

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2015/151

Bern, 22. Februar 2016

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Urtenen-Schönbühl, Gemeindeverwaltung,
Zentrumsplatz 8, Postfach, 3322 Schönbühl-Urtenen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Urtenen-Schönbühl
vom 7. Oktober 2015 (Baugesuch Nr. 2014-033; Trottoir)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin reichte am 24. Juli 2014 bei der Gemeinde Urtenen-Schönbühl ein Baugesuch ein für den Abbruch des Bauernhauses, des Stöckli und der Garagen sowie für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern mit insgesamt 15 Wohnungen und einem Gewerberaum sowie einer unterirdischen Einstellhalle auf Parzelle Urtenen-Schönbühl Grundbuchblatt Nr. C. _____. Die Parzelle liegt in der Wohn- und Gewerbezone 2. Gegen das Bauvorhaben gingen mehrere Einsprachen ein.

Mit Gesamtentscheid vom 7. Oktober 2015 erteilte die Gemeinde Urtenen-Schönbühl die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen. Ziffer 4.2.2 alinea 3 lautet wie folgt:

"Die Bauherrschaft hat auf der westlichen Seite des D._____rains im Bereich ihrer Parzelle Nr. C._____ ein 1,5 m breites, der Öffentlichkeit zur Verfügung stehendes Trottoir zu erstellen. Entlang des Trottoirs ist ein Leerrohr für eine allfällige Strassenbeleuchtung einzulegen. Die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Trottoir (genaue Abgrenzung, Unterhalt, Wegrecht zugunsten der Gemeinde etc.) regeln die Gemeinde und die Bauherrschaft nach Erstellung der Überbauung mittels Dienstbarkeitsvertrag. Sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Trottoir trägt die Bauherrschaft."

2. Die Beschwerdeführerin reichte am 28. Oktober 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt, Ziffer 4.2.2 alinea 3 des Gesamtentscheides vom 7. Oktober 2015 betreffend Trottoirbau sei ersatzlos zu streichen und es sei festzustellen, dass der Gesamtentscheid vom 7. Oktober 2015 bis auf die angefochtene Ziffer 4.2.2 alinea 3 (Trottoirbau) in Rechtskraft erwachsen sei. Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, die Verpflichtung zum Bau eines Trottoirs sei rechtswidrig. Die Erschliessung sei Aufgabe der Gemeinde und diese dürfe die Erschliessungspflicht nicht mittels Auflage auf die Beschwerdeführerin übertragen.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten und eine Stellungnahme der Gemeinde ein. Die Gemeinde bringt vor, die Beschwerde beruhe auf einem Missverständnis. Sie habe die Ergebnisse der Verhandlungen und Gespräche offenbar anders interpretiert als die Beschwerdeführerin und die Auflage zu wenig klar formuliert. Sie beantragt, die angefochtene Auflage sei dahingehend abzuändern, dass die Bauherrschaft einen Streifen von 1,5 m für die Erstellung eines Trottoirs freizulassen habe. Die Einsprecher aus dem Baubewilligungsverfahren reichten keine Stellungnahmen ein und verzichteten damit auf die Beteiligung am Beschwerdeverfahren. Auf die Rechtsschriften 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. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG². 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 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

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 Beschwerdeführerin, deren Baugesuch unter Bedingungen und Auflagen bewilligt wurde, ist durch die Bedingungen und Auflagen des vorinstanzlichen Gesamtentscheides beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Streitgegenstand

a) Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei festzustellen, dass der Gesamtentscheid bis auf die angefochtene Ziffer 4.2.2 alinea 3 in Rechtskraft erwachsen sei, und diese Ziffer sei aufzuheben.

b) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand.⁴ Die Anfechtung eines Teils des Bauentscheides hindert den Eintritt der Rechtskraft für die

² Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8

übrigen Teile nur dann, wenn deren Schicksal vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens abhängt.⁵

c) Die Einsprecher aus dem Baubewilligungsverfahren haben sich nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt und es sind bei der BVE innert der Beschwerdefrist neben der Beschwerde der Beschwerdeführerin auch keine weiteren Beschwerden gegen den Gesamtentscheid vom 7. Oktober 2015 eingegangen. Der Streitgegenstand beschränkt sich damit auf die von der Beschwerdeführerin angefochtene Ziffer 4.2.2 alinea 3 des Gesamtentscheides betreffend Trottoirbau. Aufgrund der Pläne in den Vorakten steht fest, dass der allfällige Bau eines Trottoirs gemäss der angefochtenen Auflage unabhängig von der Ausübung der Baubewilligung möglich ist. Im Bereich, wo gemäss Auflage ein Trottoir erstellt werden soll, sind keine Bauten geplant. Vorgesehen ist einzig eine etwa 10 m lange Stützmauer, die zum D._____rain jedoch einen Abstand von 1,50 m aufweist.⁶ Der fragliche Bereich entlang des D._____rains bleibt damit auch bei Verwirklichung des Bauvorhabens frei. Die Ausübung der Baubewilligung ist vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens unabhängig. Antragsgemäss kann damit festgestellt werden, dass der Gesamtentscheid vom 7. Oktober 2015 mit Ausnahme von Ziffer 4.2.2 alinea 3 in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin rügt, in der Baubewilligung sei kein Hinweis enthalten, weshalb sie ein Trottoir erstellen müsse. Die Gemeinde habe damit die ihr obliegende Begründungspflicht verletzt.

Die Gemeinde bringt vor, sie sei davon ausgegangen, dass mit der Bauherrschaft eine Einigung zustande gekommen sei, wonach diese die Erstellung des Trottoirs übernehme. Da sich diese Auffassung nun als falsch herausgestellt habe, sei der Vorwurf der Gehörsverletzung teilweise berechtigt.

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 40–41 N. 8

⁶ Vorakten, Ordner Nr. 3, Register 4

b) Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG⁷ muss eine Verfügung eine Begründung enthalten. Eine Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt.⁸

c) Die Gemeinde hat in ihrem Entscheid nicht begründet, weshalb die Beschwerdeführerin ein Trottoir zu erstellen hat und es werden insbesondere die Rechtsgrundlagen für diese Auflage nicht genannt. Es fehlt damit an einer Begründung und es liegt eine Verletzung der Begründungspflicht vor. Im Hinblick auf den Verfahrensausgang kommt der Gehörsverletzung jedoch keine weitere Bedeutung zu.

4. Auflage betreffend Erstellung des Trottoirs

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Gemeinde könne ihr nicht mit einer Auflage in der Baubewilligung die Pflicht zur Erstellung eines für die Öffentlichkeit bestimmten Trottoirs übertragen. Dafür bestehe keine rechtliche Grundlage.

b) Die Erschliessung des Baugrundstücks erfolgt von der E._____strasse her über den D._____rain bzw. das Grundstück Urtenen-Schönbühl Grundbuchblatt Nr. F._____, das sich im Privateigentum einer Versicherung befindet. Die Gemeinde bringt vor, der D._____rain sei als Hauszufahrt bzw. als Zufahrt in die gemeinsame Einstellhalle der Grundstücke Urtenen-Schönbühl Grundbuchblatt Nrn. G._____, H._____, I._____, J._____, K._____, L._____, M._____ und N._____ klassiert. Nach der Realisierung des Bauvorhabens der Beschwerdeführerin müsse diese Klassierung möglicherweise überprüft werden. Für eine Übernahme des D._____rains als Detailerschliessungsstrasse durch die Gemeinde müssten die Anforderungen an eine solche Strasse erfüllt sein. Deshalb sei sicherzustellen, dass durch die geplante Überbauung die Erstellung eines Trottoirs mit einer Breite von mindestens 1,5 m südwestlich des D._____rains nicht erschwert werde. Die angefochtene Auflage sei dahingehend abzuändern, dass die Beschwerdeführerin dazu verpflichtet werde, auf dem Baugrundstück einen entsprechenden Streifen von mindestens 1,5 m gegenüber dem D._____rain freizuhalten.

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁸ BVR 2013 S. 10 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5

c) Bauvorhaben sind zu bewilligen, wenn sie den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften und den nach anderen Gesetzen im Baubewilligungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entsprechen, die öffentliche Ordnung nicht gefährden und wenn ihnen keine Hindernisse der Planung entgegenstehen (Art. 2 BauG). Der Gesuchsteller, dessen Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen entspricht, hat grundsätzlich Anspruch auf eine unbefristete, unwiderrufliche, bedingungslose und unbelastete Baubewilligung. Ihre Nutzung unterliegt lediglich den Bedingungen und Auflagen, die von Gesetzes wegen allgemein für solche Bewilligungen gelten.⁹

Voraussetzung der Baubewilligung ist unter anderem, dass das Baugrundstück genügend erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 Bst. b RPG¹⁰; Art. 7 BauG). Vorliegend ist unbestritten, dass die Erschliessung für das Bauvorhaben ausreichend ist. Die Zufahrt erfolgt wie erwähnt über den D._____rain und ist mittels Dienstbarkeit sichergestellt. Die Beschwerdeführerin hat damit Anspruch auf eine unbelastete Baubewilligung.

d) Die Auflage, wonach die Beschwerdeführerin ein Trottoir zu errichten bzw. gemäss Antrag der Gemeinde im Beschwerdeverfahren einen Streifen von 1,5 m freizuhalten habe, erfolgt im Hinblick auf eine allfällige künftige Übernahme des D._____rains durch die Gemeinde. Der Bau eines Trottoirs ist nicht Gegenstand des Baugesuchs und er ist auch nicht Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung. Es besteht keine gesetzliche Grundlage für die Regelung des Trottoirbaus im Baubewilligungsverfahren und die Auflage weist auch keinen sachlichen Zusammenhang zum Bauvorhaben bzw. zur Baubewilligung auf. Wie bereits oben in Erwägung 2c) dargelegt, sieht das Bauvorhaben zudem entlang des D._____rains einzig eine etwa 10 m lange Stützmauer vor, welche zum D._____rain einen Abstand von 1,50 m aufweist. Der fragliche Bereich entlang des D._____rains bleibt damit auch bei einer Verwirklichung des Bauvorhabens frei, so dass kein Bedürfnis für eine geänderte Auflage besteht. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und die Auflage von Ziffer 4.2.2 alinea 3 des Gesamtentscheides vom 7. Oktober 2015 ist aufzuheben.

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38–39 N. 15a

¹⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

5. Kosten

Die Verfahrenskosten werden auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'200.00 bestimmt (Art. 103 Abs. 1 und 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹¹). Sie werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Im vorliegenden Fall obsiegt die Beschwerdeführerin und es unterliegt die Gemeinde. Der Gemeinde können Verfahrenskosten nur auferlegt werden, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen ist (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Verfahrenskosten trägt daher der Kanton.

Die Gemeinde hat jedoch der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdeführerin beträgt Fr. 2'564.80 (Honorar Fr. 2'500.00; Auslagen Fr. 60.00; Mehrwertsteuer auf Auslagen Fr. 4.80). Zu Recht macht die Beschwerdeführerin auf das Honorar keine Mehrwertsteuer geltend, da sie selber mehrwertsteuerpflichtig ist¹² und somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen kann.¹³ Dies betrifft jedoch auch die Mehrwertsteuer auf die Auslagen. Die Gemeinde hat der Beschwerdeführerin damit Parteikosten im Betrag von Fr. 2'560.00 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.

Es wird festgestellt, dass der Gesamtentscheid der Gemeinde Urtenen-Schönbühl vom 7. Oktober 2015 mit Ausnahme von Ziffer 4.2.2 alinea 3 (Trottoirbau) in Rechtskraft erwachsen ist.

¹¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

¹² Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

¹³ BVR 2014 S. 484 E. 6

Ziffer 4.2.2 alinea 3 (Trottoirbau) des Gesamtentscheides der Gemeinde Urtenen-Schönbühl vom 7. Oktober 2015 wird aufgehoben.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Gemeinde hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 2'560.00 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Urtenen-Schönbühl, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin