



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2023/143

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 1. Mai 2024

in der Beschwerdesache zwischen

Frau C. _____
Beschwerdeführerin 1

Frau D. _____
Beschwerdeführerin 2

und

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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz vom 29. August 2023
(eBau Nr. 2022-B. _____; Geländer im 2. OG)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerinnen reichten am 12. März 2022 bei der Gemeinde Köniz via eBau ein Baugesuch ein für die Installation eines Terrassengeländers im zweiten Obergeschoss auf der Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. F. _____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone (W) IIa. Am 19. April 2022 forderte das Bauinspektorat Köniz via eBau den Nachweis eines Näherbaurechts zur Parzelle Nr. A. _____ oder ein Ausnahmegesuch zur Unterschreitung des Grenzabstands. Mit einem vom Vater der Beschwerdeführerinnen unterzeichneten Schreiben vom 19. April 2022 teilte dieser der Gemeinde mit, es bedürfe vorliegend keines Näherbaurechts, da der Grenzabstand eingehalten sei.¹ Mit einer sog. «Rückmeldung» mit dem Titel «Rückweisung vom 16. Juni 2022» wies das Bauinspektorat die Beschwerdeführerinnen via eBau darauf hin, dass einerseits eine von ihnen unterzeichnete Vollmacht zu dieser Stellungnahme sowie diverse Angaben im Baugesuchsformular, und andererseits nach wie vor das Näherbaurecht fehlten. Gemäss Entscheid der BVE² RA 110/2019/117 vom 2. Dezember 2019 sei ein solches notwendig. Das Bauinspektorat setzte den Beschwerdeführerinnen Frist bis am 18. Juli 2022, um die formellen Mängel zu beheben, und bis am 16. September 2022, um ein Näherbaurecht einzureichen oder ein Ausnahmegesuch zu stellen. Weiter machte es die Beschwerdeführerinnen auf die Folgen gemäss Art. 18

¹ Vorakten Gemeinde pag. 13.

² Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, heute Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD)

BewD³ aufmerksam, insbesondere, dass das Baugesuch als zurückgezogen gelte, sollte es innert Frist nicht wieder eingereicht werden.⁴

Mit einem vom Vater der Beschwerdeführerinnen unterzeichneten Schreiben vom 15. Juli 2022 erkundigte sich dieser beim Bauinspektorat nach dem Stand des Baubewilligungsverfahrens.⁵ Mit Schreiben vom 19. Juli 2022 verwies die Gemeinde eine der Beschwerdeführerinnen auf die erfolgte Rückweisung vom 16. Juni 2022.⁶ Darauf folgten mehrere E-Mails zwischen der Beschwerdeführerin 1 und dem Bauinspektorat, woraufhin das Bauinspektorat per E-Mail vom 25. Juli 2022 die Frist, die formellen Mängel zu beheben, bis zum 24. August 2022 verlängerte.⁷

Die Beschwerdeführerinnen reichten Beschwerde gegen diesen Zwischenentscheid ein. Während des Beschwerdeverfahrens reichten die Beschwerdeführerinnen das Baugesuch via eBau neu ein. Mit Entscheid vom 31. Oktober 2022 trat die BVD nicht auf die Beschwerde ein.⁸

2. Mit Schreiben vom 31. Januar 2023 informierte das Bauinspektorat die Beschwerdeführerinnen sodann über die Wiederaufnahme des Baugesuchs vom 12. März 2022. Mit Bauentscheid vom 29. August 2023 und ohne vorherige Publikation verfügte die Gemeinde Köniz den Bauabschlag.

3. Dagegen reichten die Beschwerdeführerinnen am 10. September 2023 Beschwerde bei der BVD ein. Sie beantragen die Aufhebung des Bauentscheids vom 29. August 2023 sowie die Bewilligung ihres Bauvorhabens und machen insbesondere geltend, die Terrasse gelte als vorspringender Gebäudeteil, weshalb der Grenzabstand eingehalten sei. Ausserdem sei das im Zusammenhang mit dem Baugesuch für den Wintergarten erteilte Näherbaurecht auch für vorliegendes Bauvorhaben gültig.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet,⁹ holte die Vorakten ein und gab den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2023 beantragt die Gemeinde die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen. Die Beschwerdeführerinnen äusserten sich im Rahmen ihrer Schlussbemerkungen mit Schreiben vom 19. Januar 2024 erneut zur Bewilligungsfähigkeit ihres Vorhabens, ohne dabei neue Anträge zu stellen. Aufgrund einer Nachfrage des Rechtsamts gestützt auf Hinweise in einem Parallelverfahren bestätigte die Beschwerdeführerin 1, dass sie neu C._____ heisst.

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

³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁴ Vgl. Entscheid der BVD RA 110/2022/127 vom 31. Oktober 2022.

⁵ Vorakten Gemeinde pag. 14.

⁶ Vorakten Gemeinde pag. 15.

⁷ Vgl. Entscheid der BVD RA 110/2022/127 vom 31. Oktober 2022.

⁸ Entscheid der BVD RA 110/2022/127 vom 31. Oktober 2022.

⁹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG¹⁰ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD 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.

2. Geländer für Terrassennutzung

a) Das im vorliegenden Baugesuch projektierte Terrassengeländer liegt im zweiten Obergeschoss und soll auf der Deckenplattform des Anbaus des ersten Obergeschosses erstellt werden, wodurch dessen Flachdach als Terrasse genutzt werden könnte. Den auf der bestehenden Garage liegende Anbau im ersten Obergeschoss hat die Gemeinde gestützt auf ein Näherbaurecht im Jahr 2013 als Wintergarten bewilligt. Erstellt wurde daraufhin trotz Baueinstellung ein Anbau mit gemauerten Ecken und Betondecke (Wohnraumerweiterung), welcher nicht bewilligungsfähig war, auf dessen Rückbau die BVE jedoch im Verfahren RA 110/2015/176 verzichtete.¹¹ Der Anbau und sein Flachdach, welches als Terrasse genutzt werden soll, befindet sich 3.5 m entfernt von der Grundstücksgrenze zur Parzelle Nr. A._____ (gemessen ab Aussenkante des Anbaus). Das geplante Geländer ist von der Aussenwand des Anbaus gemäss Plangrundlage um 0.25 m nach innen versetzt. Die Tiefe des geplanten Balkons beträgt 1.75 m und der Abstand zwischen dem geplanten Geländer bis zur Parzellengrenze 3.75 m.

b) Die Beschwerdeführerinnen machen sinngemäss geltend, die geplante Terrasse gelte als vorspringender Gebäudeteil im Sinne von Art. 57 Abs. 2 GBR¹², da der Grenzabstand 3.75 m betrage und die Tiefe des Balkons von 1.75 m bei einem Abstand der (Haupt-)Fassade zur Grenze von 5.5 m zulässig sei. Ausserdem verfügten sie über ein Näherbaurecht für das Unterschreiten des Grenzabstands zur Parzelle Nr. A._____ und dies sei dem Bauinspektorat auch hinlänglich bekannt. Das Näherbaurecht habe seine Gültigkeit nicht verloren und sein Wortlaut enthalte keine Einschränkung bezüglich der Ausführung des Anbaus. Diese Auffassung teile der Entscheid RA 110/2015/176 vom 26. September 2016, indem trotz allem auf den Rückbau der anstelle des bewilligten Wintergartens umgesetzten Wohnraumerweiterung verzichtet worden sei. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich zudem auf eine bewilligte Balkonvergrösserung auf der Parzelle Nr. E._____. Demnach habe das Bauinspektorat Köniz am 6. April 2006 das Baugesuch für einen Balkon mit einer Tiefe von 1.57 m und einem Grenzabstand von 3.75 m genehmigt. Im Schreiben vom 19. Januar 2024 verweisen die Beschwerdeführerinnen zudem auf Situationspläne aus den 1960er Jahren von bewilligten Bauvorhaben, auf denen keine Grenzabstände (Parzellen Nrn. F._____ und G._____) oder solche von «mind. 2 m» (Parzellen Nrn. H._____ und A._____) eingetragen seien.

Das Bauinspektorat Köniz führt im Bauentscheid vom 29. August 2023 aus, die geplante Terrasse dürfte höchstens eine Tiefe von 1.25 m aufweisen (1/4 des kleinen Grenzabstandes von 5 m). Die geplante Terrasse mit einer Tiefe von 1.75 m überschreite das zulässige Mass und gelte deshalb

¹⁰ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

¹¹ Entscheid der BVE RA 110/2015/176 vom 26. September 2016.

¹² Gemeindebaureglement vom 23. September 2018.

nicht als vorspringender Gebäudeteil im Sinne von Art. 57 Abs. 2 GBR. Der Grenzabstand von 5 m müsse daher eingehalten werden. Der projektierte Balkon sei mit einem Abstand zur Grenze von 3.75 m geplant, was nicht ausreiche. Da die Zustimmungserklärung vom 9. März 2019 einzig für den Bau des damals projektierten Wintergartens (der in der Folge nicht erstellt worden sei, an seiner Stelle sei eine nicht bewilligungsfähige Wohnraumerweiterung erstellt worden), liege kein Näherbaurecht für den projektierten Balkon vor.

c) Das GBR unterscheidet in Art. 73 und 74 zwischen dem grossen und dem kleinen Grenzabstand. Der grosse Grenzabstand bezeichnet die geringste zulässige Entfernung der projizierten Fassadenlinie auf der besonnten Längsseite des Gebäudes von der Grundstücksgrenze (Art. 73 Abs. 1 GBR). Der kleine Grenzabstand bezeichnet die geringste zulässige Entfernung der projizierten Fassadenlinie von der Grundstücksgrenze und er ist durch alle Fassadenseiten einzuhalten, bei denen nicht der grosse Grenzabstand zur Anwendung kommt (Art. 74 Abs. 1 und 2 GBR). Bei der Liegenschaft der Beschwerdeführerinnen gilt für die Fassade süd-west (besonnte Längsseite) der grosse Grenzabstand. Das zu beurteilende Vorhaben betrifft die Fassade nord-west, bei welcher gemäss Art. 53 Abs. 1 GBR der kleine Grenzabstand von 5 m einzuhalten ist. Der Abstand zwischen dem geplanten Gelände bis zur Parzellengrenze beträgt 3.75 m und hält damit den kleinen Grenzabstand von 5 m nicht ein.

Vorspringende Gebäudeteile werden bei der Fassadenflucht nicht berücksichtigt, sie dürfen bis zum zulässigen Mass über die Fassadenflucht hinausragen (Art. 7 Abs. 2 und Art. 10 BMBV¹³). Art. 57 Abs. 2 GBR sieht vor, dass Balkone vorspringende Gebäudeteile im Sinne des BMBV sind, wenn sie mindestens auf einer Seite oder der Hälfte der Längsseite nicht geschlossen werden können und folgende Masse nicht überschreiten:

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

Gemäss Art. 57 Abs. 2 Bst. a GBR dürfte die Terrasse maximal $\frac{1}{4}$ des geltenden Grenzabstandes von 5 m und damit 1.25 m tief sein. Das geplante Gelände umfasst eine 1.75 m tiefe Terrassenfläche, womit die zulässige Tiefe um 0.5 m überschritten wird. Zudem bestehen im Parterregeschoss mit der Garage und im ersten Obergeschoss mit dem darauf liegenden Anbau auf der ganzen Breite der Fassade nord-west Anbauten bzw. Teile des Gebäudes. Daher ist fraglich, ob in Bezug auf die zulässige Breite nach Art. 57 Abs. 2 Bst. b GBR (im Mittel $\frac{1}{2}$ der Fassadenlänge pro Geschoss) Raum für vorspringende Gebäudeteile besteht. Damit kann das Vorhaben nicht als vorspringendes Gebäudeteil gelten und muss den kleinen Grenzabstand von 5 m einhalten. Die Beschwerdeführerinnen haben kein Ausnahmegesuch für das Unterschreiten des Grenzabstands eingereicht und Ausnahmegründe sind nicht ersichtlich. Es bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen über ein Näherbaurecht verfügen.

d) Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens für den Neubau des Wintergartens, welcher nun in Form des Anbaus besteht, erteilte die Grundeigentümerin der Parzelle Nr. A. _____ am 9. März 2013 ein Näherbaurecht. Allerdings haben sowohl das Verwaltungsgericht als auch das Bundesgericht bereits festgehalten, dass die Zustimmungserklärung vom 9. März 2013 einzig für den Bau des projektierten Wintergartens galt.¹⁴ Es erübrigt sich somit im vorliegenden Fall erneut auf die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Rügen in diesem Zusammenhang einzugehen. Für das vorliegende Vorhaben besteht kein Näherbaurecht. Damit ist das Projekt nicht bewilligungsfähig und die Gemeinde hat zu Recht den Bauabschlag erteilt.

¹³ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

¹⁴ VGE 2016.319 vom 9. März 2017, E. 2.2.3, vgl. auch BGer 1C_209/2017 vom 18. Mai 2018, E. 2.3.

e) Im Übrigen wurde der Anbau im ersten Obergeschoss rechtswidrig erstellt. Das gebaute Dach ist nicht bewilligt, es wurde bloss auf die Wiederherstellung verzichtet (vgl. Ziffer II.1a). Die zusätzliche Nutzung eines Bauteils, das nicht rechtmässig erstellt wurde, ist nicht bewilligungsfähig. Denn selbst wenn dieser Anbau in seinem Bestand geschützt wäre, was er infolge der formellen und materiellen Rechtswidrigkeit nicht ist, dürfte das Dach nicht als Terrasse benützt werden, da damit die Rechtswidrigkeit verstärkt würde.¹⁵

f) Sofern und soweit die Beschwerdeführerinnen mit dem Verweis auf eine scheinbar bewilligte Balkonerweiterung auf einer Nachbarparzelle und dem Hinweis auf Pläne aus den 1960er Jahren eine ungleiche Behandlung bzw. Rechtsanwendung rügen, ist dazu folgendes festzuhalten:

Der in Art. 8 Abs. 1 BV¹⁶ und Art. 10 Abs. 1 KV¹⁷ enthaltene Grundsatz der Rechtsgleichheit verpflichtet die rechtsanwendenden Behörden, gleiche Sachverhalte mit gleichen relevanten Tatsachen gleich zu behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung.¹⁸ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht aber der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt den Bürgerinnen und Bürgern grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ausnahmsweise und unter strengen Bedingungen wird jedoch im Rahmen des verfassungsmässig verbürgten Gleichheitsgebots ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht anerkannt. Die Gleichbehandlung im Unrecht setzt voraus, dass die zu beurteilenden Fälle in den relevanten Sachverhaltselementen übereinstimmen und dass dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zudem zu erkennen gibt, auch künftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Schliesslich dürfen der gesetzeswidrigen Begünstigung im Einzelfall keine gewichtigen öffentlichen Interessen und keine schutzwürdigen Interessen Dritter entgegenstehen.¹⁹ Wird eine ständige Praxis zum ersten Mal einer gerichtlichen Prüfung unterzogen, ist davon auszugehen, dass die Behörde ihre rechtswidrige Praxis anpasst.²⁰

Die Frage, ob die genannten Fälle in den relevanten Sachverhaltselementen mit dem vorliegenden Fall übereinstimmen, lässt sich anhand der eingereichten Unterlagen nicht abschliessend beurteilen. Insbesondere scheint die Parzelle Nr. E. _____ an eine Strassenparzelle anzugrenzen und zudem ist seither ein neues Baureglement in Kraft getreten. Unklar ist auch, ob die Bestimmungen, welche in Bezug auf die Vorhaben aus den sechziger Jahren galten, vergleichbar waren. Da keine Anhaltspunkte vorliegen, wonach die Gemeinde in ständiger Praxis von ihrem eigenen Baureglement abweichen würde und auch nicht zu erkennen gibt, künftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen, erübrigen sich weitere Abklärungen.

3. Verfahrenskosten

¹⁵ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 3 N. 4 f.

¹⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁷ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

¹⁸ Statt vieler BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen; VGE 2016/242 vom 8. Juni 2017 E. 5.3; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage 2022, § 23 N. 520 f.

¹⁹ BGE 146 I 105 E. 5.3.1, 139 II 49 E. 7.1 (Pra 102/2013 Nr. 33), 136 I 65 E. 5.6; BVR 2013 S. 85 E. 8.1, 2012 S. 74 E. 4.8.1 je mit Hinweisen; VGE 2017/199 vom 13. August 2018 E. 5.3.1; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 23 N. 521; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 599 ff.; Pierre Tschannen, Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, in ZBI 2011 S. 57 ff., 65 ff.

²⁰ BGE 146 I 105 E. 5.3.1; BGer 1C_414/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2, 1C_43/2015 vom 6. November 2015 E. 6.

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 CHF 1200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²¹). Die Beschwerdeführerinnen haften solidarisch für den gesamten Betrag. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid der Gemeinde Köniz vom 29. August 2023 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1200.– 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 C. _____, eingeschrieben
- Frau D. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

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.

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).