

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2019/122 vom 27. März 2020).

RA Nr. 110/2019/7

Bern, 3. April 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

B. _____
Beschwerdegegnerin



_____ sowie

Regierungsstatthalter von Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

Baupolizeibehörde der Gemeinde Heiligenschwendi, Gemeindeverwaltung,
bim Schuelhus 195a, 3625 Heiligenschwendi

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalters von Thun vom 19. Dezember 2018
(bpol 11/2018; Zwei Mehrfamilienhäuser; Widerruf der Baubewilligung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 6. Mai 2013 bei der Gemeinde Heiligenschwendi ein Baugesuch ein für den Bau von zwei Mehrfamilienhäusern mit je drei Wohnungen auf Parzelle Heiligenschwendi Grundbuchblatt Nr. D. _____. Die Parzelle liegt in der Zone WG 2. Während der Auflagefrist vom 29. August 2013 bis 30. September 2013 gingen keine Einsprachen ein. Mit Gesamtbauentscheid vom 11. November 2013 erteilte der Regierungsstatthalter von Thun dem Bauvorhaben die Baubewilligung.

Mit Entscheid vom 13. Januar 2017 bewilligte der Regierungsstatthalter von Thun die Verlängerung der Baubewilligung um zwei Jahre, d.h. bis 13. Dezember 2018.

Auf eine gegen die Baubewilligung gerichtete Beschwerde der A._____ vom 15. September 2018 trat die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) mit Entscheid vom 12. November 2018 (RA Nr. 110/2018/128) nicht ein.

Nach Beginn der Bauarbeiten Ende Oktober 2018 beantragte die Beschwerdeführerin bei der Gemeinde erfolglos den Erlass eines Baustopps. Dagegen legte die Beschwerdeführerin bei der BVE Beschwerde ein. Diese wies die Beschwerde mit Entscheid vom 19. März 2019 ab, soweit sie darauf eintrat (RA Nr. 120/2018/74).

2. Am 15. September 2018 beantragte die Beschwerdeführerin beim Regierungsstatthalter von Thun den Widerruf der Baubewilligung vom 11. November 2013 bzw. des Verlängerungsentscheids vom 13. Januar 2017. Mit Entscheid vom 19. Dezember 2018 wies der Regierungsstatthalter das Widerrufsbegehren ab, soweit er darauf eintrat.

3. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 7. Januar 2019 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragt den Erlass eines Baustopps und sinngemäss die Aufhebung des Entscheids des Regierungsstatthalters vom 19. Dezember 2018; die Baubewilligung vom 11. November 2013 sei aufzuheben resp. zu widerrufen.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz beantragt mit Stellungnahme vom 14. Januar 2019 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 7. Februar 2019, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Die Gemeinde nahm mit Eingabe vom 17. Januar 2019 im konnexen Verfahren RA Nr. 120/2018/74, dessen Akten im vorliegenden Verfahren

¹ 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)

beigezogen wurden², auch zur Beschwerde vom 7. Januar 2019 Stellung. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Die Beschwerdegegnerin reichte auf Aufforderung des Rechtsamts eine Auflistung der gestützt auf die Baubewilligung vom 11. November 2013 bereits ausgeführten und der bis und mit April 2019 geplanten Arbeiten ein, unter Nennung der jeweiligen Kosten. Das Rechtsamt erhob ausserdem bei der Gemeinde Informationen über erfolgte Abparzellierungen vom Baugrundstück und holte die Baubewilligungsakten zu Gebäuden auf abparzellierten Flächen ein.

Die Parteien erhielten Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen. Die Beschwerdeführerin hält mit Schlussbemerkungen vom 9. März 2019 an ihrer Beschwerde fest. Die Gemeinde hat mit Eingabe vom 12. März 2019 auf Schlussbemerkungen verzichtet. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Schlussbemerkungen vom 20. März 2019 das Nichteintreten bzw. die Abweisung der Beschwerde.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist der mit "Entscheid im Baupolizeiverfahren" betitelte Entscheid des Regierungsstatthalters von Thun vom 19. Dezember 2018. Beim Entscheid über ein Begehren um Widerruf einer Baubewilligung handelt es sich jedoch nicht um einen Baupolizeientscheid, sondern um einen Bauentscheid. Dies ergibt sich aus der Systematik des Baugesetzes, in dem der Widerruf der Baubewilligung (Art. 43 BauG) unter dem Titel 1.6 "Baubewilligungsverfahren" behandelt wird. Folgerichtig sieht Art. 43 Abs. 3 BauG vor, dass eine Widerrufsverfügung wie ein Bauentscheid angefochten werden kann. Dasselbe gilt für einen Entscheid, mit dem der beantragte Widerruf verweigert wird.³

² Vgl. Verfügung vom 10. Januar 2019

³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 43 N. 3

b) 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 gegen einen Widerrufsentscheid ist legitimiert, wer in einer besonderen Beziehungsnähe zur Streitsache steht.⁵ Die Beschwerdeführerin, deren Widerrufsgesuch abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Entscheid formell beschwert. Als Eigentümerin von Nachbarparzellen zum Baugrundstück ist sie durch die Verweigerung des Widerrufs der Baubewilligung auch materiell beschwert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten, soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss die Aufhebung des Entscheids des Regierungsstatthalters vom 19. Dezember 2018 und den Widerruf der Baubewilligung vom 11. November 2013 beantragt.

c) Nicht einzutreten ist dagegen auf das Rechtsbegehren betreffend Aufhebung der Baubewilligung vom 11. November 2013. Diese ist in Rechtskraft erwachsen. Die BVE ist deshalb bereits mit Entscheid vom 12. November 2018 (RA Nr. 110/2018/128) auf den Antrag der Beschwerdeführerin um Aufhebung der Baubewilligung nicht eingetreten. Der für diesen Entscheid erhebliche Sachverhalt ist unverändert geblieben. Die Eintretensvoraussetzungen sind daher auch im vorliegenden Verfahren nicht erfüllt.

d) Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Beschwerde die Anordnung der Baueinstellung (Baustopp) bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens. In der Beschwerdebegründung führt sie aus, auf einen Zwischenentscheid betreffend Baustopp könne verzichtet werden, wenn der Entscheid in der Hauptsache zügig gefällt werde.⁶

Die BVE kann als Beschwerdeinstanz keine Baueinstellung gemäss Art. 46 Abs. 1 BauG verfügen. Die Baupolizei ist Sache der zuständigen Gemeindebehörde.⁷ Diese hat auf Anzeige der Beschwerdeführerin hin ein baupolizeiliches Einschreiten geprüft. Der Entscheid der Gemeinde im Baupolizeiverfahren bildete Gegenstand des Beschwerdeverfahrens in Sachen RA Nr. 120/2018/74 der BVE. Im vorliegenden

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

⁵ BVR 1990 S. 424 E. 3 f.

⁶ Beschwerde vom 7. Januar 2019, S. 16

⁷ Art. 45 Abs. 1 BauG

Baubeschwerdeverfahren ist auf den Antrag auf Erlass einer baupolizeilich motivierten Baueinstellungsverfügung nicht einzutreten.

Sollte der Antrag betreffend Erlass eines Baustopps als Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 27 VRPG⁸ zu verstehen sein, so wäre er mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos geworden.

2. Verfahrensgrundsätze

a) Die Beschwerdeführerin beantragt den Widerruf der Baubewilligung vom 11. November 2013. Zur Begründung führt sie an, die Publikation im Baubewilligungsverfahren sei fehlerhaft gewesen, da nötige Ausnahmegesuche nicht publiziert worden seien; die Gemeinde sei befangen; es sei ihr keine vollständige Akteneinsicht gewährt worden; das Bauvorhaben überschreite die zulässige Ausnützungsziffer und weitere Vorschriften bezüglich Gebäudemasse, Abstände, Spielplatz und Erschliessung.

In ihren Schlussbemerkungen⁹ hält die Beschwerdeführerin fest, die anderen Verfahrensbeteiligten seien in ihren Stellungnahmen nicht Punkt für Punkt auf die Beschwerde eingegangen, um die Rügen zu widerlegen. Daraus sei zu schliessen, dass die Rügen zutreffend seien.

b) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gelten im Baubeschwerdeverfahren unwidersprochene Beschwerderügen nicht als anerkannt. Es gilt der sogenannte Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig feststellt und in Art und Umfang der Ermittlungen nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden ist.¹⁰ Ferner wendet die Behörde das Recht von Amtes wegen an.¹¹ Sie ist dabei nicht an die Begründungen in den Parteieingaben gebunden.¹²

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁹ Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin vom 9. März 2019, S. 2

¹⁰ Art. 18 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 1

¹¹ Art. 20a Abs. 1 VRPG

¹² Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 51 N. 1

Daher ist nicht ausschlaggebend, inwiefern die anderen Verfahrensbeteiligten die Rügen der Beschwerdeführerin zu widerlegen suchen. Die BVE hat unabhängig davon von Amtes wegen den Sachverhalt abzuklären und das Recht anzuwenden.

3. Akteneinsichtsrecht

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe keine vollumfängliche Einsicht in die Baugesuchsakten erhalten.

b) Gemäss Art. 23 VRPG haben die Parteien grundsätzlich Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten. Behauptete Verletzungen dieses Akteneinsichtsrechts durch die Vorinstanz im Verfahren betreffend Widerruf der Baubewilligung wären im Beschwerdeverfahren zu prüfen. Es ist nicht klar, ob die Beschwerdeführerin dem Regierungsstatthalter als Vorinstanz eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts vorwirft, oder ob sich der Vorwurf allenfalls gegen die Gemeinde richtet. Verletzungen des allgemeinen Akteneinsichtsrechts gemäss Art. 27 Abs. 1 Informationsgesetz¹³ wären im vorliegenden Baubeschwerdeverfahren nicht zu prüfen. Aus den Vorakten des Regierungsstatthalters¹⁴ wird nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren vergeblich um Akteneinsicht ersucht hätte. Ihre Beschwerde vom 7. Januar 2019 hat sie ausführlich begründet.

Im Beschwerdeverfahren hat die Beschwerdeführerin umfassende Gelegenheit zur Akteneinsicht erhalten und diese auch wahrgenommen. Soweit im vorinstanzlichen Verfahren ihr Anspruch auf Akteneinsicht nicht vollständig erfüllt wurde, ist dies im Beschwerdeverfahren geheilt worden.

4. Widerruf

a) Eine im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilte oder bei ihrer Ausübung mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbare Baubewilligung kann von der Baubewilligungsbehörde – gegebenenfalls von der Aufsichtsbehörde – widerrufen

¹³ Gesetz vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz, IG; BSG 107.1)

¹⁴ Bpol 11/2018 betreffend Widerruf der Baubewilligung vom 11. November 2013

werden.¹⁵ Dabei ist nicht jede fehlerhafte Baubewilligung widerrufbar. Dies würde die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Ein Widerruf einer rechtskräftig gewordenen Baubewilligung setzt daher voraus, dass die Ausführung des Bauvorhabens wesentliche schutzwürdige Interessen, wie etwa solche des Umweltschutzes, verletzen würde.¹⁶ Das Widerrufsinteresse muss also im Verhältnis zum Interesse an der Rechtssicherheit überwiegen. Beim Entscheid, ob die Baubewilligung widerrufen werden soll, genießt die Behörde ein gewisses Entscheidungsermessen. Dieses muss sie jedoch pflichtgemäss ausüben.¹⁷

b) Die Widerrufbarkeit rechtskräftiger Baubewilligungen ist zusätzlich eingeschränkt, wenn die Bauherrschaft aufgrund der Baubewilligung bereits erhebliche Arbeiten ausgeführt hat.¹⁸ Die Beschwerdegegnerin hat mit ihrer Beschwerdeantwort vom 7. Februar 2019 eine Liste der bereits getätigten und der bis und mit April 2019 geplanten Planungs- und Bauarbeiten eingereicht. Nach Art. 43 Abs. 2 BauG sind nur Arbeiten zu berücksichtigen, die aufgrund der Baubewilligung, d.h. nach deren rechtskräftiger Erteilung, ausgeführt wurden. Vor Erteilung der Baubewilligung vorgenommene Projektierungsarbeiten sind demnach nicht einzubeziehen. Es muss nicht abschliessend geklärt werden, welche der von der Beschwerdegegnerin aufgelisteten Arbeiten zu berücksichtigen sind. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, sind auch in dem Fall, dass aufgrund der Baubewilligung noch keine erheblichen Arbeiten ausgeführt wurden, die Voraussetzungen eines Widerrufs nicht erfüllt.

5. Publikation

a) Die Beschwerdeführerin rügt, dass im Baubewilligungsverfahren keine korrekte Publikation erfolgt sei. Das Bauvorhaben erfordere Ausnahmen von den Nutzungsvorschriften, auf welche die Publikation nicht hingewiesen habe.

¹⁵ Art. 43 Abs. 1 BauG

¹⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 4

¹⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 3

¹⁸ Art. 43 Abs. 2 BauG

b) Eine fehlerbehaftete Publikation könnte höchstens in besonders gravierenden Fällen einen Widerruf rechtfertigen.¹⁹ Vorliegend ist kein Publikationsfehler erkennbar. Die Baupublikation weist auf die Beanspruchung der Gestaltungsfreiheit nach Art. 75 BauG und die beantragten Ausnahmen betreffend Dachgestaltung hin.²⁰ Weitere Ausnahmen wurden weder beansprucht noch gewährt. Es liegt kein Widerrufsgrund vor.

6. Befangenheit der Gemeinde

a) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Gemeinde ein eigenes Interesse am Bauvorhaben und ist daher befangen. Der Regierungsstatthalter habe sich beim Baubewilligungsentscheid vom 11. November 2013 auf die Stellungnahme der Gemeinde verlassen und selbst keine vollständige Prüfung des Bauvorhabens vorgenommen.

b) Nach Art. 9 Abs. 1 VRPG hat eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, u.a. dann in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse hat oder aus anderen Gründen befangen sein könnte. Inwiefern auf Seiten der Gemeinde Befangenheitsgründe vorliegen könnten, braucht nicht geprüft zu werden, da der streitige Baubewilligungsentscheid zuständigkeitsgemäss nicht von der Gemeinde, sondern vom Regierungsstatthalter gefällt worden ist. Dieser lud die Gemeinde entsprechend den Verfahrensvorschriften zur Stellungnahme ein (Art. 20 BewD²¹). Die Prüfung und Beurteilung des Baugesuchs oblag aber dem Regierungsstatthalter als zuständiger Baubewilligungsbehörde. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin ist nicht ersichtlich, dass der Regierungsstatthalter seine Aufgaben nicht korrekt wahrgenommen hätte. Es wurden weder Ausstandspflichten verletzt noch hat der Regierungsstatthalter seine Kognition unzulässig beschränkt.

7. Überschreitung der zulässigen Ausnützungsziffer

¹⁹ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 4

²⁰ Vorakten bbew 94/2013, pag. 86 und 88, vgl. auch pag. 29

²¹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, das streitige Bauvorhaben überschreite die zulässige Ausnützung der Parzelle Nr. D._____ erheblich. Von dieser seien früher einzelne Teilflächen abparzelliert worden, auf denen Gebäude standen. Die abparzellierten Flächen seien kleiner gewesen als die zur Einhaltung der Ausnützungsziffer beanspruchte Fläche. Im entsprechenden Umfang bestünden daher auf der Restparzelle Nr. D._____ Flächen, die durch die bereits erstellten Gebäude auf den abparzellierten Teilflächen beansprucht seien und daher bei der Berechnung der zulässigen Ausnützung der Restparzelle Nr. D._____ nicht angerechnet werden dürften. Dies sei bei Erteilung der Baubewilligung vom 11. November 2013 nicht berücksichtigt worden.

b) Die Gemeinden können das Mass der zulässigen baulichen Nutzung durch die Festlegung einer Verhältnisziffer regeln.²² Die Gemeinde Heiligenschwendi hat die Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV)²³ in ihrer baurechtlichen Grundordnung noch nicht umgesetzt. Daher sind die bisherigen Artikel 93 bis 98 Abs. 1 der Bauverordnung²⁴ massgebend.

In der Zone WG 2, in der die Bauparzelle liegt, gilt gemäss Art. 13 i.V.m. Art. 54 GBR²⁵ und Art. 93 aBauV eine Ausnützungsziffer (AZ) von 0,45.

c) Die Parzelle Nr. D._____ hatte ursprünglich einen grösseren Umfang als heute.²⁶ Vor der Erteilung der Baubewilligung vom 11. November 2013 waren die heutigen Parzellen Nr. C._____, E._____, F._____, G._____ mit bereits bestehenden Gebäuden abparzelliert worden, ebenso die heutigen Parzellen Nrn. H._____ und I._____, die damals noch unbebaut waren; heute sind im Grundstücksinformationssystem Grudis darauf projektierte Gebäude verzeichnet. Im Jahr 2015 wurden die heutigen Parzellen Nrn. J._____ – K._____, damals noch unbebaut, abparzelliert.²⁷ Gemäss dem Grundstücksinformationssystem Grudis sind nun

²² Art. 92 Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

²³ BSG 721.3

²⁴ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

²⁵ Baureglement der Gemeinde Heiligenschwendi vom 29. September 1994, vom AGR genehmigt am 11. Januar 1996

²⁶ Vgl. Akten der Baubewilligungsverfahren betreffend die Gebäude auf den heutigen Parzellen Nrn. O._____ und C._____, pag. 20

²⁷ Vgl. Beilage zur Stellungnahme der Gemeinde vom 17. Januar 2019 in Sachen RA Nr. 120/2018/74

auf den Parzellen Nrn. I._____, J._____, L._____, M._____ und N._____ Gebäude projiziert.

d) Die Erstellung des Gebäudes auf der heutigen Parzelle Nr. G._____ wurde am 26. August 1996 bewilligt.²⁸ Am 14. Mai 1996 hatte das AGR die Revision der baurechtlichen Grundordnung genehmigt. Mit dieser wurde die gesamte Fläche der damaligen Parzelle Nr. D._____ eingezont; die Ausnutzungsziffer für die Zone WG 2 wurde von 0,6 auf 0,45 reduziert.²⁹ Die Parzelle Nr. D._____ war damals noch 7'832 m² gross. Auf ihr stand bereits das Gebäude auf der heutigen Parzelle Nr. F._____ mit einer anrechenbaren Bruttogeschossfläche (BGF) von 537,6 m². Das auf der heutigen Parzelle Nr. G._____ projizierte Gebäudes hatte eine BGF von 597,9 m².³⁰ Zur Einhaltung der massgebenden Ausnutzungsziffer von 0,45 beanspruchen die beiden Gebäude zusammen eine Fläche von 2'524 m² ($537,6 / 0,45 = 1'195$; $597,9 / 0,45 = 1'329$; $1'195 + 1'329 = 2'524$).

Nach der Baubewilligung von 1996 für das Gebäude auf der heutigen Parzelle Nr. G._____ wurden die Parzellen Nrn. F._____ (486 m²) und G._____ (729 m²) abgetrennt, ebenso die Parzellen Nrn. H._____ (684 m²) und I._____ (615 m²). Zudem wurde ein 222 m² grosser Teil von Parzelle Nr. E._____ wieder in Parzelle Nr. D._____ eingegliedert. Letztere Transaktion wurde gemäss Angaben der Gemeinde erst am 29. April 2014 rechtswirksam.³¹ Der Kaufvertrag war aber bereits am 18. Dezember 2012 abgeschlossen worden und wurde im Baubewilligungsverfahren 94/2013 berücksichtigt.³² Im Zeitpunkt der Baubewilligung vom 11. November 2013 hatte demnach die Parzelle Nr. D._____ eine Grösse von 5'539 m².³³

e) Die Einhaltung der Ausnutzungsvorschriften wird in baurechtlichen Verfahren geprüft, nicht jedoch bei privatrechtlichen Grundstücksgeschäften. Bei der Abparzellierung von Parzellenteilen handelt es sich um privatrechtliche Vorgänge. Es ist daher möglich, dass

²⁸ Baubewilligungsakten 1995/365, pag. 101

²⁹ Art. 54 Baureglement der Gemeinde Heiligenschwendi vom 29. September 1994, vom AGR genehmigt am 11. Januar 1996; Zonenplan der Gemeinde Heiligenschwendi vom 29. September 1994, vom AGR genehmigt am 11. Januar 1996

³⁰ Baubewilligungsakten 1995/365, pag. 10

³¹ Beilage zur Stellungnahme der Gemeinde vom 17. Januar 2019 in Sachen RA Nr. 120/2018/74

³² Baubewilligungsakten 94/2013, pag. 69 ff.

³³ Baubewilligungsakten 94/2013, pag. 79

bebaute Teilflächen eines Grundstücks abgetrennt werden mit dem Ergebnis, dass bei Einzelbetrachtung des abgetrennten Teils eine höhere Ausnützung resultiert als nach den Bauvorschriften zulässig wäre.

Dieses grundsätzlich zulässige Vorgehen führt nicht dazu, dass mit den Abparzellierungen eine höhere Ausnützung erwirkt werden kann als auf der ursprünglichen Gesamtparzelle zulässig gewesen wäre. Dies würde gegen das im Kanton Bern geltende Verbot der mehrfachen Ausnützung einer Parzelle verstossen. Bei solchen Abparzellierungsvorgängen lastet eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung auf der Restparzelle, so dass die bereits beanspruchten Flächen nicht erneut angerechnet werden können. Es ist also nicht zulässig, die Ausnützung allein bezogen auf die Einzelparzelle zu berechnen, wenn diese früher Teil einer bereits baulich genutzten Ursprungsparzelle war. Vielmehr muss in solchen Fällen auch die bereits erfolgte Beanspruchung für bestehende Bauten berücksichtigt werden.³⁴

Art. 94 Abs. 4 und Art. 95 aBauV sehen vor, dass die Gemeinden Ausnützungskataster führen, welche über beanspruchte Nutzungen und Nutzungsübertragungen in der Bauzone Auskunft geben. Diese sollen der Gemeinde bzw. der Baubewilligungsbehörde die Kontrolle darüber ermöglichen, ob die Ausnützungsziffer über das ganze Gebiet eingehalten oder überschritten ist.³⁵ Die Eintragung in einem solchen Kataster hat jedoch nur Hinweischarakter. Für die Pflicht zur Berücksichtigung bereits beanspruchter Flächen ist sie ohne Bedeutung. Die mit der Abparzellierung erfolgte Nutzungsübertragung führt ohne weiteres zur Belastung der beanspruchten Landfläche mit einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, die ohne Aufnahme im Grundbuch für jedermann gilt.³⁶

f) Nach dem oben unter Bst. d) Gesagten wurde für die auf den heutigen Parzellen Nrn. F._____ und G._____ erstellten Gebäude zur Einhaltung der Ausnützungsziffer eine Fläche von gesamthaft 2'524 m² beansprucht. Die beiden Parzellen sind jedoch zusammengerechnet nur 1'215 m² (486 m² + 729 m² = 1'215 m²) gross. D.h. sie sind gesamthaft um 1'309 m² (2'524 m² – 1'215 m² = 1'309 m²) kleiner als der Landbedarf für ihre Gebäude. Auf der Restparzelle Nr. D._____ war daher nach der Abtrennung der Parzellen Nrn. F._____ und G._____ noch eine Fläche von _____

³⁴ Zaugg/Ludwig, Art. 13 N. 8 a/aa; BVR 2011 S. 272 E. 5.3; 2006 S. 267 E. 3

³⁵ BVR 1993 S. 454 E. 5c

³⁶ BVR 2006 S. 267 E. 3d

1'309 m² blockiert. Diese durfte wegen des Verbots der mehrfachen Ausnützung nicht für weitere Bauprojekte angerechnet werden. Dies hätte im Baubewilligungsverfahren bbew 94/2013 berücksichtigt werden müssen.

Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass diesem Umstand Rechnung getragen wurde. Die Beschwerdegegnerin berechnete die Ausnützung in Bezug auf die damalige Parzelle Nr. D._____ zuzüglich des im Jahr 2014 rückübertragenen Teils der Parzelle Nr. E._____ und abzüglich der im Jahr 2015 abparzellierten Teile (heutige Parzellen Nrn. J._____ – K._____). Es resultierte eine Grundstücksfläche von 2'050 m². Mit der anrechenbaren Geschossfläche von 800,65 m² errechnete die Beschwerdegegnerin eine AZ von 0,39.³⁷ Die für die Gebäude auf Parzellen Nrn. F._____ und G._____ beanspruchte, zur erneuten Anrechnung blockierte Fläche von 1'309 m² wurde nicht in Abzug gebracht. Der Gesamtbauentscheid vom 11. November 2013 äussert sich nicht zur Berechnung der Ausnützung. Er hält lediglich fest, dass die bau- und planungsrechtlichen Vorschriften eingehalten seien.

g) Würde man die blockierte Fläche von 1'309 m² zusätzlich in Abzug bringen, verbliebe eine Landfläche von 741 m² ($2'050 \text{ m}^2 - 1'309 \text{ m}^2 = 741 \text{ m}^2$). Bei einer anrechenbaren Geschossfläche von 800,65 m² wäre die AZ von 0,45 nicht eingehalten. Allerdings erscheint es nicht zwingend, dass die erst 2015 abgetrennten Parzellenteile bei der Berechnung der anrechenbaren Landfläche abgezogen wurden. Bei Erteilung der Baubewilligung am 11. November 2013 gehörten diese Teile noch zur Bauparzelle Nr. D._____, die damals 5'539 m² gross war. Bei Abzug der blockierten Fläche von 1'309 m² verblieb eine anrechenbare Landfläche von 4'230 m². Mit der anrechenbaren Geschossfläche von 800,65 m² resultierte eine Ausnützung von 0,19.

Mit der Baubewilligung vom 11. November 2013 wurde demnach die zulässige Ausnützung im Ergebnis nicht überschritten.

h) Für das Bauvorhaben gemäss der Baubewilligung vom 11. November 2013 wurde eine Landfläche von 1'779 m² beansprucht ($800,65 \text{ m}^2 / 0,45 = 1'779 \text{ m}^2$). Die für weitere Bauvorhaben zur Verfügung stehende Fläche reduzierte sich damit auf 2'451 m² ($4'230 \text{ m}^2 - 1'779 \text{ m}^2 = 2'451 \text{ m}^2$).

³⁷ Baubewilligungsakten 94/2013, pag. 53

In der Folge wurde die Parzelle Nr. D._____ durch weitere Abparzellierungen verkleinert. Im Jahr 2015 wurden Parzellenteile mit einer Gesamtfläche von 3'489 m² abgetrennt³⁸. Die zur Anrechnung verfügbare Fläche wurde also mit den Abparzellierungen überschritten. Folglich kam es zu weiteren Nutzungsübertragungen in Bezug auf die abgetrennten Teilflächen. Dies bedeutet, dass bei der Bebauung der Parzellen Nrn. J._____-K._____ die Ausnützung nicht jeweils bezogen auf die Einzelparzelle vorgenommen werden darf. Die infolge der Nutzungsübertragung blockierten Flächen müssen berücksichtigt werden. Letztlich muss sichergestellt sein, dass die durch Anrechnung an die AZ beanspruchten Flächen auf dem gesamten Perimeter der ursprünglichen Parzelle Nr. D._____ nicht erneut für ein Bauvorhaben angerechnet werden. Soweit bereits Baubewilligungen für die im Jahr 2015 abgetrennten Parzellen erteilt wurden (worauf die gemäss Grundstücksinformationssystem Grudis projektierten Gebäude schliessen lassen), wurde der Spielraum für die Zuordnung der freizuhaltenden Fläche weiter eingeengt.

i) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin darf der im Jahr 2014 an die Parzelle Nr. D._____ rückübertragene Teil der Parzelle Nr. E._____ (im Umfang von 222 m²) nicht an die verfügbare Landfläche angerechnet werden, weil die Parzelle Nr. E._____ übernutzt sei. Die Parzelle Nr. E._____ wurde gemäss den Angaben der Gemeinde im Jahr 1991 von der Parzelle Nr. D._____ abparzelliert. Dieser Parzellenteil befand sich in der Zone WG 2³⁹ mit einer AZ von (damals) 0,6. Die Ausnützung der damaligen Parzelle Nr. E._____ wurde im Zusammenhang mit dem Baubewilligungsverfahren des Gebäudes auf der heutigen Parzelle Nr. G._____ von der Projektverfasserin mit 0,49 angegeben.⁴⁰ Demnach war die Parzelle Nr. E._____ damals nicht übernutzt. Mit der Revision des GBR im Jahr 1996 wurde die zulässige AZ auf 0,45 reduziert. Ob und inwiefern die im Jahr 2014 rückübereignete Landfläche von 222 m² für die Anrechnung an neue Bauvorhaben blockiert war, muss hier nicht abschliessend beantwortet werden. Am Ausgang des vorliegenden Verfahrens würde dies nichts ändern. Bei der Berechnung der zulässigen Nutzung für weitere Bauvorhaben müsste jedoch die Anrechenbarkeit der fraglichen Landfläche geprüft werden.

³⁸ Beilage zur Stellungnahme der Gemeinde vom 17. Januar 2019 in Sachen RA Nr. 120/2018/74

³⁹ Vgl. Baubewilligungsakten 1995/365, pag. 29

⁴⁰ Baubewilligungsakten 1995/365, pag. 32. Die fragliche Berechnung bezieht nur die bereits vor der Revision des Zonenplans eingezonten Flächen ein; die Parzelle Nr. E._____ war damals bereits vollständig eingezont, vgl. Baubewilligungsakten 1995/365, pag. 29

j) Bei der im Jahr 1977 erteilten Bewilligung für das Gebäude auf der heutigen Parzelle Nr. C._____ war das bebaute Land noch nicht eingezont. Die damalige Baudirektion erteilte dafür eine Ausnahmegewilligung.⁴¹ Für das Bauen ausserhalb des Baugebiets bestanden keine Vorschriften über das Nutzungsmass. Entsprechend fand in diesem Zusammenhang entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Nutzungsübertragung statt, welche die Restparzelle Nr. D._____ belastete.

k) Nach dem Gesagten ist in den Akten des Baubewilligungsverfahrens 94/2013 nicht dokumentiert, dass bei der Berechnung der Ausnützung der Bauparzelle den infolge Parzellenteilung erfolgten Nutzungsübertragungen gehörige Beachtung geschenkt wurde. Die Besorgnis der Beschwerdeführerin, dass die Fläche der ursprünglichen Parzelle Nr. D._____ letztlich übernutzt wird, ist nachvollziehbar. Mit dem Gesamtbauentscheid vom 11. November 2013 wurden jedoch im Ergebnis die Vorschriften über die zulässige Ausnützung der Grundstücke nicht missachtet. Es liegt daher kein Grund für den Widerruf dieses Entscheids vor.

8. Grenz- und Gebäudeabstand, baupolizeiliche Masse, Spielplatz

a) Die Beschwerdeführerin rügt, beim Bauvorhaben gemäss dem Gesamtbauentscheid vom 11. November 2013 sei die maximale Gebäudelänge bzw. -breite nicht eingehalten. Dafür sei keine Ausnahmegewilligung beantragt, publiziert und bewilligt worden.

Die Bauherrschaft beanspruchte für ihr Vorhaben die Gestaltungsfreiheit nach Art. 75 BauG, wofür der Regierungsstatthalter im Gesamtbauentscheid vom 11. November 2013 die Bewilligung erteilte. Unter den Voraussetzungen von Art. 75 Abs. 2 – 4 BauG können bei gemeinsamer Projektierung eines Areals mit mehreren Bauten die arealinternen Grenz- und Gebäudeabstände, die Anordnung der Bauten und die Gebäudelängen frei bestimmt werden.⁴² Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf und es ist auch nicht ersichtlich, dass

⁴¹ Baubewilligungsakten 1977 Nr. 55 (heutige Parzelle Nr. C._____), pag. 22

⁴² Art. 75 Abs. 1 BauG

diese Vorschriften falsch angewendet worden wären. Eine Ausnahmegewilligung ist bei Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit nicht nötig.⁴³ Es liegt kein Widerrufsgrund vor.

b) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sind zudem bei dem mit Gesamtbauentscheid vom 11. November 2013 bewilligten Bauvorhaben Grenz- und Gebäudeabstände unterschritten; insbesondere seien Mehrlängenzuschläge fälschlicherweise nicht berücksichtigt worden. Das massgebende Terrain sei falsch definiert worden, und die zulässige Gebäudehöhe werde überschritten. Die Dachaufbauten seien zu gross. Die Vorschriften über Spielplätze seien nicht eingehalten.

Nach dem unter Ziffer 4 hiavor Gesagten ist ein rechtskräftiger Entscheid im Widerrufsverfahren nicht uneingeschränkt auf materielle Rechtmässigkeit zu überprüfen, da dies dem Rechtssicherheitsinteresse zuwiderlaufen würde. Ein Widerruf würde voraussetzen, dass die Bauausführung wesentliche schutzwürdige Interessen verletzen würde.

An der Einhaltung der Grenzabstände besteht nur dann ein öffentliches Interesse, wenn öffentlicher Grund beteiligt ist.⁴⁴ Dies ist hier nicht der Fall. Hinsichtlich der Grenzabstände sind demnach allein nachbarliche Interessen betroffen. Die Gebäudeabstände und baupolizeilichen Masse sowie Spielplatzvorschriften dienen v.a. der Brandsicherheit, der Wohnhygiene, allenfalls der Ästhetik und nachbarlichen Interessen.⁴⁵ Es ist nicht ausgeschlossen, dass solche Interessen im Einzelfall so stark ins Gewicht fallen, dass entsprechende Normverstösse einen Widerruf rechtfertigen können. Vorliegend ist dies aber nicht der Fall. Die behaupteten Normverstösse würden, selbst wenn sie zutreffen, keinen Widerruf rechtfertigen. Das Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt. Daher sind diese Vorbringen nicht näher zu prüfen.

c) Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, bezüglich der Erschliessungsstrasse seien viele Fragen offen, insbesondere betreffend die Eigentumsverhältnisse, die Unterhaltungspflicht und die Qualifikation als Gemeindestrasse.

⁴³ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 75 N. 6

⁴⁴ Zaugg/Ludwig, Bd. II, Art. 70 N. 13

⁴⁵ Zaugg/Ludwig, Art. 12 N. 8

Gemäss dem Grundstücksinformationssystem Grudis lastet auf den Parzellen Nr. D._____ sowie Nrn. J._____-K._____ ein Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten der Gemeinde. Es ist unbestritten, dass die Erschliessungsstrasse besteht.⁴⁶ Es ist kein Widerrufsgrund ersichtlich.

9. Ergebnis und Kosten

a) Nach dem Gesagten ist es nicht zu beanstanden, dass der Regierungsstatthalter das Begehren der Beschwerdeführerin um Widerruf der Baubewilligung vom 11. November 2013 abgewiesen hat. Auf den beantragten Augenschein kann verzichtet werden, da dieser zur Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts nicht notwendig ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet; sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Gemäss 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 Beschwerdeführerin hat eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts geltend gemacht, ohne diese Rüge jedoch genügend zu substantiieren. Aus den Akten ist keine Gehörsverletzung ersichtlich. Damit liegt kein Grund vor, bei der Kostenverlegung vom Unterliegerprinzip abzuweichen. Die Beschwerdeführerin hat demnach die Verfahrenskosten zu tragen. Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁴⁷).

c) Parteikosten sind nicht angefallen.

III. Entscheid

⁴⁶ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde vom 17. Januar 2019 i.S. RA Nr. 120/2018/74; Fotodokumentation, Beilagen 1 und 2 zur Stellungnahme der Gemeinde vom 14. Dezember 2018 in Sachen RA Nr. 120/2018/74. Vgl. auch Orthofoto im Geoportal des Kantons Bern (www.be.ch/geoportal, Basiskarte) sowie Satellitenbild auf www.google.ch/maps

⁴⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Entscheid des Regierungsstatthalters von Thun vom 19. Dezember 2018 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____, eingeschrieben
- B. _____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalter von Thun, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Heiligenschwendi, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident

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 4 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.

Beilage: Planauszug aus Grudis vom 10.1.2019