

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2018/187 vom 21.1.2019).

RA Nr. 110/2018/13

Bern, 25. Mai 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

alle per Adresse Herrn A. _____



und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Heimberg, Gemeindeverwaltung,
Alpenstrasse 26, Postfach 271, 3627 Heimberg

betreffend Gesamtentscheid der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Heimberg vom 18. Dezember 2017 (Baugesuch Gemeinde Nr. 928/2008-0064; Mehrfamilienhaus)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden reichten am 22. Dezember 2008 bei der Gemeinde Heimberg ein Baugesuch ein für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit fünf Wohneinheiten und sechs Autoabstellplätzen auf Parzelle Heimberg Grundbuchblatt Nr. C. _____. Das Grundstück liegt in der Wohn- und Gewerbezone WGb. Infolge von Planungszonen war das Baubewilligungsverfahren vom März 2009 bis Dezember 2016 eingestellt. Die Beschwerdeführenden überarbeiteten ihr Projekt im Verlauf des Jahres 2017 mehrmals, wobei die Gemeinde diese Projektänderungen teilweise als "schriftliche

Ergänzungen und Begründungen" bezeichnete.¹ Die Gemeinde teilte ihnen jeweils mit, dass die Baueingabe nach wie vor Mängel aufweise und das Vorhaben nicht bewilligungsfähig sei. Die Beschwerdeführenden hielten dennoch an ihrem Gesuch fest. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 10. Oktober 2017 teilte die Gemeinde ihnen mit, dass das Vorhaben zusätzlich ein Ausnahmegesuch für das Unterschreiten des Gebäudeabstands benötige. Zudem wies sie auf weitere Mängel hin. Sie gab den Beschwerdeführenden eine Frist von 30 Tagen für die Verbesserung, unter Androhung des Nichteintretens auf das Baugesuch bzw. der Abschreibung des Baugesuchs. Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführenden am 6. November 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE), die darauf mit Zwischenentscheid vom 11. Dezember 2017 nicht eintrat (Verfahren RA Nr. 110/2017/141).

Mit Gesamtentscheid vom 18. Dezember 2017 erteilte die Gemeinde dem Vorhaben den Bauabschlag. Die Gemeinde macht zum einen geltend, dass die Gesuchsunterlagen nie vollständig eingereicht worden seien, womit die formellen Anforderungen gemäss Art. 10 ff. BewD² nicht erfüllt seien. Zum anderen sei das Bauvorhaben auch hinsichtlich Einhaltung der zulässigen Bruttogeschossfläche und der Ausnützungsziffer, sowie der Einhaltung des (kleinen) Grenzabstands zur Parzelle Heimberg Grundbuchblatt Nr. D. _____ hin, nicht bewilligungsfähig. Eine Ausnahmegewilligung werde ausgeschlossen. Auch die Flächen der Kinderspielflächen und der Aufenthaltsbereiche entsprächen nicht den gesetzlichen Vorgaben.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 16. Januar 2018 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen "eine Feststellung beschränkt auf den Streitgegenstand betreffend die Rechtmässigkeit unseres Anspruches eine Ausnahmegewilligung zur Reduktion des kleinen Grenzabstandes unter Berücksichtigung der Projektänderung der Reduktion der Nutzungsübertragung". Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, dass die Gemeinde die "Genehmigung des Ausnahmegesuchs" vom 21. September 2017 zur Reduktion des kleinen Grenzabstands (kGA) zu Unrecht verweigert habe. Damit würde ihnen die Möglichkeit genommen "nach altem Recht eine Projektanpassung vorzunehmen", was in Anbetracht der im August 2017 aufgelegten Überbauungsordnung Heimberg Süd

¹ Vorinstanzlicher Entscheid, Sachverhalt, Ziff. 1.4.21

² Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

und der im November 2017 angekündigten Revision der Ortsplanung erhebliche Einschränkungen zur Folge haben werde. Eine Projektänderung "im Rahmen des ursprünglichen Raumprogrammes" gemäss Projektänderung vom 7. Juli 2017 sei zeitlich nicht realisierbar. Wegen der Entscheide der Gemeinde und der BVE werde die Bauherrschaft vorliegend gezwungen, eine Projektänderung einzureichen, für die die Rechtmässigkeit des Ausnahmegesuchs bezüglich Reduktion des kleinen Grenzabstands vorgängig festgestellt sein müsse. Zudem habe die Gemeinde ihr Ausnahmegesuch mit unterschiedlichen Begründungen abgelehnt.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 12. Februar 2018 die Abweisung der Beschwerde und äussert sich nur noch zu "einigen auserwählten Rügen der Beschwerde". Sie weist darauf hin, dass die Bauherrschaft versuche, über die Ausnahmegewilligung zum "nachbarrechtlich minimalsten Grenzabstand" zu gelangen. Im Übrigen sei sie nach wie vor der Ansicht, dass keine besonderen Verhältnisse zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Grenzabstands gegen Westen (zu den Parzelle Nrn. D._____ und E._____ hin) gegeben seien. Auch bezüglich Anordnung des grossen Grenzabstands auf der Westseite hält sie an ihrem Entscheid fest.⁴ Die Einsprecher liessen sich nicht vernehmen und beteiligten sich somit nicht am Verfahren.

4. Das Rechtsamt nahm mit Verfügung vom 19. März 2018 eine summarische Einschätzung vor und wies darauf hin, dass die Beschwerdeführenden nicht geltend machten, dass der Bauabschlag zu Unrecht erteilt worden sei. Der gestellte Antrag, dass ihr Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 26 BauG⁵ für die Unterschreitung des kleinen Grenzabstands zu beurteilen sei, stelle eine Rechtsfrage dar. Diese könne nicht zum Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht werden. Auf die Beschwerde werde daher voraussichtlich nicht eingetreten werden können. Zudem

³ 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)

⁴ Vgl. vorinstanzlicher Entscheid, E. 2.7.1

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

wurde darauf hingewiesen, dass eine Verbesserung des Antrags und der Begründung infolge Fristablaufs nicht mehr möglich sei.

Die Beschwerdeführenden nahmen mit Eingabe vom 9. April 2018 (Eingang am 10. April 2018) dazu Stellung. Sie weisen darauf hin, dass sich ihnen der Sinn der Verfügung des Rechtsamtes nicht erschliesse. Dabei handle es sich um "Allgemeinheiten" und die Aussagen seien zu wenig konkret. Aus Art. 32 VRPG ergäbe sich zudem ein Verbot übertriebener Formstrenge. Aus ihrer Beschwerde werde ihrer Meinung nach ersichtlich, dass die Aufhebung der Verfügung der Baubewilligungsbehörde verlangt werde. Der Hinweis, dass eine Verbesserung nicht mehr möglich sei, sei unverständlich. Die Beschwerdeführenden präzisieren den Streitgegenstand insoweit, als sich dieser aus den "drei folgenden Streitpunkten" zusammensetze: "Ausnahmegesuch, Nutzungsübertragung und Auslegung grosser Grenzabstand". Im Folgenden begründen die Beschwerdeführenden nochmals eingehend, aus welchen Gründen ihnen eine Ausnahme für die Unterschreitung des (kleinen) Grenzabstands auf der Westseite des geplanten Mehrfamilienhauses zu erteilen und der grosse Grenzabstand entgegen der Ansicht der Gemeinde nicht auf dieser Seite anzuordnen sei.

Die Gemeinde liess sich zur summarischen Einschätzung des Rechtsamtes nicht vernehmen. Sie reichte am 4. Mai 2018 jedoch Schlussbemerkungen ein. Sie verweist auf die Vorgeschichte des umstrittenen Bauvorhabens und die verschiedenen Mitteilungen an die Bauherrschaft, wonach das Baugesuch nicht bewilligungsfähig sei. Zum Zeitpunkt ihres Bauentscheids wie auch "mit den neuesten Ausführungen" sei nicht erkennbar, dass die Baugesuchsteller die Bereitschaft hätten, ein bewilligungsfähiges Projekt vorzulegen.

5. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilungsvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG⁶. 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 BauG⁷ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Baugesuch abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht.

b) Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass ihnen noch Gelegenheit zur Verbesserung bzw. zur "Sinnermittlung" ihrer Beschwerde hätte eingeräumt werden müssen. Bei fristgebundenen Eingaben müssen Antrag und Begründung innert der Frist eingereicht sein (Art. 33 Abs. 3 VRPG). Da die Beschwerde erst am 16. Januar 2018 eingereicht und damit am letzten Tag der Beschwerdefrist bei der BVE eingegangen ist (17. Januar 2018), konnte die Beschwerde nicht rechtzeitig zur Verbesserung an die Beschwerdeführenden zurückgewiesen werden. Die Eingabe der Beschwerdeführenden vom 9. April 2018 wurde erst nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereicht. Sie wird als Stellungnahme im Verfahren entgegen genommen.

2. Streitgegenstand

a) Die Beschwerdeführenden beantragen "eine Feststellung, beschränkt auf den Streitgegenstand betreffend die Rechtmässigkeit unseres Anspruches eine Ausnahmegewilligung zur Reduktion des kleinen Grenzabstandes unter Berücksichtigung

⁶ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

⁷ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

der Projektänderung der Reduktion der Nutzungsübertragung". Im Antrag formulieren sie ihr Begehren wie folgt: "Auf Feststellung, dass unser Anspruch auf eine Ausnahmegewilligung berechtigt ist und durch die beantragte Projektänderung die massgebenden gesetzlichen Bestimmungen betreffend Nutzungsübertragung (...) eingehalten sind".

b) Anfechtungsobjekt ist der Gesamtentscheid 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. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁸

c) Gemäss angefochtenem Gesamtentscheid erteilt die Gemeinde den Bauabschlag für das Bauvorhaben "Mehrfamilienhaus mit 5 Wohneinheiten und 6 Autoabstellplätze". Der Antrag auf Feststellung eines Anspruchs auf Ausnahmegewilligung geht somit über den Streitgegenstand hinaus. Auf den Antrag kann schon aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

d) Wie bereits in der summarischen Einschätzung gegenüber den Beschwerdeführenden ausgeführt, kann im Baubewilligungsverfahren um eine ordentliche Baubewilligung oder um eine generelle Baubewilligung ersucht werden (vgl. Art. 32 BauG). Die Beschränkung auf die Frage der Erteilung einer generellen Baubewilligung ist geboten, wenn ein grösseres Bauvorhaben in Frage steht oder wenn die Rechtslage unklar ist (Art. 32d BauG). Gegenstand der generellen Baubewilligung ist ein konkretes Bauvorhaben. Zur Beurteilung reiner Rechtsfragen, die nicht ein bestimmtes Bauprojekt betreffen, steht sie nicht zur Verfügung.⁹ Zum Gegenstand des generellen Gesuchsverfahrens können beispielsweise die vorgesehene Nutzung, die Erschliessung, die Lage und die äussere Gestaltung des Bauobjekts, dessen Einordnung in die Umgebung sowie ähnliche Einzelfragen gemacht werden (Art. 32d Abs. 2 BauG).¹⁰ Als weitere Bewilligungsarten bzw. -kategorien sieht das Baugesetz die ordentliche und die kleine Baubewilligung, sowie die Teilbaubewilligung vor (Art. 32 – Art. 32c BauG). Eine Teilbaubewilligung, d.h. ein Aufsplitten eines

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

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 32-32d N. 6. Vgl. BVR 1995 S. 62 ff.

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 6 ff.

Bauvorhabens in mehrere Teile und deren separate Beurteilung, ist dann zulässig, wenn dies unter dem Gesichtspunkt der Koordination unbedenklich ist. Einzelne Teile, die sich gegenseitig bedingen, dürfen nicht getrennt beurteilt werden.¹¹ Die Beschränkung auf die in Art. 32 BauG aufgezählten Bewilligungsarten gilt auch für das nachfolgende (Bau-)Beschwerdeverfahren. Vorliegend lässt sich der Antrag der Beschwerdeführenden sowie dessen Begründung weder als Antrag auf Erteilung einer generellen Baubewilligung noch auf Erteilung einer ordentlichen oder einer (Teil-)Baubewilligung verstehen. Vielmehr möchten die Beschwerdeführenden Rechtsfragen zu den Themenbereichen Ausnahmegesuch, Nutzungsübertragung, Auslegung grosser Grenzabstand, unabhängig von einem konkreten Projekt, vorab im Baubewilligungsverfahren geklärt haben. Dies geht nicht nur über den Verfahrensgegenstand hinaus, sondern diese Möglichkeit ist in der Baugesetzgebung gar nicht vorgesehen. Das Baubewilligungsverfahren, und zwar sowohl das ordentliche, wie auch das generelle, bezwecken (einzig), konkrete Bauvorhaben auf ihre Übereinstimmung mit den Vorschriften des Bau- und Planungsrechts und gewissen weiteren Vorschriften zu prüfen.¹² Diese Verfahren stehen zur Beurteilung reiner Rechtsfragen, die nicht ein bestimmtes Bauprojekt betreffen, nicht zur Verfügung. Auch aus diesem Grund kann auf den Antrag auf Feststellung eines Anspruchs auf Ausnahmegewilligung nicht eingetreten werden.

3. Bauabschlag/Projektänderung

a) Die Beschwerdeführenden beantragen in ihrer Beschwerde weiter "die Rückweisung des Bauabschlages". Auch in ihrer Stellungnahme betonen sie, dass aus ihrer Beschwerde klar erkennbar sei, dass sie die Aufhebung der Verfügung der Baubewilligungsbehörde verlangten.

b) Gemäss Art. 40 Abs. 1 BauG können Bauentscheide schriftlich bei der BVE mit Baubeschwerde angefochten werden. Beschwerden haben das Rechtsbegehren und die Begründung zu enthalten. Eine Begründung muss sich wenigstens in minimaler Form mit der angefochtenen Verfügung auseinandersetzen und sinngemäss darauf schliessen lassen, auf welche Beschwerdegründe sich die beschwerdeführende Partei beruft.¹³

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 5a ff

¹² Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-44, N. 1

¹³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 15

c) Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend, der Bauabschlag sei zu Unrecht erteilt worden. Sondern sie bringen zum einen vor, der Teilaspekt Grenzabstände/Ausnahmegesuch sei anders zu beurteilen. Zum andern werde eine Projektänderung hinsichtlich Nutzungsübertragung beantragt, die das Vorhaben gesetzeskonform mache. Sie bringen damit nicht vor, die Nutzungsübertragung und damit die Ausnützungsziffer sei in der angefochtenen Verfügung falsch beurteilt worden.

Die Vorinstanz hat den Bauabschlag im angefochtenen Gesamtentscheid weiter damit begründet, dass sich die Parkplätze im Strassenabstand befänden und im Widerspruch mit weiteren Bestimmungen des Strassengesetzes und der VSS-Vorschriften stünden (E. 2.3.9 Ziff. 3), dass die Flächen für Kinderspielplätze und Aufenthaltsbereiche die gesetzlichen Bestimmungen nicht einhalten würden (E. 2.5.5, fünftes Lemma) sowie dass das Baugesuch den formellen Anforderungen nicht entspreche (E. 2.1.4 und E. 2.8.3). Die Beschwerdeführenden begründen in keiner Weise, inwiefern der Bauabschlag mit Blick auf diese Aspekte zu Unrecht erteilt worden sei. Im Gegenteil halten sie in ihrer Beschwerde fest: "Die übrigen von der Gemeinde beanstandeten Mängel stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum Ausnahmegesuch und sind unabhängig von diesem lösbar. Dies gilt für das Einhalten der VSS-Normen, die Grünflächenziffer, Kinder- und Aufenthaltsflächen." Der Antrag auf Aufhebung des Bauabschlags ist daher ungenügend begründet und es kann nicht darauf eingetreten werden.

d) Die Beschwerdeführenden bringen in ihrem Antrag schliesslich noch folgendes Begehren: "Sollte wider Erwarten unser Standpunkt hinsichtlich Südfassade als Hauptwohnseite nicht akzeptiert werden, so beantragen wir eine Projektänderung gemäss Beilage 3a-2.1 + 3a.2.2 Normalgeschoss und Fassaden 15.01.18".¹⁴

e) Gemäss Art. 43 BewD¹⁵ können die Baugesuchsteller während eines Baubewilligungsverfahrens oder eines nachfolgenden Beschwerdeverfahrens vor der BVE eine Projektänderung einreichen, ohne dass deshalb ein neues Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden muss. Eine Projektänderungen hat den formellen Anforderungen an ein Baugesuch zu genügen (vgl. Art. 10 ff. BewD). Das geänderte Projekt tritt an die Stelle des

¹⁴ Beschwerdeschrift vom 16. Januar 2018, S. 4-1, unten

¹⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

ursprünglichen Bauvorhabens.¹⁶ Eine Projektänderung kann nicht an eine Bedingung geknüpft werden und gemäss Praxis nicht in Form eines Eventualbegehrens zum Gegenstand des Verfahrens¹⁷ gemacht werden.

f) Bei der von den Beschwerdeführenden eingereichten Projektänderung handelt es sich um eine bedingte Projektänderung, da sie nur für den Fall gestellt wird, dass die Südfassade nicht als "Hauptwohnfassade" akzeptiert werde. Zudem genügen die von ihnen eingereichten Unterlagen und Pläne vom 15. Januar 2018¹⁸ den formellen Anforderungen an ein Baugesuch gemäss Art. 10 ff. BewD in keiner Weise. Auf die Projektänderung kann daher nicht eingetreten werden.

g) Zusammenfassend ist festzustellen, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Den Beschwerdeführenden ist jedoch unbenommen, jederzeit für die gleiche Parzelle ein neues Projekt einzureichen.

4. Verfahrenskosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁹).

b) In diesem Verfahren sind keine Parteikosten im Sinne des Gesetzes entstanden. Parteikosten sind daher keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG).

¹⁶ Vgl. BVR 2012 S. 463 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d, N. 13c

¹⁸ Beschwerdeschrift vom 16. Januar 2018, Beilagen 3a-2.1 und 3a-2.2

¹⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Heimberg, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin