

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/41

Bern, 9. August 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 3

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 4



alle per Adresse Herrn A._____

und

E._____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher F._____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Meikirch, Gemeindeverwaltung, Wahlendorfstrasse
10, 3045 Meikirch

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Meikirch vom
17. Februar 2016 (Baugesuchs-Nr. G._____, bbew H._____; Fenster Gebäude-
Schmalseiten; Umgebungsgestaltung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 13. Dezember 2012 bei der Gemeinde Meikirch ein Baugesuch ein für das Erstellen von zwei Mehrfamilienhäusern sowie für die Erweiterung der bestehenden Einstellhalle um 22 Parkplätze auf Parzelle Meikirch Grundbuchblatt Nr. I._____. Die Bauparzelle befindet sich im Perimeter der Überbauungsordnung (UeO) "M._____", als Nutzungszone gilt die Wohnzone W2. Aufgrund des Projektes beschloss der Gemeinderat eine geringfügige Änderung der UeO "M._____". Zudem nahm die Beschwerdegegnerin eine Projektänderung vor. Am 30. Dezember 2014 erteilte das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland einen ersten Teilbauentscheid für das Vorhaben ohne den arealinternen Zickzackweg. Diesen bewilligte es am 18. Januar 2016 mit dem zweiten Teilbauentscheid.

2. Am 7. Oktober 2015 informierte der Beschwerdeführer 1 die Bauverwaltung, dass die in der Nordostfassade eingebauten Fenster nicht der Baubewilligung entsprechen würden. Aufgrund einer Besichtigung vor Ort beurteilte die Gemeinde die neue Fassadengestaltung zwar als bewilligungspflichtig, verzichtete aber entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers 1 auf den Erlass einer Baueinstellungsverfügung, da sie die grössere Fensterfläche als bewilligungsfähig beurteilte. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2015 reichte die Beschwerdegegnerin ein Projektänderungsgesuch ein. Dieses umfasste neben der neuen Fenstergestaltung auch zwei zusätzliche ungedeckte Sitzplätze auf der Nordostseite. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2015, das die Bausekretärin den Adressatinnen und Adressaten in den Briefkasten legte, orientierte die Gemeinde die Nachbarinnen und Nachbarn über die Projektänderung. Am 17. November 2015 erhoben die Beschwerdeführenden Einsprache. Die Gemeinde gab der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme. Anschliessend konnten die Beschwerdeführenden Schlussbemerkungen einreichen. Mit Entscheid vom 17. Februar 2016 bewilligte die Gemeinde die neuen Fenster auf den Gebäude-Schmalseiten und die Umgebungsgestaltung.

3. Dagegen erhoben die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 17. März 2016 Baubeschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Sie

beantragen, der Bauentscheid sei aufzuheben, die Projektänderung sei vorschriftsgemäss zu publizieren und die Unterlagen zur Projektänderung seien öffentlich aufzulegen.

In ihrer Stellungnahme vom 6. April 2016 beantragte die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde. In ihrer Beschwerdeantwort vom 20. April 2016 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, erkundigte sich bei der Gemeinde, ob die Sitzplätze bereits erstellt worden seien. Diese antwortete am 29. April 2016, die Umgebungsgestaltung befinde sich derzeit in Ausführung. Die offenen, nicht überdachten Aussensitzplätze befänden sich zurzeit im Rohbau, seien jedoch noch nicht fertiggestellt. Das Rechtsamt stellte fest, dass die Gemeinde nach wie vor Grundeigentümerin der Bauparzelle war. Es teilte den Beteiligten mit, die BVE werde aus diesem Grund prüfen, ob der angefochtene Entscheid mangels Zuständigkeit der Vorinstanz von Amtes wegen aufzuheben sei, und es gab ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme. Von dieser Möglichkeit machten die Gemeinde am 26. Mai 2016 und die Beschwerdegegnerin am 1. Juni 2016 Gebrauch.

Mit Schreiben vom 6. Juni 2016 teilte der Beschwerdeführer 1 mit, dass die Sitzplätze trotz hängigem Beschwerdeverfahren fertiggestellt worden seien. Mit Schreiben vom 12. Juni 2016 nahmen die Beschwerdeführenden zu den Eingaben der Gemeinde und der Beschwerdegegnerin Stellung. Sie wiesen unter anderem darauf hin, dass im engsten Umfeld des Gemeindepräsidenten enge geschäftliche Beziehungen zur Bauherrschaft unterhalten würden. Dieser Umstand lasse zumindest begründete Zweifel an der Unbefangenheit der Gemeinde entstehen. Mit Eingabe vom 16. Juni 2016 teilte die Beschwerdegegnerin mit, angesichts der auf Ende Mai 2016 terminierten Übergabe der Mietwohnblöcke an die Baurechtsnehmerin hätten diese auf den fraglichen Zeitpunkt hin fertiggestellt werden müssen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

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)

a) Bauentscheide können mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 BauG²). Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführenden haben sich zulässigerweise als Einsprechende am Baubewilligungsverfahren beteiligt (Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG). Sie sind zur Beschwerde im Rahmen ihrer Einsprachegründe befugt (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden (Art. 40 Abs. 1 BauG). Sie enthält einen Antrag und eine Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG³). Unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen ist auf die Beschwerde einzutreten.

b) Die Beschwerdeführenden beantragen die Aufhebung des angefochtenen Bauentscheids und die Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens mit Publikation und Auflage der Baugesuchsakten. Wie aus der Begründung der Beschwerde hervorgeht, machen sie unter anderem geltend, das Projekt widerspreche der UeO "M._____". Insofern beantragen sie (sinngemäss) nicht bloss eine Rückweisung, sondern einen Entscheid in der Sache.

c) Gegenstand des angefochtenen Bauentscheids und damit einzig möglicher Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind die mit Gesuch vom 15. Oktober 2015 beantragten Änderungen gegenüber dem rechtskräftig bewilligten Bauvorhaben, nämlich die grösseren Fenster an den Seitenfassaden (Nordost- und Südwestfassaden), die kleinen Korrekturen der Fenster an den Nordwestfassaden sowie die beiden zusätzlichen ungedeckten Sitzplätze auf der Nordostseite der Mehrfamilienhäuser. Soweit sich die Beschwerde dagegen richtet, tritt die BVE darauf ein. Neu zu schaffende Spiel- und Aufenthaltsflächen sind demgegenüber nicht Gegenstand des Gesuchs vom 15. Oktober 2015. Die beiden Spielflächen im Grünbereich, die mit Spielgeräten möbliert sind, wurden bereits im Rahmen der Gesamtbewilligung vom 30. Dezember 2014 bewilligt. Rügen dagegen können deshalb nicht gehört werden, da sie ausserhalb des im angefochtenen Bauentscheid geregelten Rechtsverhältnisses liegen.⁴

2. Rechtliches Gehör

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

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

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, Art. 72 N. 6-8; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 44 ff.

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Vorinstanz habe sich nur in unzureichender Weise mit ihrer Einsprache auseinandergesetzt. Damit habe sie den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG 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. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.⁵ Die Begründung eines Bauentscheids muss insbesondere die Stellungnahme zu den Einsprachen enthalten (Art. 36 Abs. 2 BewD⁶). Dabei genügt es, wenn aus dem Bauentscheid hervorgeht, warum das Bauvorhaben den Vorschriften entspricht.⁷

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung jedoch eine Heilung grundsätzlich aus.⁸ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.⁹

c) Die Beschwerdeführenden machen geltend, durch den Verzicht auf eine Einigungsverhandlung habe die Vorinstanz insbesondere darauf verzichtet, eine für sämtliche betroffenen Parteien akzeptable Lösung zu finden. Die Baubewilligungsbehörde

⁵ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., 1997, Art. 52 N. 5

⁶ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38-39 N. 19

⁸ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 9

kann eine Einigungsverhandlung durchführen, sofern die Beteiligten nicht darauf verzichten (Art. 34 Abs. 1 BewD). Die Parteien haben keinen Anspruch auf die Durchführung einer Einigungsverhandlung. Es steht im Ermessen der Bewilligungsbehörde, ob sie eine Einigungsverhandlung durchführt oder nicht. Verzichtet sie darauf, stellt dies keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Im Übrigen hat die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall ausdrücklich auf eine Einigungsverhandlung verzichtet.

d) Die Beschwerdeführenden machten in ihrer Einsprache geltend, die Projektänderung bedürfe der vorgängigen Anpassung der UeO "M._____". Deshalb könne sie nicht im Verfahren der kleinen Baubewilligung behandelt werden, sondern es sei ein ordentliches Bewilligungsverfahren durchzuführen. Die Vorinstanz hielt dazu fest, die Container- und Autoabstellplätze sowie der Fussweg entlang der N._____strasse seien in den Plangrundlagen ersichtlich und würden dem genehmigten Überbauungsplan entsprechen. Es werde keine Differenz festgestellt. Die in den Projektplänen eingezeichneten Flächen (nordostseitige Terrassenplätze, zusätzliche Spiel- und Aufenthaltsflächen) würden der in den Überbauungsvorschriften enthaltenen Definition der siedlungsinternen Wege, Plätze und Grünbereiche, Aufenthalts- und Spielbereiche entsprechen. Die Vorinstanz erläuterte somit hinreichend, warum sie der Auffassung ist, das Vorhaben entspreche der UeO "M._____". Ob diese Rechtsauffassung zutreffend ist, ist im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen. Eine Gehörsverletzung ist der Vorinstanz insoweit jedenfalls nicht vorzuwerfen.

e) Die Beschwerdeführenden machten in ihrer Einsprache geltend, es sei zumindest zweifelhaft, ob durch die Projektänderung nicht öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen betroffen seien, so dass der Rahmen einer Projektänderung gesprengt werde und folglich ein vollständiges, neues Baubewilligungsverfahren durchzuführen sei. Durch die grössere Fensterfläche werde die Privatsphäre der Nachbarn wesentlich tangiert. Durch die beabsichtigte Schaffung eines Terrassenplatzes und zusätzlicher Spiel- und Aufenthaltsbereiche werde die siedlungsinterne Grünfläche um über 200 m² reduziert. Damit würden öffentliche Interessen tangiert. Die geplante Spiel- und Aufenthaltsfläche habe zudem zusätzliche Immissionen für die Nachbarn zur Folge. Falls zusätzliche Spiel- und Aufenthaltsflächen geschaffen werden sollen, seien diese so zwischen die Gebäude 10 und 20 der Überbauung L._____ zu legen, dass die Nachbarn nicht durch zusätzliche Immissionen belastet würden. Es trifft zu, dass sich die Vorinstanz nicht damit auseinandergesetzt hat, ob ein Projektänderungsverfahren oder ein neues

Baubewilligungsverfahren durzuführen ist. Insoweit hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt. Wie diese jedoch selber festhalten, kann die BVE diesen Mangel heilen. Er ist aber bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.

3. Ausstand

a) In ihrer Eingabe vom 12. Juni 2016 weisen die Beschwerdeführenden darauf hin, dass im engsten familiären Umfeld des Gemeindepräsidenten offenbar enge geschäftliche Beziehungen zur Bauherrschaft unterhalten würden. Dies lasse bei objektiver Betrachtungsweise zumindest begründete Zweifel an der Unbefangenheit der Gemeindebehörde in der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit entstehen.

b) Eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, tritt unter anderem in den Ausstand, wenn sie mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Kindesannahme, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist, wobei die Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft den Ausstandsgrund nicht aufhebt (Art. 9 Abs. 1 Bst. c VRPG). Vorbehalten bleiben die Vorschriften über die Unvereinbarkeiten und den Ausstand nach dem Gemeindegesetz (Art. 9 Abs. 3 VRPG). Nach diesen Bestimmungen ist bei der Behandlung eines Geschäfts ausstandspflichtig, wer daran unmittelbar persönliche Interessen hat (Art. 47 Abs. 1 GG¹⁰). Ausstandspflichtig ist ebenfalls, wer mit einer Person, deren persönliche Interessen von einem Geschäft unmittelbar berührt werden, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist (Art. 47 Abs. 2 Bst. a GG). Ablehnungs- und Ausstandsvorschriften gelten nur für Personen als Träger einer staatlichen Funktion und nicht für Behörden als solche.¹¹

c) Laut dem Dokument, das die Beschwerdeführenden ihrer Eingabe beigelegt haben, war die Firma J._____ AG¹² mit Domiziladresse am K._____ 7 in Meikirch mit der Vermietung der Wohnungen in der L._____ Meikirch betraut. Bei deren

¹⁰ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG, BSG 170.11)

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 9 N. 7

¹² Gemäss Zentralem Firmenindex (Zefix) lautet der Firmenname nun "O._____ AG"

Geschäftsführerin handelt es sich offenbar um die Ehefrau des Gemeindepräsidenten. Dieser wäre deshalb im vorliegenden Fall ausstandspflichtig gewesen, wenn der Gemeinderat das Baugesuch behandelt hätte. Im vorliegenden Fall entschied jedoch gestützt auf Art. 61 GBR¹³ die Bau- und Liegenschaftskommission als Baubewilligungs- und Baupolizeibehörde über das Baugesuch. Der Gemeindepräsident ist nicht Mitglied dieser Kommission.¹⁴ Eine Verletzung der Ausstandspflicht liegt deshalb nicht vor.

4. Zuständigkeit der Gemeinde

a) Je nach Komplexität des Bauvorhabens ist das zuständige Regierungsstatthalteramt oder die zuständige Behörde der (grossen oder kleinen) Gemeinde Baubewilligungsbehörde (vgl. Art. 33 BauG und Art. 9 BewD). In Abweichung von der Regel, dass Ablehnungs- und Ausstandsvorschriften nur für Personen als Träger einer staatlichen Funktion und nicht für Behörden als solche gelten, schliesst Art. 8 Abs. 2 BewD die Zuständigkeit der Gemeinde aus, wenn ein Bauvorhaben für Zwecke der Gemeinde bestimmt ist. Für solche Bauvorhaben ist in jedem Fall die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter zuständige Baubewilligungsbehörde. Art. 8 Abs. 2 BewD ist weit auszulegen, da er bezweckt, die institutionelle Unbefangenheit der Gemeinde als Baubewilligungsbehörde zu gewährleisten. Der Anschein, die Gemeinde entscheide in eigener Sache, soll verhindert werden. Diese Bestimmung ist daher nicht nur anwendbar, wenn die Gemeinde als Baugesuchstellerin auftritt bzw. wenn es um Bauvorhaben wie Schulhäuser, Verwaltungsgebäude, Erschliessungsstrassen, öffentliche Parkplätze und dergleichen geht. Er greift auch, wenn die Gemeinde an einem Vorhaben ein so starkes Interesse hat, dass ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheint. Das ist zum Beispiel der Fall bei Bauvorhaben Dritter auf gemeindeeigenem Boden oder wenn die Gemeinde sonst wie aus der Bewilligung direkte finanzielle Vorteile zieht, beispielsweise wenn sie aufgrund des Vorhabens Konzessionsgebühren für die Nutzung des öffentlichen Grundes erheben kann. Demgegenüber schliessen bloss indirekte Vorteile wie der Erhalt von Arbeitsplätzen die Zuständigkeit der Gemeinde nicht aus.¹⁵

¹³ Baureglement der Einwohnergemeinde Meikirch vom 15. März 1995 (GBR)

¹⁴ Vgl. Zusammensetzung der Bau- und Liegenschaftskommission der Einwohnergemeinde Meikirch, einsehbar unter <www.meikirch.ch>, Rubriken «Gemeinde, Behörden/Politik, Kommissionen»

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 33 N. 3, mit weiteren Hinweisen; BDE 110/2014/19 vom 17. April 2014, 110/2010/43 vom 30. Juli 2010

Das Verwaltungsgericht hat den Anschein der Befangenheit bei einem Baugesuch für eine Leuchtreklame auf dem Dach eines Restaurants bejaht, weil die Gemeinde als Grundeigentümerin und Vermieterin der von der Bauherrschaft als Terrasse genutzten Parzelle als Miet- bzw. Pachtzinsgläubigerin ein direktes Interesse am wirtschaftlichen Gedeihen des Betriebs und damit mindestens indirekt an der strittigen Leuchtreklame habe.¹⁶ Zum gleichen Schluss kam es bei einem Plakatwerbeträger auf öffentlichem Grund, wo sich die Baugesuchstellerin verpflichtet hatte, der Gemeinde für die Nutzung des öffentlichen Grundes einen bestimmten Betrag pro Jahr und Plakat zu zahlen.¹⁷ Die BVE bejahte den Anschein der Befangenheit im Falle eines Allwetterplatzes für Pferde auf einem Grundstück der Gemeinde mit der Begründung, diese ziehe einen finanziellen Vorteil aus der Verpachtung des Grundstücks.¹⁸ Zum gleichen Ergebnis kam sie in einem Fall, wo die Gemeinde Grundeigentümerin der Bauparzelle war und beabsichtigte, diese der Bauherrschaft vor Baubeginn zu verkaufen.¹⁹ Bei Bauvorhaben Dritter auf gemeindeeigenem Boden wurde somit in konstanter Praxis der Anschein der Befangenheit der Gemeinde bejaht.

b) Die Gemeinde ist Grundeigentümerin der Bauparzelle. Sie hat mit der Baugesuchstellerin einen Baurechtsvertrag abgeschlossen und ihr ein selbstständiges und dauerndes Baurecht eingeräumt. Gemäss Baurechtsvertrag beginnt die Zinspflicht 30 Tage nach Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung. Als Baurechtsgeberin erhält die Gemeinde deshalb seit März 2015 einen Baurechtszins. Auch wenn das konkrete Bauvorhaben keinen Einfluss auf die Höhe dieses Baurechtszinses hat, ändert dies nichts daran, dass die Gemeinde als Grundeigentümerin einen direkten finanziellen Vorteil aus dem Baurechtsvertrag erzielt und somit auch künftig in einer gewissen Beziehungsnähe zur Bauherrschaft bzw. zur Baurechtsnehmerin steht. 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.

c) Das Verwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit der Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BewD ausgeführt, die Unzuständigkeit einer Behörde stelle einen schwerwiegenden

¹⁶ Vgl. VGE 22755 vom 30.5.2007

¹⁷ Vgl. BVR 2005 S. 321

¹⁸ Vgl. BDE 110/2004/81 vom 26.7.2004

¹⁹ Vgl. BDE 110/2007/56 vom 25.6.2007

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.²⁰ Da die BVE mit voller Überprüfungsbefugnis ausgestattet ist, kann sie diesen Mangel nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung somit heilen.²¹ Eine Rückweisung an das Regierungsstatthalteramt wäre unter prozessökonomischen Gesichtspunkten wenig sinnvoll. Auf eine Kassation des angefochtenen Bauentscheids wird deshalb verzichtet.

5. Mangelhafte Mitteilung

a) Die Beschwerdeführenden rügen die mangelhafte Mitteilung an die betroffenen Parteien. Die Formvorschrift, wonach diese mit eingeschriebenem Brief zu erfolgen habe, sei verletzt worden. Die Ausführungen der Vorinstanz dazu seien wenig stichhaltig. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführenden Einsprache gegen die Projektänderung erhoben hätten, lasse sich nicht ableiten, die übrigen einsprachebefugten Nachbarn seien rechtsgenügend über die Projektänderung informiert worden. Die Vorinstanz bestätigt, dass sie die Orientierung über die (nachträgliche) Projektänderung nicht mit eingeschriebenem Brief, sondern durch persönlichen Briefeinwurf vorgenommen hat. Sie ist der Auffassung, es handle sich nicht um die Bekanntgabe eines kleinen Baugesuchs nach Art. 27 BewD, sondern um eine Projektänderung nach Art. 43 BewD. Diese erfordere lediglich eine Anhörung der Beteiligten und der von der Projektierung berührten Dritten.

b) Das Baubewilligungsverfahren soll sicherstellen, dass allfällige, von einem Bauvorhaben berührte öffentliche oder private Interessen gewahrt werden können. Aus diesem Grund sind Bau- und Ausnahmegesuche nach den Bestimmungen des Baubewilligungsdekrets zu veröffentlichen oder den Anstössern sowie weiteren Personen, die davon betroffen sein könnten, mitzuteilen. Der Bekanntmachung ist der Hinweis auf das Recht zur Einsprache beizufügen (Art. 35 Abs. 1 BauG). Die Veröffentlichung erfolgt in

²⁰ BVR 2005 S. 321 E. 2.4

²¹ VGE 22755 vom 30.05.2007 E. 2.3

zwei aufeinanderfolgenden Nummern des amtlichen Anzeigers (Art. 26 Abs. 2 BewD), die Mitteilung erfolgt mit eingeschriebenem Brief (Art. 27 Abs. 3 BewD). Projektänderungen können ohne erneute Veröffentlichung behandelt werden, wenn öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen nicht zusätzlich betroffen sind (Art. 43 Abs. 2 BewD). In diesem Fall genügt es, die Verfahrensbeteiligten und allenfalls neu betroffene Dritte anzuhören. Werden jedoch öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen zusätzlich betroffen, ist die Projektänderung, die während eines Baubewilligungsverfahrens erfolgt, unter Gewährung der ordentlichen Einsprachemöglichkeiten bekanntzumachen.²² Die Änderung eines rechtskräftig bewilligten Projekts vor oder während der Bauausführung braucht eine Zusatzbewilligung zur Baubewilligung. Sind in einem solchen Fall öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen zusätzlich betroffen, so ist ein neues Baubewilligungsverfahren erforderlich.²³

Art. 43 BewD regelt nicht, in welcher Form die Anhörung zu erfolgen hat und welche Frist dazu einzuräumen ist. Das ist fallbezogen zu beurteilen.²⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die allgemeinen Verfahrensbestimmungen des Baubewilligungsdekrets auch für Projektänderungen gelten.²⁵ Eine schriftliche Anhörung hat sich deshalb bezüglich Form und Inhalt an Art. 27 Abs. 3 BewD zu orientieren. Das heisst, sie erfolgt mit eingeschriebenem Brief. Das ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 44 VRPG, wonach Verwaltungsakte grundsätzlich nicht mit gewöhnlicher Post verschickt werden sollen. Erfolgt die Mitteilung mit gewöhnlicher Post oder wird sie, wie im vorliegenden Fall, persönlich in die Briefkästen gelegt, lässt sich nur schwer nachweisen, ob die Beteiligten und die von der Projektänderung zusätzlich berührten Dritten die Mitteilung erhalten haben. Rechtsungültig ist eine solche Zustellung jedoch nicht.²⁶

c) Unterbleibt die gebotene Bekanntmachung oder ist sie in wichtigen Punkten unvollständig, läuft die Einsprachefrist nicht. Einspracheberechtigte Personen oder Organisationen können nachträglich Einsprache oder Baubeschwerde erheben, sobald sie Kenntnis vom Bauvorhaben bzw. vom Bauentscheid erlangt haben. Wer sich ohne Nachteil mit Einsprache am Verfahren beteiligen konnte, kann aus einer unterbliebenen oder mangelhaften Bekanntmachung keine Rechte ableiten.²⁷ Die Beschwerdeführenden haben

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 13

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 14

²⁴ Vgl. dazu Heidi Walther Zbinden, Projektänderungen, in: KPG-Bulletin 1/2005, S. 9 f.

²⁵ Vgl. dazu Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 15

²⁶ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 12

²⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 11

die Orientierung über die Projektänderung vom 16. Oktober 2016 offensichtlich erhalten, auch wenn sie falsch adressiert war und statt mit eingeschriebener Post zugestellt, von der Bausekretärin persönlich verteilt wurde. Die Beschwerdeführenden konnten rechtzeitig Einsprache gegen die Projektänderung erheben. Aus dem Umstand, dass die schriftliche Anhörung nicht mit eingeschriebenem Brief erfolgte, ist ihnen somit kein Nachteil entstanden. Sie wurden über die Projektänderung informiert und konnten ihre Rechte wahrnehmen. Soweit sie geltend machen, daraus lasse sich nicht ableiten, dass auch die übrigen einsprachebefugten Nachbarn rechtsgenügend über die Projektänderung informiert worden seien, rügen sie die Verletzung von Verfahrensrechten Dritter. Es ist nicht erkennbar, was sie mit ihrem Vorbringen, die Verfahrensrechte von Drittpersonen seien verletzt worden, für sich ableiten wollen.²⁸

6 Projektänderung oder ordentliches Baubewilligungsverfahren?

a) Die Beschwerdeführenden sind aus verschiedenen Gründen der Auffassung, es hätte ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden müssen. Zum einen machen sie geltend, das geänderte Projekt widerspreche der UeO "M._____", zum anderen sind sie der Auffassung, der Rahmen einer Projektänderung werde gesprengt.

b) 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 entgegen stehen (Art. 2 BauG, Art. 35 Abs. 1 BewD). Zu den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften, die im vorliegenden Fall zu beachten sind, gehört auch die UeO "M._____", die aus dem Überbauungsplan und den Überbauungsvorschriften besteht. Widerspricht das Vorhaben der Beschwerdegegnerin dieser UeO, so hat das nicht zur Folge, dass ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist, sondern dass der Bauabschlag erteilt werden muss, es sei denn, es könne eine Ausnahmegewilligung erteilt werden. Bei Ausnahmen von einer UeO ist allerdings nach der Praxis besondere Zurückhaltung geboten, handelt es sich doch dabei bereits um eine auf die speziellen Verhältnisse abgestimmte baurechtliche Ordnung.²⁹

²⁸ BVR 2015 S. 234 E. 3.5

²⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26 N. 4 Bst. c

c) Bei den Fassadenveränderungen handelt es sich unbestritten um baubewilligungspflichtige Änderungen. Die Ausführung von Bauarbeiten, die eine Baubewilligung benötigen, darf erst begonnen werden, wenn sie rechtskräftig bewilligt sind oder der Baubeginn vorzeitig gestattet ist (Art. 1a Abs. 3 BauG; Art. 2 Abs. 1 BewD). Das gilt auch für Projektänderungen während der Bauausführung im Sinn von Art. 43 Abs. 5 BewD. Die dafür erforderliche Zusatzbewilligung zur (rechtskräftigen) Baubewilligung muss vor der Bauausführung der geänderten Teile eingeholt werden. Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so hat die Baupolizeibehörde einzuschreiten (Art. 46 BauG). Sie hat die sofortige Einstellung laufender Bauarbeiten anzuordnen, wenn eine bewilligungsbedürftige Abweichung vom bewilligten Bauprojekt vorliegt. Die Baupolizeibehörde ist bei entsprechender Wahrnehmung verpflichtet, die illegale Bautätigkeit zu stoppen. Sie geniesst dabei keinen Beurteilungsspielraum und hat keine Interessenabwägung vorzunehmen. Ob die bewilligungspflichtige Änderung allenfalls bewilligt werden könnte, spielt keine Rolle.³⁰ Aufgrund der Anzeige des Beschwerdeführers 1 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdegegnerin die Seitenfassaden in Abweichung von der Baubewilligung ausführte. Sie hätte deshalb unbesehen ihrer Einschätzung bezüglich Bewilligungsfähigkeit dieser Änderungen umgehend eine Baueinstellungsverfügung erlassen müssen.

d) Eine Projektänderung liegt vor, wenn das Bauvorhaben in seinen Grundzügen gleich bleibt (Art. 43 Abs. 1 BewD). Gemäss dem Schreiben vom 15. Oktober 2015 und denn dazugehörigen Projektänderungsplänen werden gegenüber dem bewilligten Projekt folgende Änderungen vorgenommen: An den Seitenfassaden (Südwest- und Nordostfassaden) werden die liegenden Fenster bodeneben verglast und damit die Fensterflächen in etwa verdoppelt. An den Nordwestfassaden werden ein paar wenige Fenster geringfügig verändert. Zudem entstehen auf der Nordostseite zwei zusätzliche ungedeckte Sitzplätze. Diese Anpassungen betreffen keine Hauptmerkmale des ursprünglichen Projekts und verändern dessen Identität nicht.³¹ Der Rahmen einer Projektänderung ist deshalb nicht gesprengt.

e) Die Fassadenveränderungen sind nicht ortsbildrelevant, sondern betreffen ausschliesslich die direkten Nachbarinnen und Nachbarn. Dritte sind nicht betroffen. Ob die

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 6

³¹ Vgl. dazu Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 12a

beiden offenen Sitzplätze überhaupt baubewilligungspflichtig sind, ist fraglich (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD). Da die Beschwerdegegnerin dafür ein Gesuch eingereicht hat, hat sie nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung einen Anspruch darauf, dass die Baubewilligungsbehörde das Vorhaben prüft und bei Übereinstimmung mit der gesetzlichen Ordnung bewilligt.³² Die offenen Sitzplätze betreffen ebenfalls ausschliesslich die direkten Nachbarinnen und Nachbarn. Öffentliche Interessen oder wesentliche nachbarliche Interessen sind durch die Projektänderung demgegenüber nicht zusätzlich betroffen. Selbst wenn letzteres bejaht würden, so dass ein neues Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden müsste, würde das kleine Baubewilligungsverfahren genügen (vgl. Art. 27 Abs. 1 Bst. b BewD). Eine Veröffentlichung des Projektänderungsgesuchs war deshalb nicht erforderlich. Es genügte vielmehr die Mitteilung an die Nachbarinnen und Nachbarn, soweit diese dem Baugesuch nicht zugestimmt hatten (vgl. Art. 27 Abs. 1, 3 und 4 BewD). Die Vorinstanz hat das geänderte Bauvorhaben zu Recht im Rahmen eines Projektänderungsverfahrens ohne Publikation behandelt.

7. Materielle Prüfung

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, durch die um einiges grössere Fensterfläche werde die Privatsphäre der direkt gegenüber wohnenden Nachbarn wesentlich tangiert. Durch die nun raumhohen Fenster sei ein umfassender Blick auf das nachbarschaftliche Grundstück und in die Wohnungen der Beschwerdeführenden möglich. Durch die Schaffung eines Terrassenplatzes werde die siedlungsinterne Grünfläche reduziert.

b) Einwirkungen, die durch zonenkonforme, den baupolizeilichen und umweltrechtlichen Vorschriften entsprechende Bauten verursacht werden (wie Lichtentzug, Beschattung, Entzug der Aussicht, Störungen durch Parkplätze und andere negative oder positive Immissionen) müssen grundsätzlich geduldet werden.³³ Bewohnerinnen und Bewohner müssen deshalb in Kauf nehmen, dass sich ihre Nachbarinnen und Nachbarn im Freien aufhalten oder dass sie von Balkonen oder Fenstern der Nachbarliegenschaften aus beobachtet werden können. Mit dem Erlass von Abstandsvorschriften sowie den

³² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1b N. 2; BVR 1997 S. 355 E. 1b/bb

³³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 24 N. 31

verschiedenen weiteren Schranken für die Ausdehnung von Baukörpern hat der Gesetzgeber abstrakt vorgezeichnet, welches Mass an Einwirkungen auf Nachbargrundstücke erlaubt ist. Gebäude, die die vorgeschriebenen Abstände einhalten, oder Bauten und Anlagen, die keinen Abstandsbestimmungen unterworfen sind, können daher von vornherein nicht derart auf Nachbargrundstücke einwirken, dass ihre Erstellung verhindert oder eine Veränderung ihrer Lage verlangt werden könnte.

c) Die beiden Mehrfamilienhäuser auf Parzelle Meikirch Grundbuchblatt Nr. I. _____ befinden sich unbestritten innerhalb der Baufelder. Grenzabstände sind deshalb keine verletzt. Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, ist einzig die Mindestfläche von Fenstern vorgeschrieben (vgl. Art. 64 Abs. 1 BauV³⁴). Vorschriften über die maximal zulässige Fensterfläche kennt demgegenüber weder das kommunale noch das kantonale Recht. Es wird zudem weder geltend gemacht noch ist ersichtlich, dass die grösseren Fenster den Gestaltungsvorschriften widersprechen würden.

Die beiden offenen Sitzplätze sollen im Grünbereich erstellt werden. Gemäss Art. 5 der Überbauungsvorschriften sind ausserhalb der Baufelder nur Vordächer, offene Sitzplätze, Balkone, Pergolen, Rankgerüste, offene und überdachte Veloabstellplätze, Belüftungsöffnungen der Autoeinstellhallen und dergleichen gestattet. Gemäss Art. 15 Abs. 1 der Überbauungsvorschriften dienen die siedlungsinternen Wege, Plätze und Grünbereiche als Erschliessungs-, Aufenthalts- und Spielbereich gemäss Art. 42 bis 45 BauV. Die Gestaltung der siedlungsinternen Grünbereiche ist im Umgebungsgestaltungsplan gemäss Art. 7 Abs. 3 Überbauungsvorschriften auszuweisen. Privatgärten im Sinn von Art. 17 der Überbauungsvorschriften sind gemäss Überbauungsplan rund um die Baufelder F und G keine vorgesehen. Die Auslegung der Gemeinde, dass in den Grünbereichen auch offene Sitzplätze erstellt werden dürfen, erscheint deshalb als rechtlich haltbar.

d) Es ist zwar nachvollziehbar, dass sich die Beschwerdeführenden durch die deutlich grösseren Fenster und die ungedeckten Sitzplätze auf der Nordostseite der Mehrfamilienhäuser in ihrer Privatsphäre berührt fühlen. Sie machen jedoch nicht geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass dadurch im Baubewilligungsverfahren zu prüfende Vorschriften verletzt würden. Da sowohl die grösseren Fenster als auch die ungedeckten

³⁴ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

Sitzplätze den massgeblichen Vorschriften nicht widersprechen, hat die Vorinstanz zu Recht die nachträgliche Baubewilligung erteilt.

8. Kosten

a) Die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens bestehen vorliegend einzig aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Diese wird festgesetzt auf Fr. 800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG, Art. 19 Abs. 1 GebV³⁵).

Laut Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten 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. Die Beschwerdeführenden dringen mit ihrer Beschwerde nicht durch und gelten deshalb als unterliegende Partei. Sie haben aber zu Recht gerügt, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden. Zudem war die Gemeinde für die Beurteilung der Projektänderung nicht zuständig. Es liegen deshalb besondere Umstände vor, die es rechtfertigen, nur drei Viertel der Verfahrenskosten zu erheben. Diese werden den Beschwerdeführenden unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

b) 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). Damit ist die Vertretung durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gemeint.³⁶

Als obsiegende Partei hat die Beschwerdegegnerin Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden von ihrem Anwalt auf insgesamt Fr. 2'721.60 (Honorar: Fr. 2'500.00, Auslagen Fr. 20.00, Mehrwertsteuer: Fr. 201.60) beziffert. Die Beschwerdegegnerin ist mehrwertsteuerpflichtig³⁷ und kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr

³⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³⁶ BVR 2012 S. 424 E. 5.2.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 2

³⁷ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist deshalb die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.³⁸ Im Übrigen gibt die Kostennote zu keinen Bemerkungen Anlass. Aufgrund der oben erwähnten besonderen Umstände haben die Beschwerdeführenden drei Viertel und die Vorinstanz einen Viertel der Parteikosten der Beschwerdegegnerin zu tragen. Auf Seiten der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden sind keine entschädigungsfähigen Auslagen entstanden.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Beschwerdeführenden haben Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 600.00 zu bezahlen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag.

Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerin einen Parteikostenersatz in der Höhe von Fr. 1'890.00 zu bezahlen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag.

Die Gemeinde Meikirch hat der Beschwerdegegnerin einen Parteikostenersatz in der Höhe von Fr. 630.00 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Frau B. _____ und Herrn A. _____, eingeschrieben

³⁸ BVR 2014 S. 484 E. 6

- Herrn Fürsprecher F. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Meikirch, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin