusseren Balkonkonstruktion aus zu messen, wenn mehr als 50% der Fassadenfläche von offenen, vorgelagerten Balkonen bedeckt wird. Das Gebäude Nr. 6 hat auf der Ostseite zur J._____ Strasse hin eine Fassadenfläche von rund 58,30 m² (Fassadenlänge x Gebäudehöhe). Die von den Balkonen bedeckte Fläche beträgt rund 40 m² (Balkonlänge x Geschosshöhe), was weit mehr als 50% der Fassadenfläche ausmacht. Der Grenzabstand zur Strasse hin ist deshalb von vorderkant der Balkonkonstruktion zu messen und beträgt in der südöstlichen Ecke lediglich rund 2,10 m. Das Gebäude Nr. 6 ragt somit in den Strassenabstandsbereich

²⁴ BSIG 7/721.0/10.1 vom 5. Dezember 2000

hinein, wovon offenbar auch die Gemeinde ausgeht (siehe oben). Die Beschwerdegegnerinnen haben soweit ersichtlich dafür kein Ausnahmegesuch gestellt.

Im Übrigen wurde im vorliegenden Verfahren nicht weiter geprüft, ob die baupolizeilichen Masse bei den Gebäuden Nr. 3 und 6 eingehalten sind.

d) Im Bauprojekt sind sechs oberirdische Autoabstellplätze vorgesehen. Abstellplätze für Motorfahrzeuge sind baubewilligungspflichtige bauliche Anlagen (Art. 1a BauG i.V.m. Art. 6 BewD²⁵ e contrario). Auch wenn sie nur aus einer offenen, befestigten Fläche bestehen, müssen sie den Strassenabstand einhalten. Für Kleinbauten, worunter auch ein Autoabstellplatz fällt²⁶, gilt zudem Art. 28 BauG sinngemäss. Die vier Parkplätze an der I._____ Strasse liegen direkt an der Strasse, die zwei Parkplätze an der J._____ Strasse halten zur Strasse einen Abstand von rund 2,50 m ein. Somit unterschreiten alle sechs oberirdischen Parkplätze den massgebenden Strassenabstand und benötigen eine Ausnahmegewilligung.

Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 28 BauG setzt unter anderem voraus, dass weder öffentliche noch nachbarliche Interessen beeinträchtigt werden. Dieselben Anforderungen stellt auch Art. 81 SG, der auf Art. 28 BauG verweist. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Vorschriften zur Verkehrssicherheit. Nach Art. 83 Abs. 3 SG muss die lichte Breite seitlich zum Fahrbahnrand von 0,50 m eingehalten werden. Nach der VSS-Norm SN 640 291a beträgt die Breite eines Parkfeldes mit minimaler Komfortstufe 1,90 m. Hinzu kommt ein Überhangstreifen von 0,30 m, wenn der Parkplatz an eine Wand oder an eine Hecke anschliesst. Es ist daher fraglich, ob die vorgesehenen Parkplätze eine genügende Breite aufweisen. Nach den Akten wurden für die Parkplätze keine Ausnahmegesuche für das Unterschreiten des Strassenabstandes eingereicht.

8. Gestaltung

a) Die Beschwerdeführenden haben in ihrer Einsprache die Gestaltung der Überbauung gerügt und die Einholung eines Fachberichts der Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) beantragt. Im Bauentscheid hat die Gemeinde zur Frage des Orts-

²⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

²⁶ BDE vom 2.11.2009, RA Nr. 110/2009/42, E. 4f

und Landschaftsschutzes lediglich festgehalten, die Bauparzellen lägen weder in einem Orts- noch in einem Landschaftsschutzperimeter. Das Bauvorhaben habe den kommunalen baupolizeilichen Anforderungen zu genügen. Ein Fachbericht der OLK werde nicht verlangt.

b) Das kommunale Baureglement enthält in Art. 31 GBR detaillierte Gestaltungsvorschriften und einen Kriterienkatalog. Gemäss Art. 31 Abs. 4 GBR sollen Baugesuche bei Arealüberbauungen nach Art. 75 BauG mit Vorteil frühzeitig einer in Gestaltungsfragen ausgewiesenen Fachperson oder Institution zur Beratung und Beurteilung vorgelegt werden. Soweit ersichtlich hat eine solche Beurteilung bisher nicht stattgefunden.

9. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdegegnerinnen. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'700.--. Darin sind auch die Kosten für den Fachbericht des AGR enthalten.

b) Die Beschwerdegegnerinnen haben zudem den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote der Anwältin der Beschwerdeführenden gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegnerinnen haben somit den Beschwerdeführenden die Parteikosten von Fr. 4'218.50 (inkl. Auslagen und MWSt) zu ersetzen.

c) Die amtlichen Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 4'212.-- bleiben den Beschwerdegegnerinnen auferlegt (Art. 52 Abs. 1 BewD²⁷). Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

III. Entscheid

²⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Gesamtentscheid (Ordentliche Baubewilligung) der Gemeinde Frutigen vom 14. März 2011 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 26. August 2010 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'700.-- werden den Beschwerdegegnerinnen zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 4'212.-- bleiben den Beschwerdegegnerinnen zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.
4. Die Beschwerdegegnerinnen haben den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'218.50 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdegegnerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin C._____, mit Gerichtsurkunde
- Rechtsanwalt F._____, mit Gerichtsurkunde
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Gemeindeverwaltung, mit Gerichtsurkunde
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, zur Kenntnis
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Abteilung Bauen, zur Kenntnis, per Kurier

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
i.V. der Direktorin

B. Pulver
Regierungspräsident