

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/135

Bern, 22. Dezember 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

Frau **C.** _____
Beschwerdeführerin 3

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

und

Herrn **E.** _____
Beschwerdegegner 1

Frau **F.** _____
Beschwerdegegnerin 2

sowie

Einwohnergemeinde Boltigen, Gemeindeverwaltung, Vijelimatte 281h, 3766 Boltigen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Boltigen vom
16. August 2016 (Baugesuch Nr. 18-2016; Wohnhaus mit Autogarage)



I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegner reichten am 3. Mai 2016 bei der Gemeinde Boltigen ein Baugesuch für den Neubau eines Wohnhauses mit Autogarage auf Parzelle Boltigen Grundbuchblatt Nr. G._____ ein. Die Parzelle liegt in der Mischzone M2. Gegen das Bauvorhaben erhoben die Beschwerdeführenden Einsprache.

Mit Entscheid vom 16. August 2016 erteilte die Gemeinde Boltigen die Baubewilligung.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 16. September 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Bauentscheids vom 16. August 2016 und machen insbesondere geltend, dass die fragliche Parzelle Nr. G._____ zurzeit bloss eine «Projektmutation» darstelle und die Eigentümerin der Parzellen Boltigen Grundbuchblatt Nr. H._____ und damit auch der Nr. G._____ die Einwohnergemeinde Boltigen sei. Diese habe es in diesem Zusammenhang unterlassen als Grundeigentümerin das Formular gemäss Art. 10 Abs. 2 BewD¹ zu unterzeichnen.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. In seiner Verfügung vom 20. September 2016 wies es darauf hin, dass es von Amtes wegen prüfe, ob die Gemeinde Boltigen für die Erteilung der Baubewilligung zuständig gewesen sei, da nach Art. 8 Abs. 2 BewD für Bauvorhaben, die für die Zwecke der Gemeinde bestimmt sind, in jedem Fall die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter zuständig ist. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich auch zur Frage der Zuständigkeit zu äussern.

4. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

¹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

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)

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Einsprache abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Bewilligungszuständigkeit

a) Baubewilligungsbehörde ist der Regierungsstatthalter oder die zuständige Behörde von Gemeinden, die nach dem Ergebnis der letzten Volkszählung mindestens 10'000 Einwohner aufweisen (grosse Gemeinden) oder denen die volle Bewilligungskompetenz verliehen wurde. Die Gemeinden mit weniger als 10'000 Einwohnern (kleine Gemeinden) sind zuständig für die Beurteilung von Bauvorhaben mit geringem Koordinationsaufwand, die im BewD näher umschrieben sind (Art. 33 BauG). In jedem Fall ist aber die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter zuständig, wenn das Bauvorhaben für Zwecke der Gemeinde bestimmt ist (Art. 8 Abs. 2 BewD). Der Begriff „für Zwecke der Gemeinde bestimmt“ ist weit auszulegen: Damit soll die institutionelle Unbefangenheit der Gemeinde als Baubewilligungsbehörde gewährleistet werden. Die Bestimmung ist daher nicht nur anwendbar, wenn es um Bauvorhaben wie Schulhäuser, Verwaltungsgebäude für die Gemeinde und dergleichen geht, sondern stets dann, wenn die Gemeinde am Vorhaben ein so starkes Interesse hat, dass ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheint.⁴

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

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 33 N. 3 mit weiteren Hinweisen

b) Die Gemeinde hat mit den Beschwerdegegnern einen Kaufvorvertrag abgeschlossen.⁵ Sie ist gemäss Grundstücksinformationssystem GRUDIS nach wie vor Eigentümerin der Parzelle Boltigen Grundbuchblatt Nr. H._____, von der die Bauparzelle Boltigen Grundbuchblatt Nr. G._____ abgetrennt werden soll. Dieser Umstand genügt nach der oben dargelegten Praxis, um den Anschein der Befangenheit zu erwecken. Die Gemeinde war deshalb nach Art. 8 Abs. 2 BewD für das vorliegende Bauvorhaben nicht entscheidbefugt und hätte die Angelegenheit zuständigkeitshalber an das Regierungsstatthalteramt überweisen müssen.

3. Kassation

a) Kann auf eine Beschwerde eingetreten werden, so entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise und mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück (Art. 72 Abs. 1 VRPG⁶). Der Beschwerdeentscheid ist somit in der Regel reformatorisch und nur ausnahmsweise kassatorisch.⁷

b) Das Verwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit der Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BewD ausgeführt, die Unzuständigkeit einer Behörde stelle einen schwerwiegenden Mangel und damit grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund dar, der jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten sei. Eine Ausnahme von der Nichtigkeitsfolge mache die Praxis aber dann, wenn der Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukomme und sie, wie im vorliegenden Fall, grundsätzlich Baubewilligungsbehörde sei. Aus prozessökonomischen Gründen könne es sich deshalb rechtfertigen, von einer Rückweisung an das zuständige Regierungsstatthalteramt abzusehen.⁸ Da die BVE mit voller Überprüfungsbefugnis ausgestattet ist, kann sie diesen Mangel nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung somit heilen.⁹ Eine Rückweisung an das Regierungsstatthalteramt wäre

⁵ Vorakten, pag. 162: Auszug aus dem Protokoll des Gemeinderates vom 18. Januar 2016; Verlegung des grossen Grenzabstands

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

⁷ Siehe dazu auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 2 f.

⁸ BVR 2005 S. 321 E. 2.4

⁹ VGE 22755 vom 30. Mai 2007 E. 2.3

vorliegend im Lichte der Erwägungen 4 und 5 unter prozessökonomischen Gesichtspunkten wenig sinnvoll. Auf eine Kassation des angefochtenen Bauentscheids wird deshalb verzichtet.

4. Einhaltung grosser Grenzabstand

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass gemäss den Vorgaben des kommunalen Rechts der grosse Grenzabstand auf der besonnten Längsseite liegen müsse. Das Bauvorhaben könne diesen nicht auf der besonnten Längsseite vorweisen. Offenbar sei ein Ausnahmegesuch eingereicht worden, dass der Grenzabstand auf der Breitseite des Einfamilienhauses im Westen liege. Offensichtlich handle es sich um eine Ausnahme nach Art. 26 BauG. Ausnahmegründe zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung seien jedoch nicht ersichtlich.

b) Die Vorinstanz weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass die Baukommission bereits in einem Voranfrageverfahren die Ausnahmegewilligung für den grossen Grenzabstand auf der Südwestseite in Aussicht gestellt habe. Dies vor allem, um das neue Gebäude nach Südosten rücken zu können und damit "das ganze ehemalige Grundstück Nr. H._____ besser ausnützen zu können (haushälterischer Umgang mit dem Bauland)".¹⁰

c) Gemäss Art. 12 BauG sind für die Festlegung für die gegenüber Nachbargrundstücken und gegenüber anderen Bauten und Anlagen einzuhaltenden Grenz- und Gebäudeabstände die Vorschriften der Gemeinden massgeblich. Das Normalbaureglement gilt als ergänzendes Recht, wenn bestehende Gemeindevorschriften einen baurechtlich wesentlichen Sachverhalt nicht oder nur lückenhaft ordnen, wenn es eine den Verhältnissen der Gemeinde angemessene Regelung enthält (Art. 1 Abs. 2 NBRD¹¹).

Das Baureglement der Gemeinde Boltigen¹² legt in Art. 2 fest, dass in der Mischzone M2 der kleine Grenzabstand (kGA) 4,0 m und der grosse Grenzabstand 9,0 m betrage. Für die "Grenzabstände gegenüber nachbarlichem Grund" gilt gemäss Art. 33 Abs. 3 GBR Folgendes:

«³ Der grosse Grenzabstand gilt für die besonnte Längsseite des Gebäudes. Er kann bei gestaffelten Gebäuden ausgemittelt werden. Kann die besonnte Längsseite nicht eindeutig ermittelt werden (keine Seite mehr als 10 % länger als die anderen und bei Ost-West-

¹⁰ Stellungnahme der Gemeinde Boltigen vom 17. Oktober 2016

¹¹ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13)

¹² Baureglement der Einwohnergemeinde Boltigen vom 13. Januar 2011, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 20. Februar 2015 (GBR)

Orientierung der Längsseiten), bestimmt die Baupolizeibehörde die Anordnung des grossen Grenzabstandes auf Antrag des Baugesuchstellers. Dabei darf der grosse Grenzabstand nicht im Norden liegen.»

Die Gemeinde Boltigen verfügt im Bereich der Festlegung der Grenz- und Gebäudeabstände über die Gesetzgebungskompetenz. Das Baureglement der Gemeinde Boltigen nennt die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit der Baugesuchsteller selber bestimmen kann, an welcher Fassade der grosse Grenzabstand zu messen ist. Die Regelung des Baureglements der Gemeinde Boltigen ist klar und auch umfassend. Dementsprechend ist das Normalbaureglement nicht ergänzend heranzuziehen.

d) Das geplante Einfamilienhaus misst auf der südlichen und nördlichen Seite 10,0 m, auf der östlichen und westlichen Seite 8,0 m. Es handelt sich somit nicht um eine quadratische Baute, bei der die eine Seite nicht mehr als 10 % länger als die andere ist. Art. 33 Abs. 3 GBR ist daher im vorliegend zu beurteilenden Fall nicht anwendbar und die Baupolizeibehörde durfte die Anordnung des grossen Grenzabstands nicht auf Antrag der Beschwerdegegner bestimmen.

5. Ausnahmegewilligung

a) Die Beschwerdeführenden sind der Meinung, dass keine objektiven Gründe im Sinne von Art. 26 BauG gegeben seien, die ein Abweichen von den Grenzabstandsvorschriften rechtfertigten.

b) Die Beschwerdegegner machen geltend, die Ausnahmegewilligung für den grossen Grenzabstand auf der Südwestseite des Vorhabens diene dazu, die Parzelle für sie besser nutzen zu können. Die Vorinstanz beruft sich auf besondere Verhältnisse und begründet die Erteilung der Ausnahmegewilligung damit, dass "das neue Gebäude wie alle anderen in diesem Gebiet mit der Hauptfassade nach Südosten ausgerichtet" werden solle (Einordnung in die Umgebung). Aufgrund der Abgrenzung gegen die Nachbarparzellen könne der grosse Grenzabstand (Art. 33 GBR) nur auf der "längsten besonnten Südwestseite" eingehalten werden. Es lägen besondere Verhältnisse im Sinne von Art. 26

BauG vor: Die Wohnqualität für das neue Gebäude werde mit der Gewährung der Ausnahmegewilligung gesteigert.¹³

c) Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. 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. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte. Bei der Beurteilung, ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, ist das Interesse des Bauherrn an der Ausnahme, die Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und die Art sowie das Mass der verlangten Abweichung zu berücksichtigen.¹⁴

d) Gemäss Lehre und Rechtsprechung zu Art. 26 BauG verlangt die Gewährung einer Ausnahme das Vorliegen objektiver Besonderheiten (z.B. Lage und Form der Parzelle, Beschaffenheit des Baugrundes usw.).¹⁵ Der Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung des Grundstücks oder einfach besserer Lösung stellt keinen Ausnahmegrund dar.¹⁶ Im vorliegenden Fall sind keine objektiven Besonderheiten gegeben. Da es sich um den Neubau eines Wohnhauses handelt, hätten die Beschwerdegegner eine quadratische Baute oder eine andere Anordnung der Gebäude planen können. Vorliegend fällt zudem ins Gewicht, dass die Form der Parzelle Grundbuchblatt Nr. H._____ auf einer Projektmutation beruht und daher noch frei bestimmt werden kann. Auch in dieser Hinsicht liegt für die Anordnung des Grenzabstands auf der Südwestseite kein objektiver Ausnahmegrund vor. Das Gebot der haushälterischen Bodennutzung auf das sich die

¹³ Vorakten, pag. 3

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26/27 N. 4

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26/27 N. 5

¹⁶ BVR 2009 S. 87 E. 4.2.2

Gemeinde in ihrer Stellungnahme beruft, ist ein allgemeiner Grundsatz, der immer angeführt werden kann und deshalb keinen Ausnahmegrund darstellt.¹⁷ Für die Anordnung des grossen Grenzabstands auf der Südwestseite kann daher keine Ausnahmegewilligung erteilt werden. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführenden erweist sich als begründet.

e) Da der angefochtene Entscheid wegen Verletzung der Grenzabstandsvorschriften aufzuheben ist, brauchen die übrigen Rügen der Beschwerdeführenden im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr geprüft zu werden. Dem Bauvorhaben ist der Bauabschlag zu erteilen.

6. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.-- bis Fr. 4'000.-- erhoben (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV¹⁸). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale auf Fr. 1'800.-- festgesetzt.

b) Die Verfahrenskosten 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). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdegegner. Sie haben somit die Verfahrenskosten von Fr. 1'800.-- zu tragen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag.

c) Die amtlichen Kosten für das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren von Fr. 2'261.65 haben in jedem Fall die Beschwerdegegner als Baugesuchsteller zu tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD).

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26/27 N. 5, m.w.H.

¹⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

d) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführenden liessen sich durch einen Anwalt vertreten. Die Kostennote des Anwalts beläuft sich auf Fr. 4'169.90 (Honorar Fr. 3'820.--, Auslagen Fr. 41.--, Mehrwertsteuer Fr. 308.90). Diese Kostennote gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegner haben daher den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Umfang Fr. 4'169.90 zu ersetzen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Bauentscheid der Gemeinde Boltigen vom 16. August 2016 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 3. Mai 2016 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 2'261.65 werden den Beschwerdegegnern zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.
3. Die Beschwerdegegner haben Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'800.-- zu bezahlen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'169.90 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher D._____, eingeschrieben
- Frau F._____ und Herrn E._____, eingeschrieben
- Einwohnergemeinde Boltigen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen, A-Post

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer