

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2019/117

Bern, 2. Dezember 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin 1

B. _____
Beschwerdeführerin 2

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, Landorfstrasse 1, 3098 Köniz

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz vom 4. Juli 2019 (Baugesuch Nr. C. _____; Geländer und Absturzsicherung im 2. OG)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerinnen reichten am 2. Oktober 2018 bei der Gemeinde Köniz ein Baugesuch ein für ein Geländer im zweiten Obergeschoss auf der Deckenplattform des Anbaus vom ersten Obergeschoss auf Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. D. _____ (Baugesuch Nr. C. _____). Die Parzelle liegt in der Wohnzone F. _____. Die Gemeinde wies die Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 11. Oktober 2018 darauf hin, dass die geplante Terrasse nur 1.25 m in den Grenzabstand hinauskragen dürfe und damit einen Grenzabstand von 3.75 m einhalten müsse. Gemäss den eingereichten Plänen sei das Geländer in einem Abstand von 3.5 m von der Nachbarparzelle vorgesehen, was nur mit schriftlicher Zustimmung des Nachbarn oder gestützt auf eine Ausnahmegewilligung zulässig sei. Sie stellte einen Bauabschlag nach Art. 24 BewD¹ in _____

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

Aussicht. Die Beschwerdeführerinnen reichten mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 einen neuen Situationsplan ein. Die Gemeinde verlangte mit Schreiben vom 9. November 2018 eine Verbesserung des Baugesuchs. Die Beschwerdeführerinnen reichten mit Schreiben vom 9. März 2019 ein verbessertes Baugesuch ein. Am 22. April 2019 erhoben sie Rechtsverzögerungsbeschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) bezüglich des vorliegend relevanten Baugesuches Nr. C._____ (sowie des Baugesuches Nr. E._____, vgl. unten).² Die Gemeinde teilte den Beschwerdeführerinnen am 13. Mai 2019 mit, sie habe aus den missverständlichen Angaben im Situationsplan geschlossen, das Geländer sei nun mit einem Grenzabstand von 3.75 m geplant. Gemäss den überarbeiteten Baugesuchsunterlagen sei das Geländer nach wie vor mit einem Grenzabstand von 3.5 m vorgesehen. Sie verlangte erneut ein Näherbaurecht oder ein Ausnahmegesuch und stellte andernfalls einen Bauabschlag nach Art. 24 BewD in Aussicht. Aufgrund dieser Verfügung zum weiteren Vorgehen konnte das Rechtsamt der BVE das Verfahren betreffend die Rechtsverzögerungsbeschwerde (vollständig) abschreiben. Mit Schreiben vom 15. Mai 2019 an den Gemeinderat führten die Beschwerdeführerinnen aus, dass sie das Geländer für eine Terrasse mit einer Tiefe von 1.75 m erstellen wollen und dafür – falls nötig – ein Ausnahmegesuch stellen. Mit Entscheid vom 4. Juli 2019 erteilte die Gemeinde Köniz ohne vorherige Publikation den Bauabschlag.

Die Beschwerdeführerinnen hatten zudem am 19. Juni 2018 bei der Gemeinde Köniz ein Baugesuch für das "Versetzen von Geländer und Sichtschutz auf reglementarisches Grenzmass von 2.5 m" zur Nutzung des Daches der bestehenden Garage als Terrasse (Baugesuch Nr. E._____) gestellt, nachdem sie das Bundesgericht mit Entscheid vom 18. Mai 2018 zur Demontage des Geländers mit Grenzabstand von 1.75 m verpflichtet hatte. Die Gemeinde Köniz erteilte diesem Baugesuch mit Entscheid vom 30. April 2019 den Bauabschlag. Dagegen erhoben die Beschwerdeführenden Beschwerde bei der BVE (RA 110/2019/88).

2. Gegen den Bauabschlag der Gemeinde Köniz vom 4. Juli 2019 in Bezug auf das hier strittige Baugesuch Nr. C._____ reichten die Beschwerdeführerinnen am 23. Juli 2019 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen die Aufhebung des Bauabschlags vom 4. Juli

² RA Nr. 110/2019/70

2019 und die Erteilung der Baubewilligung. Sie machen insbesondere geltend, die geplante Terrasse sei ohne Ausnahmegewilligung zulässig.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Es fragte bei den Beschwerdeführerinnen nach, wie tief bzw. mit welchem Abstand zur Grenze die Terrasse geplant sei, da die vorhandenen Pläne widersprüchlich seien. Die Beschwerdeführerinnen reichten daraufhin insbesondere einen "Ergänzungsplan (...) mit Grenzabstand von 3.75 m" ein. Die Gemeinde nahm dazu nicht mehr Stellung. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG⁴ 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 Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerinnen, deren Baugesuch abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

b) Die Beschwerdeführerinnen führen in ihrer Beschwerde aus, das zweite Obergeschoss sei mit Baubewilligung vom 15. August 2013 als Technikraum/Estrich bewilligt worden und werde – wie anlässlich von Kontrollen habe festgestellt werden können – nicht als Wohnraum benutzt. Gemäss Beschwerde wird das zweite Obergeschoss mit dem neuen Baureglement zum Wohnraum. Sie bringen sinngemäss vor,

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

zu diesem neuen Wohnraum brauche es die beantragte Terrasse mit SIA-konformen Geländern.

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. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁵

Wie die Gemeinde zu Recht ausführt, ist vorliegend nur das Baugesuch betreffend die Erstellung eines Geländers im zweiten Obergeschoss auf der Deckenplattform des Anbaus des ersten Obergeschosses Verfahrensgegenstand. Ein Gesuch um Umnutzung des zweiten Obergeschosses haben die Beschwerdeführerinnen nicht gestellt. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2. Geländer für Terrassennutzung

a) Die Beschwerdeführerinnen planen eine Terrasse auf dem Dach des Anbaus im ersten Obergeschoss. Diesen hatte die Gemeinde gestützt auf ein Näherbaurecht (Grenzabstand 3.5 m) im Jahr 2013 als Wintergarten bewilligt. Erstellt wurde daraufhin trotz Baueinstellungsverfügung ein Anbau mit gemauerten Ecken und Betondecke (Wohnraumerweiterung), welcher nicht bewilligungsfähig war, auf deren Rückbau die BVE jedoch im Verfahren RA 110/2015/176 verzichtete.⁶

b) Die vorliegend geplante Terrasse auf dem als Wintergarten bewilligten Anbau ragt unbestrittenermassen in den gemäss Art. 93 Abs. 1 GBR⁷ geltenden Grenzabstand von 5 m hinein. Dem angefochtenen Entscheid kann entnommen werden, dass die Gemeinde im vorliegenden Fall davon ausging, dass die Beschwerdeführerinnen das Geländer im zweiten Obergeschoss mit einem Abstand von 3.5 m zur Nachbarparzelle planen. Die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Projektpläne sehen in der Tat ein Geländer vor,

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8

⁶ Entscheid der BVE RA 110/2015/176 vom 26. September 2016

⁷ Gemeindebaureglement vom 7. März 1993

welches bis 3.5 m an die Nachbarparzelle reicht. Die Tiefe der Terrasse beträgt hier 2 m.⁸ Gemäss Situationsplan vom 9. März 2019 beträgt der Abstand von der Terrasse zur Nachbarparzelle hingegen 3.75 m und die Tiefe der Terrasse 1.75 m. Nachdem das Rechtsamt die Beschwerdeführerinnen auf diesen Widerspruch aufmerksam gemacht hatte, reichten diese einen zusätzlichen "Ergänzungsplan" ein.⁹ Demgemäss planen sie ein 25 cm breites Geländer. Stahlstützelemente sollen mit einem Abstand von 3.5 m zur Grenze an die Betonstirne des Dachs des Anbaus des ersten Obergeschosses ("Wintergarten") geschraubt werden. Auf diesen "Befestigungsrahmen" sollen 25 cm weiter innen – also mit einem Abstand von 3.75 m zur Grenze – Glaselemente aufgesetzt werden. Da die äusseren Stützelemente und nicht die 25 cm weiter nach innen versetzten Glaselemente massgebend sind,¹⁰ beträgt der Grenzabstand der geplanten Terrasse – wie von der Gemeinde angenommen – rund 3.5 m.

c) Das noch geltende Gemeindebaureglement vom 7. März 1993 sieht für Bauten, Bauteile und Anlagen im Grenzabstand folgende Regelung vor:

Art. 76

¹ In den Zwischenräumen, der durch die vorgeschriebenen Grenz- und Gebäudeabstände gebildet wird, dürfen ausser den üblichen Sockel- und Fundamentvorsprüngen nur Terrassen, offene Balkone (auch solche mit seitlichen Abschlüssen), Erker, Vordächer, Dachgesimse und ähnliches mit dem vierten Teil des Grenzabstandes auskragen, Balkone und Erker jedoch höchstens 1,50 m (siehe Anhang I Skizze 10).

² Balkone, Erker, Dachaufbauten usw. müssen bei zusammengebauten oder an der Grenze stehenden Gebäuden von der angebauten Grenze einen Grenzabstand von wenigstens 1,50 m, in allen übrigen Fällen einen solchen von wenigstens 2,50 m aufweisen. Mit schriftlicher Zustimmung des Nachbars können diese Grenzabstände beliebig reduziert werden (siehe Anhang I Skizze 10).

d) Da es sich bei der Bestimmung von Art. 76 GBR um eine kommunale Norm handelt, ist es vorab Sache der Gemeinde zu bestimmen, wie sie ihre eigene Vorschrift verstanden

⁸ vgl. Pläne Ansicht Nordfassade und Ansicht Südfassade vom 9. März 2019

⁹ Beilage 9 zum Schreiben vom 26. September 2019

¹⁰ Vgl. dazu auch die Figur 2.3.b im Anhang 1 der Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

haben will. Ist ihre Auslegung der Norm rechtlich vertretbar, darf eine Rechtsmittelbehörde nicht einer andern, ebenfalls möglichen oder vertretbaren Auslegung den Vorzug geben.¹¹

Art. 76 Abs. 2 GBR sieht für den vorliegenden Fall vor, dass der Abstand von der Terrasse zur Grenze mindestens 2.5 m betragen muss. Dieser Abstand wird vorliegend eingehalten. Abs. 1 von Art. 76 GBR bestimmt zudem, dass ein Balkon mit dem vierten Teil des Grenzabstandes, jedoch höchstens 1.5 m, in den Grenzabstand auskragen darf. Gemäss Gemeinde bedeutet dies, dass der Abstand des Balkons zur Grenze $\frac{3}{4}$ des gesetzlichen Grenzabstandes – vorliegend 3.75 m ($\frac{3}{4}$ von 5 m) – betragen muss. Gemäss der Auslegung der Gemeinde muss dieser Grenzabstand zusätzlich zum Mindestabstand von 2.5 m gemäss Art. 76 Abs. 2 GBR eingehalten werden. Diese Auslegung der Gemeinde wird gestützt durch die Skizze 10 des Anhang 1 des GBR. Sie ist haltbar, was das Bundesgericht betreffend eines anderen Balkons auf dem Dach der Garage der Beschwerdeführerinnen festgehalten hat.¹² Da der Abstand zwischen der geplanten Terrasse und der Grenze zur Nachbarparzelle nur 3.5 m beträgt, entspricht sie Art. 76 Abs. 1 GBR nicht.

e) 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,

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band II, Bern 2010, Art. 65 N. 3

¹² Vgl. BGer 1C_209/2017 vom 18. Mai 2018, E. 2.3

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.

Im vorliegenden Fall werden keine Ausnahmegründe geltend gemacht und solche sind auch nicht ersichtlich. Für die geplante Terrasse kann daher auch keine Ausnahmegewilligung erteilt werden.

f) Für die geplante Terrasse liegt auch kein Näherbaurecht vor: Die Zustimmungserklärung vom 9. März 2013 galt einzig für den Bau des projektierten Wintergartens.¹³

g) Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf den künftig geltenden Art. 57 Abs. 2 GBR. Mit Volksabstimmung der Gemeinde Köniz vom 23. September 2018 hat diese einer Ortsplanungsrevision zugestimmt.¹⁴ Das neue GBR kann erst nach der Genehmigung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung in Kraft gesetzt werden. Art. 57 Abs. 2 des künftigen GBR sieht vor, dass Balkone vorspringende Gebäudeteile im Sinne der BMBV sind, wenn sie mindestens auf einer Seite oder der Hälfte der Längsseite nicht geschlossen werden können und folgend Masse nicht überschreiten:

- a) zulässige Tiefe: $\frac{1}{4}$ des jeweils geltenden kleinen oder grossen Grenzabstandes oder beim Näherbau $\frac{1}{4}$ des Abstandes zur Grenze (vgl. Anhang I, Skizze 2.1).
- b) zulässige Breite: Im Mittel $\frac{1}{2}$ der Fassadenlänge pro Geschoss, welches auf dem entsprechenden Fassadenabschnitt vollständig über dem massgebenden Terrain liegt (vgl. Anhang I, Skizze 2.2).

Das künftige Recht sieht damit für den vorliegenden Fall vor, dass die Terrasse $\frac{1}{4}$ des geltenden Grenzabstandes tief sein darf. Da auch das neue Baureglement in der Wohnzone Willa einen kleinen Grenzabstand von 5 m vorsieht (Art. 53 Abs. 1), dürfte die Terrasse einzig eine Tiefe von 1.25 m haben ($\frac{1}{4}$ von 5 m). Da auch zur Bemessung der Tiefe die äusseren Stützelemente des geplanten Geländers massgeblich sind (vgl. Skizze 2.1 im Anhang des künftigen GBR) ist von einer Tiefe von 2 m auszugehen. Damit

¹³ VGE 2016.319 vom 09.03.2017, E. 2.2.3, vgl. auch BGer 1C_2019/2017 vom 18. Mai 2018, E. 2.3

¹⁴ Vgl. <https://www.koeniz.ch/wirtschaft/entwicklung-gemeinde/ortsplanungsrevision-opr/die-unterlagen-zur-opr.page/1165>

entspricht die geplante Terrasse auch der vorgesehenen künftigen Regelung für vorspringende Gebäudeteile nicht. Ein Näherbaurecht liegt nicht vor, ein Grund, eine Ausnahme zu bewilligen, ebenfalls nicht (vgl. Ziffer 2e und f hievor). Da die zulässige Breite der vorspringenden Gebäudeteile nach dem künftigen Art. 57 Abs. 2 Bst. b GBR beschränkt ist, müsste ausserdem eine Koordination mit einem allenfalls im ersten Obergeschoss gewünschten Terrasse erfolgen (vgl. RA 110/2019/88). Zudem scheint nach der künftigen, noch nicht genehmigten Regelung ein Balkon über die gesamte Breite grundsätzlich bewilligungsfähig. Hier stellt sich die Frage, ob diese Regelung vor Art. 10 BMBV standhält.¹⁵

h) Damit ist das vorliegende Projekt weder nach geltendem noch nach künftigem Recht bewilligungsfähig. Die Gemeinde hat daher zu Recht den Bauabschlag erteilt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

3. Verfahrenskosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen. 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 GebV¹⁶). Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Bauentscheid der Gemeinde Köniz vom 4. Juli 2019 wird bestätigt.

¹⁵ Vgl. insb. Waber, Aus der Fachbereichskonferenz Recht der Abteilung Orts- und Regionalplanung des AGR, in KPG Bulletin 4/2018 S. 111 ff.

¹⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden den Beschwerdeführerinnen 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

- Frau G._____, eingeschrieben
- B._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.