

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2019/10

Bern, 11. Juli 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

Frau **C.**_____
Beschwerdeführerin 3

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D._____



und

 Frau **E.**_____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____

und

G._____
Beigeladene 1

vertreten durch Herrn Fürsprecher H._____

I._____
Beigeladene 2

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Ins, Gemeinderat, Dorfplatz 2, 3232 Ins

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Ins vom 17. Dezember 2018 (Einfamilienhaus, Unterschreiten Grenzabstand)

I. Sachverhalt

1. Am 19. Juli 2013 bewilligte das Regierungsstatthalteramt Seeland der Beschwerdegegnerin den Abbruch eines Gebäudes und den Neubau von drei Einfamilienhäusern mit Autounterstand auf den Parzellen Ins Grundbuchblatt Nr. J._____ und Nr. K._____. Für die ebenfalls beantragte Erweiterung eines Schopfs erteilte es den Bauabschlag.¹ Die Parzelle Nr. J._____, auf welcher die Einfamilienhäuser erstellt werden sollen, liegt in der Wohnzone (W2), die Parzelle Nr. K._____ mit dem Autounterstand in der Dorfkernzone A (KA). Die Beschwerdeführenden, die gegen das Vorhaben Einsprache geführt hatten, wohnen auf der Nachbarparzelle Nr. L._____, an welcher der Beschwerdeführer 1 und die Beschwerdeführerin 3 Stockwerkeigentum haben. Die Parzelle Nr. L._____ liegt in der Dorfkernzone A (KA). Sie grenzt auf einer Länge von rund 4,50 m an die Parzelle Nr. J._____.

2. Im zweiten Halbjahr 2016 führte die Beigeladene 2 im Auftrag der Gemeinde Ins die Schnurgerüstabnahmen für die drei Einfamilienhäuser durch. Für das am nächsten zur Parzelle Nr. L._____ der Beschwerdeführenden gelegene Haus "M._____" erfolgte die Abnahme am 22. November 2016.² Die Beigeladene 2 machte dabei keine Beanstandungen bezüglich des Grenzabstands zur Parzelle Nr. L._____.

3. Am 9. Februar 2017 bewilligte die Gemeinde der Beschwerdegegnerin eine nachträgliche Projektänderung mit diversen kleinen Anpassungen.³ Die Setzung der projektierten Gebäude im Gelände blieb dabei unverändert.

¹ Baubewilligungsakten des Regierungsstatthalteramts Seeland bbew 1281/2010, pag. 195 ff.

² Akten Baubewilligungskontrolle 2009-0026, pag. 5

³ Akten Baubewilligungskontrolle 2009-0026, pag. 33. Auf der Projektänderungsbewilligung ist eine irreführende Adresse vermerkt; gemäss den bewilligten Plänen vom 19. Januar 2017 betrifft die Bewilligung die Parzelle Nr. J._____ der Beschwerdegegnerin

4. Mit Schreiben vom 7. April 2017 zeigten u.a. die Beschwerdeführenden 1-3 der Gemeinde an, dass das Bauvorhaben in verschiedener Hinsicht nicht bewilligungskonform ausgeführt werde.⁴ Die Gemeinde nahm mit Antwortschreiben vom 21. April 2017 zu den angeführten Punkten Stellung und erklärte sinngemäss, die Bauausführung erfolge korrekt.⁵ Die Beschwerdeführenden wandten sich in der Folge mit Aufsichtsanzeige an das Regierungsstatthalteramt Seeland. Das Regierungsstatthalteramt verfügte am 8. Januar 2018, dass der Anzeige keine Folge gegeben werde.⁶

5. Am 2. Oktober 2018 bewilligte die Gemeinde der Beschwerdegegnerin eine nachträgliche Projektänderung, wonach die Luft-Wasser-Wärmepumpen der drei Einfamilienhäuser statt im Gebäudeinneren neu im Split-System mit jeweils an der Ostfassade aufgestellten Aussengeräten erstellt werden sollten. Sie ordnete an, dass das auf der Westseite des Gebäudes N._____strasse P._____ (entspricht Haus "M._____") gemäss den am 19. Juli 2013 bewilligten Plänen) angebrachte Aussengerät bis 15. Januar 2019 entfernt werden müsse.

6. Mit Schreiben vom 11. April 2018 zeigte der Beschwerdeführer 1 im Namen der Beschwerdeführenden 1-3 der Gemeinde an, dass beim Gebäude N._____strasse P._____ der gesetzliche Grenzabstand nicht eingehalten werde. Die Gemeinde beauftragte die Beigeladene 2 mit der Kontrolle des Grenzabstands. Diese nahm am 11. April 2018 Kontrollmessungen vor, welche ergaben, dass der Abstand der westlichen Gebäudeecke des Gebäudes N._____strasse P._____ (Haus "M._____") 2,99 m beträgt. Die nordwestliche Fassade des Gebäudes verläuft nicht exakt parallel zur Grundstücksgrenze, sondern nähert sich dieser leicht an. Am Ort des geringsten Abstands zwischen der Grenze zu Parzelle Nr. L._____ und dem Gebäude "M._____") beträgt der von der Beigeladenen 2 gemessene Abstand 2,88 m. Gemäss den Feststellungen der Beigeladenen 2 hätte gemäss dem bei der Schnurgerüstabnahme am 22. November 2016 abgesteckten Projekt der Abstand an der westlichen Gebäudeecke 3,03 m betragen sollen und am Ort des geringsten Abstands zwischen Nordwestfassade und Parzellengrenze

⁴ Akten Baubewilligungskontrolle 2009-0026, pag. 32

⁵ Akten Baubewilligungskontrolle 2009-0026, pag. 30

⁶ Akten Baubewilligungskontrolle 2009-0026, pag. 15

2,92 m. Die Beigeladene 2 stellte demnach eine Differenz zwischen Projekt und gemessener Fassade von 0,04 m fest.⁷

Die Gemeinde ordnete am 18. April 2018 die sofortige Einstellung der Bauarbeiten an der Nordfassade des Gebäudes N._____strasse P._____ sowie an der Umgebung zwischen diesem Gebäude und der Parzellengrenze zur Liegenschaft Nr. L._____ an.

Am 21. Juni 2018 reichte die Beschwerdegegnerin ein nachträgliches Projektänderungsgesuch mit Ausnahmegesuch betreffend Unterschreitung des Grenzabstands ein. Die Beschwerdeführenden erhoben dagegen sinngemäss Einsprache.⁸

Mit Bau- und Wiederherstellungsentscheid vom 17. Dezember 2018 erteilte die Gemeinde dem nachträglichen Baugesuch mit Ausnahmegesuch zur Unterschreitung des kleinen Grenzabstands um 0,01 – 0,12 m den Bauabschlag. Sie verzichtete auf die Anordnung einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und hob die Baueinstellungsverfügung vom 18. April 2018 auf.

7. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 18. Januar 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, soweit damit auf die Wiederherstellung verzichtet und die Baueinstellung aufgehoben wird. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Eventuell sei der angefochtene Entscheid bezüglich Verzicht auf die Wiederherstellung und Aufhebung der Baueinstellung aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Gemeinde zurückzuweisen.

8. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Auf Antrag der Beschwerdegegnerin hin beteiligte es die von dieser mit der Bauleitung betrauten G._____ als Beigeladene 1 am

⁷ Vorakten Baupolizeiverfahren, pag. 3 und 5

⁸ Vorakten Baupolizeiverfahren, pag. 55

⁹ 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)

Verfahren und gab den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich hierzu zu äussern. Die Gemeinde Ins begrüsst mit Stellungnahme vom 11. Februar 2019 die Beiladung der G._____ und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Die übrigen Verfahrensbeteiligten äusserten sich nicht zur Beiladung der G._____.

Die Beigeladene 1 beantragte mit Eingabe vom 15. Februar 2019, dass die I._____ ebenfalls zum Verfahren beizuladen sei, da sie die Schnurgerüstabsteckung vorgenommen und die Kontrollberechnungen erstellt habe. Das Rechtsamt gewährte den Verfahrensbeteiligten dazu mit Verfügung vom 20. Februar 2019 das rechtliche Gehör. Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Beschwerdeantwort vom 15. Februar 2019 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Zur Frage der Beiladung der I._____ äusserte sie sich nicht. Die Gemeinde erklärte mit Schreiben vom 28. Februar 2019 ihr Einverständnis mit der Beiladung der Letzteren.

Die Beigeladene 1 schloss mit Stellungnahme vom 28. Februar 2019 auf Abweisung der Beschwerde. Sie beantragte zudem, die Baueinstellungsverfügung vom 18. April 2018 sei sofort aufzuheben.

Mit Verfügung vom 26. März 2019 hielt das Rechtsamt fest, dass sich die Verfahrensbeteiligten ausdrücklich oder stillschweigend mit der Beiladung der I._____ einverstanden erklärt haben. Es lud die I._____ als Beigeladene 2 zum Verfahren bei und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Das Rechtsamt gab zudem der Beigeladenen 1 Gelegenheit zur Begründung ihres Gesuchs um sofortige Aufhebung der Baueinstellungsverfügung vom 18. April 2018. Es wies darauf hin, dass bei unbenutztem Fristablauf davon ausgegangen werde, dass der Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zurückgezogen bzw. dass beantragt werde, die Baueinstellungsverfügung solle mit dem Entscheid in der Hauptsache aufgehoben werden.

Die Beigeladene 2 nahm mit Eingabe vom 24. April 2019 Stellung. Sie stellte keinen Antrag, äusserte sich aber zum Sachverhalt.

Mit Verfügung vom 13. Mai 2019 stellte das Rechtsamt fest, dass die Beigeladene 1 innert der gesetzten Frist keine Begründung zum Gesuch um sofortige Aufhebung der Baueinstellungsverfügung eingereicht habe. Es gab den Beteiligten Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen. Die Beschwerdeführenden halten mit

Schlussbemerkungen vom 21. Juni 2019 an ihrer Beschwerde fest. Die Gemeinde verzichtete mit Schreiben vom 28. Mai 2019 auf Schlussbemerkungen. Die Beschwerdegegnerin bekräftigt mit Schlussbemerkungen vom 4. Juni 2019 ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Beigeladene 1 hält mit Schlussbemerkungen vom 4. Juni 2019 an ihren Anträgen auf Abweisung der Beschwerde und (sinngemäss) Bestätigung des angefochtenen Entscheids fest. Die Beigeladene 2 hat auf Schlussbemerkungen verzichtet, jedoch eine Kostenzusammenstellung eingereicht.

9. Auf die in den Rechtsschriften angeführten Argumente wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG¹⁰ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als anzeigende Nachbarn durch den angefochtenen Entscheid, mit dem auf die Wiederherstellung verzichtet und die Baueinstellung aufgehoben wird, beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Beiladung

a) Die instruierende Behörde lädt Dritte von Amtes wegen oder auf Antrag zum Verfahren bei, wenn deren schutzwürdige Interessen durch den Entscheid betroffen werden; dadurch wird der Entscheid auch für die Beigeladenen verbindlich (Art. 14 Abs. 1 VRPG¹¹). Beigeladene haben im Verfahren Parteistellung (Art. 14 Abs. 2 VRPG).

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

¹¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

b) Die Beigeladene 1 wurde bereits im erstinstanzlichen Verfahren beigeladen.¹² Die Beiladung bleibt bis zur förmlichen Entlassung – auch instanzenübergreifend – bestehen. Es ist von Amtes wegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Beiladung erfüllt sind (Art. 20a VRPG).¹³

Im Unterschied zur Hauptpartei ist für die Beiladung nicht ein unmittelbares bzw. direktes, sondern ein bloss indirektes bzw. mittelbares Betroffensein erforderlich.¹⁴ Ein Beiladungsinteresse kann insbesondere vorliegen, wenn das Verfahrensergebnis sich auswirkt auf eine Rechtsbeziehung zwischen einer beteiligten Partei oder Behörde und einem von diesen beauftragten Architektur- oder Ingenieurbüro.¹⁵

Bei der Beigeladenen 1 handelt es sich nicht um die Verfasserin des am 19. Juli 2013 bewilligten Projekts. Sie wurde aber von der Beschwerdegegnerin mit der Ausführung des Vorhabens betraut. Im Verfahren betreffend die Projektänderungsbewilligungen vom 9. Februar 2017 und vom 2. Oktober 2018 trat die Beigeladene 1 als Projektverfasserin auf. Sie beteiligte sich im Baupolizeiverfahren der Gemeinde und zeichnete bei der nachträglichen Projektänderung mit Ausnahmegesuch betreffend Unterschreitung des Grenzabstands als Projektverfasserin. Damit ist davon auszugehen, dass sie durch den Entscheid in schutzwürdigen Interessen betroffen wird und daher auch im Beschwerdeverfahren beizuladen war. Die Entlassung der Beigeladenen 1 aus dem Verfahren wurde denn auch von keiner Seite beantragt.

c) Die Beigeladene 1 beantragte in ihrer Stellungnahme vom 15. Februar 2019, dass auch die I._____ zum Verfahren beigeladen werden solle. Diese habe die Schnurgerüstabnahme für die Gemeinde durchgeführt und dabei nicht auf die Unterschreitung des Grenzabstands hingewiesen. Daher treffe die I._____ eine Verantwortung für die Abweichung von der Baubewilligung. Die Verfahrensbeteiligten haben der Beiladung der I._____ ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt. Das Rechtsamt hat sie mit Verfügung vom 26. März 2019 zum Verfahren beigeladen. Da ihr

¹² Vorakten Baupolizeiverfahren, pag. 23

¹³ VGE 2017/121 vom 19.3.2018, E. 1.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 14 N. 4

¹⁴ VGE 2017/121 vom 19.3.2018, E. 1.3; BVR 2008 S. 396 E. 2.5.1; BVR 2007 S. 562 E. 1.3 mit Hinweisen

¹⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 14 N. 3

vorgeworfen wird, für den rechtswidrigen Zustand verantwortlich zu sein, ist sie in schutzwürdigen Interessen betroffen.

3. Streitgegenstand

a) Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin bei der Ausführung des Bauvorhabens immer wieder von der Baubewilligung abgewichen sei. Die Beschwerdeführenden hätten verschiedentlich intervenieren müssen, um die Einhaltung der Baubewilligung durchzusetzen. Die Beschwerdegegnerin gebe zudem bei der Ausschreibung der Gebäude auf homegate.ch eine Wohnfläche an, welche die maximal zulässige Ausnützung deutlich überschreite. Die Beschwerdeführenden befürchten, dass sich die Beschwerdegegnerin über die gesetzlichen Grenzen hinaus Vorteile verschaffen wolle.

Verstösse im Rahmen einer Bautätigkeit können verschiedene rechtliche Folgen nach sich ziehen. Unter den Voraussetzungen von Art. 50 ff. BauG können die Verantwortlichen für unzulässige Bautätigkeiten oder Widerhandlungen gegen baupolizeiliche Anordnungen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Im vorliegenden baurechtlichen Beschwerdeverfahren ist jedoch nicht zu prüfen, ob strafrechtliche Tatbestände erfüllt sind. Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde ist der Entscheid der Gemeinde vom 17. Dezember 2018. Nur die darin behandelten baurechtlichen Fragen sind im Baubeschwerdeverfahren zu überprüfen.

b) 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.¹⁶

c) Die Beschwerdeführenden beantragen mit ihrer Beschwerde die Aufhebung der Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Entscheids, wonach auf die Wiederherstellung

¹⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8

verzichtet und die Baueinstellungsverfügung vom 18. April 2018 aufgehoben wird. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet demnach die Frage, ob auf die Wiederherstellung verzichtet und die Baueinstellungsverfügung aufgehoben werden kann. Ziffer 1 des Entscheids der Gemeinde Ins vom 17. Dezember 2018, womit der nachträglichen Projektänderung mit Ausnahmegesuch zur Unterschreitung des Grenzabstands der Bauabschlag erteilt wird, ist nicht angefochten.

Die Beschwerdeführenden zweifeln die Zuständigkeit der Gemeinde bezüglich des Bauabschlags an, ohne diesen anzufechten. Bei erheblichen Mängeln des angefochtenen Entscheids, namentlich Unzuständigkeit der Behörde, könnte die BVE von Amtes wegen einschreiten (Art. 40 Abs. 3 BauG). Dafür besteht aber hier kein Anlass. Bei Projektänderungen während der Bauausführung richtet sich die Zuständigkeit allein nach der Änderung (Art. 43 Abs. 5 BewD¹⁷). Die Gemeinde ist dafür zuständig (Art. 9 Abs. 1 BewD).

d) Die Beigeladenen können im Rahmen des Streitgegenstandes Anträge stellen, diesen jedoch nicht erweitern.¹⁸ Sie können daher vorliegend den Streitgegenstand nicht auf den Bauabschlag ausdehnen. Auf Vorbringen, die sich gegen die Erteilung des Bauabschlags richten bzw. mit denen argumentiert wird, dass die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung gegeben seien, ist nicht einzugehen.

4. Fairnessgebot

a) Die Beschwerdeführenden werfen der Gemeinde eine Ungleichbehandlung der Parteien vor. Auf entsprechendes Ersuchen der Beigeladenen 1 habe die Gemeinde die Eröffnung ihres Entscheides auf Mitte Dezember 2018 in Aussicht gestellt. Als die Beschwerdeführenden ihrerseits aufgrund einer bevorstehenden Auslandsabwesenheit ihres Rechtsvertreters die Eröffnung des Entscheids erst ab 7. Januar 2019 beantragten, habe die Gemeinde ihrem Begehren jedoch keine Folge gegeben.

b) Der Verfahrensablauf ist nach der Rechtshängigkeit durch den Amtsbetrieb gekennzeichnet. Die Verfahrensleitung liegt bei der instruierenden Behörde. Diese hat die

¹⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 14 N. 5

gesetzlichen Verfahrensgrundsätze zu beachten und sich an den Prinzipien der Gleichbehandlung der Parteien (Waffengleichheit), der Verfahrensökonomie (möglichst einfaches und effizientes Vorgehen) und der Beschleunigung (rasches und sorgfältiges Verfahren) zu orientieren.¹⁹ Wenn diese Grundsätze miteinander im Konflikt stehen, muss die Behörde eine Interessenabwägung vornehmen.

c) Die Parteien bzw. ihre Vertreter haben keinen Anspruch darauf, dass das Datum der Entscheideröffnung ihren persönlichen Umständen angepasst wird. Dies gilt insbesondere, wenn das Streben nach Prozessökonomie und Beschleunigung dagegen spricht (vgl. Art. 20a Abs. 2 VRPG). Vorliegend hat die Gemeinde nach dem Ersuchen der Beigeladenen 1 betreffend Eröffnungsdatum den zu erwartenden Eröffnungszeitpunkt bekannt gegeben, wobei offen ist, ob und inwiefern sie diesen dem Wunsch der Beigeladenen 1 anpasste. Das Fairnessgebot hätte es als angezeigt erscheinen lassen, dass die Gemeinde auf das Ersuchen der Beschwerdeführenden mit dem Hinweis reagiert, ob sie diesem Folge geben werde oder nicht. Dafür war ausreichend Zeit. Ein eigentlicher Eröffnungsfehler liegt aber nicht vor. Die Beschwerdeführenden konnten ihre Rechte entsprechend den gesetzlichen Vorgaben wahrnehmen.²⁰ Aus dem Vorgehen der Gemeinde ist keine Rechtsfolge abzuleiten. Die Beschwerdeführenden stellen auch keinen entsprechenden Antrag.

5. Abklärung des Sachverhalts, Untersuchungsgrundsatz

a) Die Beschwerdeführenden werfen der Gemeinde vor, sie habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt bzw. den Sachverhalt ungenügend abgeklärt.

b) Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest; sie sind nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden (Art. 18 VRPG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG) verpflichtet aber die Behörden, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese nötig sind für die Klärung des Sachverhalts. Wenn die Behörde bei freier, pflichtgemässer Beweismwürdigung zur Überzeugung gelangt, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von

¹⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 16 N. 6

²⁰ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 25

Bedeutung, so kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.²¹

c) Ob bzw. ab wann die Beschwerdegegnerin tatsächlich Kenntnis von der Unterschreitung des Grenzabstands hatte, lässt sich rückblickend kaum zuverlässig erheben. Aus den von den Beschwerdeführenden angeführten anderen Abweichungen von der Baubewilligung lässt sich dazu nichts ableiten. Die Gemeinde verletzte weder den Untersuchungsgrundsatz noch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden, indem sie keine weiteren Beweise abnahm.

Ob die Beschwerdegegnerin als gut- oder bösgläubig zu betrachten ist, wird in Erwägung 8 hiernach untersucht.

d) Auch im Hinblick auf die Frage, ob die Anordnung einer Wiederherstellung zumutbar wäre, ist die antizipierte Beweiswürdigung der Gemeinde nicht zu beanstanden. Darauf wird in Erwägung 9d hiernach näher eingegangen.

e) Die Beigeladene 1 beantragt in ihrer Stellungnahme vom 28. Februar 2019 die Durchführung eines Augenscheins und die Nachmessung des effektiven Grenzabstands. Es besteht jedoch kein Anlass, an der Korrektheit der Messung der Beigeladenen 2 zu zweifeln, zumal sie mit einer Abweichung von lediglich 0,04 m mit der Schnurgerüstmessung übereinstimmt.

6. Widerrechtlichkeit

a) Die Gemeinde erwog im angefochtenen Entscheid, gemäss den Kontrollmessungen der Beigeladenen 2 betrage der Abstand des Gebäudes "M._____" zur Parzelle Nr. L._____ der Beschwerdeführenden zwischen 2,99 m und 2,88 m. Damit werde der kleine Grenzabstand gemäss der kommunalen Nutzungsregelung unterschritten.

b) Nach Art. 46 Abs. 1 GBR²² beträgt in der Wohnzone W2 der kleine Grenzabstand (kGA) 3 m. Dieser ist mit dem festgestellten Abstand nicht eingehalten. Damit liegt eine

²¹ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen

²² Baureglement der Gemeinde Ins vom 20. März 2000 (Datum der Genehmigung durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung AGR)

materielle Rechtswidrigkeit vor, d.h. ein Verstoss gegen die Vorschriften des Gemeindebaureglements.

c) Es fällt jedoch auf, dass nach den Feststellungen der Beigeladenen 2 die Abweichung zum Projekt lediglich 0,04 m beträgt. Die Beigeladene 2 führt in ihrer Stellungnahme vom 24. April 2019 aus, dass damit die massgebende Standardabweichung von 0,05 m eingehalten sei und folglich die heutige Lage der Gebäude den Abständen gemäss den Baugesuchsunterlagen entsprächen.

Die Beigeladene 2 stützte sich für ihre Messungen auf den vom Regierungsstatthalteramt mit Gesamtbauentscheid vom 19. Juli 2013 bewilligten Situationsplan.²³ Auf diesem ist der Abstand der westlichen Gebäudeecke des Hauses "M._____" zur Parzelle Nr. L.____ mit 3,00 m angegeben. Auf dem Situationsplan ist ersichtlich, dass die Parzellengrenze nicht parallel zur Nordwestfassade des Hauses "M._____" verläuft, sondern dass diese sich annähern. Die westliche Gebäudeecke des Hauses "M._____" ist dabei der Ort des grössten Abstands zur Grenze mit Parzelle Nr. L._____. Aus dem Situationsplan geht somit hervor, dass der minimale Grenzabstand zwischen der Nordwestfassade und der Parzelle Nr. L._____ nicht durchgängig eingehalten ist. Die Beigeladene 2 errechnete aus dem bewilligten Situationsplan einen Abstand zwischen Nordwestfassade und der Parzellengrenze mit dem Grundstück Nr. L._____ von 2,92 m bis 3,03 m.²⁴

Mit dem Gesamtbauentscheid des Regierungsstatthalteramtes Seeland vom 19. Juli 2013 wurden nebst dem fraglichen Situationsplan auch Projektpläne bewilligt. Der bewilligte Plan "Grundrisse, Umgebung und Werkleitungen"²⁵ beziffert im Planabschnitt "Grundriss Erdgeschoss mit Umgebung 1:100" den Abstand zwischen dem Haus "M._____" und der Grenze zu Parzelle Nr. L._____ mit 3,00 m, und zwar am Ort des geringsten Abstands zwischen Fassade und Parzellengrenze (und nicht an der westlichen Gebäudeecke, wie auf dem Situationsplan). Nach der Darstellung auf diesem Projektplan ist also der kleine Grenzabstand überall eingehalten.

²³ Situationsplan im Mst. 1:500 vom 15. Februar 2013, vom Regierungsstatthalteramt Seeland gestempelt am 19. Juli 2013; vgl. Beilage 1 zur Stellungnahme der Beigeladenen 2 vom 24. April 2019

²⁴ Stellungnahme der Beigeladenen 2 vom 24. April 2019 sowie Vorakten Baupolizeiverfahren, pag.25

²⁵ Im Mst. 1:100, vom 15. Februar 2013, mit Nachtrag vom 9. April 2013, vom Regierungsstatthalteramt gestempelt am 19. Juli 2013

Demnach liegt ein Widerspruch zwischen den mit Gesamtbauentscheid des Regierungsstatthalteramtes vom 19. Juli 2013 bewilligten Plänen vor. Gemäss dem Situationsplan beträgt der Abstand des Gebäudes "M. _____" zur Grenze mit Parzelle Nr. L. _____ zwischen 3,03 m und 2,92 m; gemäss dem Projektplan beträgt er nirgends weniger als 3,00 m. Nach der Darstellung im Projektplan ist der kleine Grenzabstand eingehalten, nach derjenigen im Situationsplan nicht.

Das Rechtsamt hat die Akten des Baubewilligungsverfahrens beim Regierungsstatthalteramt eingeholt. Gemäss diesen wurden der bewilligte Situationsplan und die bewilligten Projektpläne vom 15. Februar 2013 im Rahmen einer Projektänderung vom 27. Februar 2013 eingereicht.²⁶ Zu dieser wurden u.a. die heutigen Beschwerdeführenden als damalige Einsprechende angehört. Sie kritisierten u.a.: "Die Pläne sind widersprüchlich und falsch gezeichnet".²⁷ Weder sie noch andere Parteien im Baubewilligungsverfahren thematisierten jedoch ausdrücklich den Widerspruch zwischen Situations- und Projektplan hinsichtlich des kleinen Grenzabstands zur Parzelle Nr. L. _____. Auch der Nachtrag vom 9. April 2013 zur Projektänderung²⁸ betraf diese Frage nicht. Die Gemeinde machte in ihrem Amtsbericht vom 13. September 2010 keinen diesbezüglichen Hinweis.²⁹ Die Einhaltung der Grenzabstände an anderen Fassaden der projektierten Gebäude war umstritten und wurde im Gesamtbauentscheid vom 19. Juli 2013 ausführlich thematisiert, nicht jedoch der hier streitige Abstand zwischen der Nordwestfassade des Gebäudes "M. _____" und der Parzelle Nr. L. _____.

d) Die Bauherrschaft ersucht mit Einreichung der Baubewilligungsunterlagen, wozu der Situationsplan und die Projektpläne gehören, um Bewilligung des darin dargestellten Bauvorhabens. Die korrekte Darstellung des Bauvorhabens ist somit Sache der Bauherrschaft.³⁰ Insbesondere ist es Sache des Projektverfassers oder der Projektverfasserin, auf dem Situationsplan die baupolizeilichen Angaben einzutragen, namentlich die Grenzabstände.³¹ Das zuständige Gemeindeorgan bestätigt auf dem Plan

²⁶ Baubewilligungsakten des Regierungsstatthalteramts Seeland bbew 1281/2010, pag. 129

²⁷ Baubewilligungsakten des Regierungsstatthalteramts Seeland bbew 1281/2010, pag. 135

²⁸ Baubewilligungsakten des Regierungsstatthalteramts Seeland bbew 1281/2010, pag. 136

²⁹ Baubewilligungsakten des Regierungsstatthalteramts Seeland bbew 1281/2010, pag. 166

³⁰ Art. 34 BauG, Art. 10 ff. BewD

³¹ Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Bst. f BewD

die Richtigkeit und Vollständigkeit der Darstellung.³² Die Verantwortung für die Ausgestaltung des Projekts und die Einhaltung der baupolizeilichen Masse bleibt jedoch bei der Bauherrschaft. Aus unvollständigen oder missverständlichen Plänen kann sie später, namentlich im Wiederherstellungsverfahren, nichts zu ihren Gunsten ableiten.³³

Stellt die Baubewilligungsbehörde Mängel in den Baugesuchsunterlagen fest, weist sie das Gesuch zur Verbesserung zurück (Art. 18 Abs. 1 BewD). Vorliegend hat das Regierungsstatthalteramt die Bauherrschaft nicht zur Verbesserung der widersprüchlichen Pläne aufgefordert. Es ist anzunehmen, dass dem Regierungsstatthalteramt der Widerspruch zwischen dem Situationsplan und dem fraglichen Projektplan nicht aufgefallen war.

e) Ein Bauentscheid, mit dem widersprüchliche Pläne bewilligt werden, ist dennoch rechtsgültig. Bei unklaren oder widersprüchlichen Entscheidformeln kann die Entscheidungsbegründung zur Sinnermittlung herangezogen werden.³⁴ Dies gilt auch, wenn mit der Entscheidformel widersprüchliche Pläne bewilligt werden. Nur ganz ausnahmsweise, wenn ein inhaltlicher Mangel den Entscheid geradezu wirkungslos, unsinnig oder unsittlich werden lässt, wäre der Entscheid als nichtig zu betrachten.³⁵ Dies ist hier aber nicht der Fall, da mittels Auslegung der wahre Sinn des Gesamtbauentscheids ermittelt werden kann:

Die aus dem Situationsplan ablesbare Unterschreitung des kleinen Grenzabstands wurde im Baubewilligungsverfahren und auch im Gesamtbauentscheid in keiner Weise thematisiert. Die Bauherrschaft stellte kein diesbezügliches Ausnahmegesuch. Sie wurde von der Baubewilligungsbehörde weder zur Verbesserung der Pläne noch zur Einreichung eines Ausnahmegesuches aufgefordert. Im bewilligten Projektplan "Grundrisse, Umgebung und Werkleitungen" ist der Grenzabstand zur Parzelle Nr. L. _____ so dargestellt, dass der minimal zulässige Abstand eingehalten ist. Unter diesen Umständen ist die widersprüchliche Baubewilligung zu Gunsten der materiellen Rechtmässigkeit auszulegen. Die Bauherrschaft musste nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Baubewilligung entsprechend der Darstellung im Projektplan, wonach die gesetzlichen

³² Art. 12 Abs. 3 BewD

³³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 34 N. 19a

³⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N. 12

³⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 60, vgl. auch Art. 52 N. 14.

Vorgaben zum Grenzabstand eingehalten sind, erteilt wurde. Die Baubewilligung gemäss dem Gesamtbauentscheid des Regierungsstatthalteramtes Seeland vom 19. Juli 2013 ist demnach so auszulegen, dass zur Parzelle Nr. L._____ ein Grenzabstand von 3,00 m überall einzuhalten ist, wie es auf dem Projektplan "Grundrisse, Umgebung und Werkleitungen" dargestellt ist.

f) Demnach ist das ausgeführte Bauvorhaben materiell rechtswidrig, indem es gegen die Grenzabstandsvorschriften der kommunalen Nutzungsordnung verstösst, sowie auch formell rechtswidrig, indem es der Baubewilligung bei richtiger Auslegung nicht entspricht.

7. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Wird ein Bauvorhaben in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten und leitet ein Wiederherstellungsverfahren ein (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Als Überschreitung gilt jede Abweichung vom bewilligten Bauprojekt, die ihrerseits bewilligungsbedürftig wäre. Nach dem Gesagten liegt hier eine solche Überschreitung vor.

b) Die Beschwerdegegnerin hat im Wiederherstellungsverfahren eine nachträgliche Projektänderung mit Ausnahmegesuch für die Unterschreitung des Grenzabstands eingereicht. Die Gemeinde hat diesem den Bauabschlag erteilt. Zugleich hatte sie darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wieder herzustellen sei (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG).

Der Bauabschlag für die Projektänderung mit Ausnahmegesuch für die Unterschreitung des Grenzabstands ist nicht angefochten. Umstritten ist der Entscheid der Gemeinde betreffend die Wiederherstellung. Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass die Gemeinde zu Unrecht auf eine Wiederherstellung verzichtet habe.

c) Die Wiederherstellung bedeutet eine Einschränkung der Eigentumsgarantie. Sie ist daher nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und nicht Treu und Glauben widerspricht.³⁶

³⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 mit Hinweisen auf die Praxis

Mit Art. 46 Abs. 2 BauG ist eine gesetzliche Grundlage für die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gegeben. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist im Allgemeinen vorhanden, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist. Dies trifft auch hier im Grundsatz zu.

Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist verhältnismässig, sofern die angeordnete Massnahme geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, wenn sie über das dafür Erforderliche in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht hinausgeht und wenn sie dem Pflichtigen zumutbar ist, d.h. die Belastung für den Pflichtigen in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.³⁷

d) Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands eignen sich alle Massnahmen, die dazu führen, dass das Gebäude "M._____" nicht näher als 3 m an die Grenze zur Parzelle Nr. L._____. reicht. Im Zeitpunkt der Baueinstellung waren die Bauarbeiten am Gebäude "M._____" soweit fortgeschritten, dass nur noch die Umgebungsarbeiten und der Innenausbau auszuführen sind.³⁸ Eine Versetzung der Nordwestfassade, so dass diese dem bewilligten Projektplan "Grundrisse, Umgebung und Werkleitungen" vom 15. Februar 2013 entspricht und den Grenzabstand von 3 m zur Parzelle Nr. L._____ überall einhält, wäre sehr aufwendig. Daher ist unter dem Kriterium der Erforderlichkeit zu prüfen, ob der rechtmässige Zustand auch mit einer weniger weit gehenden Massnahme erreicht werden kann. Die Gemeinde hat als mögliche Wiederherstellungsmassnahme die Entfernung der 16 cm starken Aussenisolation und deren Ersatz durch eine dünnere Isolation und/oder das Anbringen einer Innenisolation in Betracht gezogen. Weniger weit gehende, ebenso geeignete Wiederherstellungsmassnahmen sind nicht ersichtlich.

e) Für das Kriterium der Zumutbarkeit ist von Bedeutung, ob es sich um eine gutgläubige Bauherrschaft handelt, oder ob diese hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bauausführung als bösgläubig gilt.³⁹

³⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c

³⁸ Vorakten Baupolizeiverfahren, pag. 8

³⁹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 sowie N. 9b/e

8. Guter Glaube, Vertrauensgrundsatz

a) Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, der Beschwerdegegnerin sei der gute Glaube im Zusammenhang mit den streitigen Bauvorhaben generell abzusprechen, weil bei der Bauausführung verschiedene Veränderungen gegenüber dem bewilligten Projekt vorgenommen worden seien, die teils auf Intervention der Beschwerdeführenden hin legalisiert oder zurückgebaut worden seien.

Die Gut- oder Bösgläubigkeit ist im Hinblick auf den Gegenstand des Wiederherstellungsverfahrens zu beurteilen. Aus allfälligen anderen Abweichungen von der Baubewilligung kann nicht auf die Bösgläubigkeit der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Unterschreitung des Grenzabstands zu Parzelle Nr. L._____ geschlossen werden. Diese muss spezifisch in Bezug auf diesen Umstand geprüft werden. Allfällige andere Abweichungen von der Baubewilligung sind nicht Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren. Den entsprechenden Vorwürfen der Beschwerdeführenden ist daher nicht nachzugehen.

b) Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Eingabe vom 24. Januar 2019 und in ihrer Beschwerdeantwort vom 15. Februar 2019 aus, sie selber habe zur Rechtswidrigkeit in keiner Weise beigetragen und davon gar keine Kenntnis gehabt. Sie sei mangels Fachkenntnissen gar nicht in der Lage, die Einhaltung des Grenzabstandes zu kontrollieren, sondern sei dafür auf Fachleute angewiesen. Auf diese habe sie sich verlassen. Am Verfahren vor der Baupolizeibehörde habe sie sich daher gar nicht beteiligt.

Die Beschwerdegegnerin ist am Wiederherstellungsverfahren als Bauherrin und Grundeigentümerin beteiligt und als solche Adressatin des angefochtenen Entscheids. Im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellungsanordnung ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin als gut- oder bösgläubig zu gelten hat. Dabei ist ihr nicht nur ihr eigenes Wissen anzurechnen. Die Bauherrschaft muss sich auch das Wissen bzw. Wissenmüssen ihres Architekten anrechnen lassen, einschliesslich des spezifischen Fachwissens.⁴⁰

⁴⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b/b mit Hinweisen auf die Praxis

Die Beschwerdegegnerin muss sich daher zum einen das Wissen bzw. Wissenmüssen der damaligen Projektverfasserin O._____ AG, welche die mit Gesamtbauentscheid vom 19. Juli 2013 bewilligten Pläne erstellte, anrechnen lassen. Diese hätte erkennen können und müssen, dass die Angabe des Grenzabstands zur Parzelle Nr. L._____ auf dem Situations- und dem erwähnten Projektplan nicht übereinstimmte, und dass nach den Angaben auf dem Situationsplan der Grenzabstand nicht überall eingehalten war. Die Beschwerdegegnerin übernahm mit der Einreichung des Baugesuchs die Rolle der Bauherrschaft und damit die Verantwortung für das Projekt. Daher ist es ihr anzulasten, dass der Baubewilligungsbehörde widersprüchliche Pläne unterbreitet wurden. Sie gilt hinsichtlich der Widersprüchlichkeit der eingereichten Pläne in Bezug auf den Grenzabstand zu Parzelle Nr. L._____ nicht als gutgläubig, selbst wenn sie selber vom Widerspruch in den eingereichten und bewilligten Plänen allenfalls tatsächlich keine Kenntnis hatte. Angesichts des ihr angerechneten Wissens bzw. Wissenmüssens und der Tatsache, dass sie für eine Unterschreitung des Grenzabstands kein Ausnahmegesuch gestellt hatte und diese im Baubewilligungsverfahren sowie im Bauentscheid in keiner Weise thematisiert wurden, durfte sie nicht in guten Treuen annehmen, zur Bauausführung mit Unterschreitung des Grenzabstands gemäss dem bewilligten Situationsplan berechtigt zu sein.⁴¹

Die Beschwerdeführerin muss sich sodann auch das Wissen und Wissenmüssen der mit der Bauausführung betrauten Beigeladenen 1 anrechnen lassen. Ob und inwiefern dieser bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Fehler anzulasten sind, indem sie den Widerspruch zwischen den bewilligten Plänen übersah oder die Baubewilligung falsch auslegte, kann offen bleiben. Nach dem Gesagten gilt die Beschwerdegegnerin aus anderen Gründen als bösgläubig.

c) Die Beigeladene 2 führte im Auftrag der Gemeinde die Schnurgerüstabnahmen für die drei Einfamilienhäuser durch. Sie legte ihrer Mitteilung an die Gemeinde die Kopie eines vom Projektverfasser unterzeichneten Situationsplans im Mst. 1:500 vom 30. April 2009 bei, auf welchem die abgesteckten Achsen eingezeichnet sind. Auf diesem Situationsplan ist, ebenso wie auf dem vom Regierungsstatthalteramt am 19. Juli 2013 als bewilligt gestempelten Situationsplan, an der westlichen Gebäudeecke des Hauses "M._____" ein Abstand zur Parzelle Nr. L._____ von 3 m angegeben. Die

⁴¹ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b/a, erstes Lemma

Beigeladene 2 machte in ihrer Mitteilung an die Gemeinde keine Beanstandungen bzw. Hinweise auf Abweichungen von der Baubewilligung.

Die Schnurgerüstabnahme stellt eine baupolizeiliche Kontrollmassnahme dar, die der Gemeinde zur Aufdeckung allfälliger Verstösse bei der Ausführung von Bauvorhaben dient.⁴² Überprüft wird dabei die Übereinstimmung der Bauausführung mit den bewilligten Plänen. Die materielle Rechtskonformität des Bauvorhabens bildete Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens und wird bei der Schnurgerüstabnahme nicht mehr überprüft.

Die Beigeladene 2 bestätigte der Gemeinde zutreffend die Kongruenz des Schnurgerüsts mit dem bewilligten Situationsplan. Nach dem Gesagten wurde bei richtiger Auslegung der widersprüchlichen Baubewilligung die Ausführung entsprechend dem Projektplan bewilligt. Trotz der festgestellten Übereinstimmung mit dem bewilligten Situationsplan entsprach daher das Schnurgerüst nicht der erteilten Bewilligung. Dies war für die Beigeladene 2 und die Gemeinde als Baupolizeibehörde wohl nicht ohne weiteres erkennbar. Ob ihnen diesbezüglich Fehler unterlaufen sind, muss im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend geklärt werden. Vorbehaltlose Baukontrollen vermögen nämlich Baumängel nicht zu legalisieren.⁴³ Die Schnurgerüstabnahme ist eine Voraussetzung des Baubeginns;⁴⁴ nach der Schnurgerüstabnahme gilt ein Bauvorhaben als begonnen.⁴⁵ Sie dient der Gemeinde als Mittel zur Überwachung der korrekten Bauausführung im Rahmen ihrer Aufgaben als Baupolizeibehörde.⁴⁶ Die Bauherrschaft kann aus der erfolgten Schnurgerüstabnahme jedoch keine Gewähr dafür ableiten, dass ihr Vorhaben mängelfrei ist; auch nach vorbehaltloser Schnurgerüstabnahme bleibt ein baupolizeiliches Einschreiten möglich, wenn die Baupolizeibehörde Kenntnis von wesentlichen baurechtswidrigen Tatsachen erhält.⁴⁷ Ohnehin könnte ein bestehender böser Glaube nicht durch eine irrtümlich erfolgte vorbehaltlose Schnurgerüstabnahme in guten Glauben gewandelt werden. Dies würde Missbräuchen Tür und Tor öffnen. An der Bösgläubigkeit der Beschwerdegegnerin vermag es somit nichts zu ändern, dass bei der

⁴² Art. 47 BewD; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 45 N. 2

⁴³ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 45 N. 6; BVR 2011 S. 200 E. 4.4.2

⁴⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 45 N. 2

⁴⁵ Art. 2 Abs. 2 Bst. a BewD

⁴⁶ Art. 45 Abs. 2 Bst. a BauG; Art. 47 Abs. 4 Bst. a BewD

⁴⁷ Vgl. BVR 2011 S. 200 E. 4.4.2

Schnurgerüstabnahme die Abweichung zur erteilten Baubewilligung nicht erkannt bzw. nicht darauf hingewiesen wurde.

d) Entsprechend kann die Beschwerdegegnerin aus der vorbehaltlosen Schnurgerüstabnahme auch keinen Anspruch auf Vertrauensschutz ableiten. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Er verleiht Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Auf den Vertrauensschutz können sich jedoch nur gutgläubige Private berufen. Wer erkennt oder bei gehöriger Sorgfalt erkennen könnte, dass eine behördliche Auskunft unzutreffend ist, darf sich auf diese nach Treu und Glauben nicht verlassen.⁴⁸ Nach dem Gesagten muss sich die Beschwerdegegnerin die Fachkenntnisse der Projektverfasserin und der Beigeladenen 1 anrechnen lassen. Sie hätte daher bei gehöriger Sorgfalt erkennen können, dass das Schnurgerüst nicht dem bewilligten Projekt entsprach. Daher kann sie sich nicht auf Vertrauensschutz berufen.

9. Zumutbarkeit

a) Auch eine (im baurechtlichen Sinn) bösgläubige Bauherrschaft hat Anspruch darauf, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit berücksichtigt wird. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen. Wirtschaftliche Interessen allein haben deshalb nach der Rechtsprechung kaum je ausschlaggebendes Gewicht, selbst dann, wenn die (nun nutzlosen, aber bösgläubig getätigten) Investitionskosten und die Abbruchkosten zusammen sehr hoch sind. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass es unterschiedliche Grade der Bösgläubigkeit gibt. Diese reichen von ungenügender Sorgfalt bis zur bewussten Missachtung von Vorschriften oder Entscheiden. Entsprechend muss den anfallenden Wiederherstellungskosten differenziert Rechnung getragen werden.⁴⁹

⁴⁸ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, S. 150

⁴⁹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c/c mit Hinweisen auf die Praxis

b) Nach dem Gesagten geht der rechtswidrige Zustand grundsätzlich auf ein der Beschwerdegegnerin anzurechnendes Fehlverhalten (Einreichung widersprüchlicher Baugesuchspläne) zurück. Die rechtswidrige Bauausführung und der für eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nötige Aufwand wurden aber durch weitere Umstände massgeblich beeinflusst. Im Baubewilligungsverfahren wurde der Widerspruch in den als bewilligt gestempelten Plänen nicht erkannt und daher weder beseitigt noch thematisiert. Auch kam es bei der auf den Situationsplan gestützten Schnurgerüstabnahme zu keinen Beanstandungen. Diese Umstände trugen dazu bei, dass die Bauausführung schon sehr weit fortgeschritten war, als der Fehler baupolizeilich bemängelt wurde. Der Beschwerdegegnerin können keine rechtsmissbräuchlichen Absichten unterstellt werden. Vielmehr wiegt der zwar vorhandene böse Glaube der Beschwerdegegnerin im Lichte der übrigen Umstände eher leicht.

c) An der Einhaltung der Grenzabstände besteht ein öffentliches Interesse, wenn öffentlicher Grund beteiligt ist. Ansonsten sind für die Wahrung öffentlicher Interessen wie Brandschutz, Gesundheit bzw. Wohnhygiene, Ästhetik und Ortsbildschutz vor allem die Abstände unter den Bauten wesentlich. Die Bedeutung der Grenzabstände liegt hier darin, die rechtsgleiche Behandlung benachbarter Grundeigentümer zu sichern, indem sie bewirken, dass der Gebäudeabstand gleichmässig aufgeteilt wird.⁵⁰ Insoweit werden mit dem Grenzabstandsvorschriften auch Interessen des Nachbarschutzes verfolgt⁵¹ und sind bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen.

Das Gebäude "M._____" unterschreitet den Grenzabstand zu Parzelle Nr. L._____ auf einem 1,74 m langen Fassadenabschnitt um 0,01 – 0,12 m.⁵² Grundsätzlich ist mit jeder Unterschreitung des Grenzabstands eine Belastung für die Nachbarn verbunden. Es handelt sich hier aber um einen relativ kurzen Abschnitt, von dem das bestehende Wohnhaus auf Parzelle Nr. L._____ mehr als 10 m entfernt ist. Eine Beeinträchtigung der Beschwerdeführenden als Nachbarn ist abstrakt zwar zu bejahen, konkret dürfte aber die Unterschreitung des Grenzabstands für sie kaum zu spüren sein. Die mit den Grenzabstandsvorschriften verfolgten Interessen des Brandschutzes und der Gesundheit bzw. Wohnhygiene werden durch die Geringfügigkeit der Unterschreitung relativiert. Die

⁵⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 70 N. 13

⁵¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 12 N. 8

⁵² Vorakten Baupolizeiverfahren, pag. 27

Gemeinde führt im angefochtenen Entscheid aus, dass das Ortsbild und die Ästhetik durch die geringfügige Abweichung nicht beeinflusst würden, da diese von blossen Auge kaum erkennbar sei. Dem ist beizupflichten. Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung ist daher vorliegend gering. Bei bloss leichter Bösgläubigkeit, geringer Abweichung und geringem öffentlichem Interesse kann unter Umständen aus Verhältnismässigkeitsgründen auf die Wiederherstellung verzichtet werden,⁵³ namentlich wenn der Bauherrschaft die finanzielle Belastung, die ihr aus der Wiederherstellung entstehen würde, nicht zumutbar ist.

d) Die Gemeinde hat mit überzeugenden Argumenten angenommen, dass der Wiederherstellungsaufwand erheblich wäre und dabei den öffentlichen Interessen allenfalls nur bedingt gedient wäre. Sie führt im angefochtenen Entscheid aus, die Entfernung der 16 cm starken Aussenisolation und deren Ersatz durch eine dünnere Isolation oder das Anbringen einer Innenisolation bedeute nicht nur hohe Kosten für die Bauherrschaft, sondern auch eine Verschlechterung der Wärmedämmung. Es sei fraglich, ob die energetischen Vorschriften damit überhaupt noch eingehalten werden könnten. Auch an der Schonung der Umwelt und an einer sparsamen, rationellen Energienutzung bestehe ein öffentliches Interesse. In ihrer Stellungnahme vom 11. Februar 2019 ergänzt die Gemeinde, auch mit einer Hochleistungs-Aussendämmung von 3 cm Dämmdicke könnten die erforderlichen Dämmwerte nicht erreicht werden, so dass eine zusätzliche Innendämmung erforderlich wäre. Längerfristig müsse zudem mit bauphysikalischen Problemen gerechnet werden, da die Gebäudekonstruktion konzeptionell auf eine Aussendämmung ausgerichtet sei. Die Kosten für den Rückbau der bestehenden Aussenisolation, das Anbringen einer neuen, schmaleren Dämmung aussen sowie einer Innendämmung seien auf rund Fr. 60'000.– zu beziffern.

Wie es sich damit im Einzelnen verhält, muss nicht untersucht werden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden ist der Gemeinde keine ungenügende Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts vorzuwerfen, weil sie ohne weitere Beweiserhebungen zur Annahme gelangte, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur mit erheblichem finanziellem Aufwand der Bauherrschaft zu erreichen sei. Auch ohne detaillierte Abklärung kann davon ausgegangen werden, dass die von der Gemeinde in Betracht gezogene Reduktion der Aussendämmung unter gleichzeitiger Einhaltung der

⁵³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c/c mit Hinweis auf die Praxis

energierechtlichen Vorschriften schwierig zu bewerkstelligen und dementsprechend mit einem (u.a. finanziellen) Aufwand verbunden wäre, der in Anbetracht der verhältnismässig leicht zu gewichtenden Bösgläubigkeit, der Geringfügigkeit der Abweichung und des geringen öffentlichen Interesses an der Wiederherstellung unverhältnismässig wäre. Die Beschwerdeführenden bestreiten mit Nichtwissen, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur durch eine Anpassung der Gebäudeisolation zu erreichen wäre. Es ist jedoch keine alternative Wiederherstellungsmassnahme ersichtlich, die nicht ebenfalls – und noch in grösserem Masse – mit hohem (Kosten-) Aufwand verbunden wäre. Unter diesen Umständen waren nähere Abklärungen über Wiederherstellungsmöglichkeiten und die damit verbundenen Kosten entbehrlich. Im Interesse der Prozessökonomie war darauf zu verzichten, zumal auch die Abklärungen mit zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden gewesen wären.

e) Die Wiederherstellung erweist sich demnach als unverhältnismässig. Die Gemeinde hat zu Recht darauf verzichtet.

Entsprechend ist auch nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde die Baueinstellungsverfügung vom 18. April 2018 aufgehoben hat. Das Bauvorhaben darf mit dem noch fehlenden Innenausbau und der Umgebungsgestaltung gemäss der rechtskräftig erteilten Baubewilligung fertiggestellt werden.

10. Ergebnis und Kosten

a) Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid der Gemeinde Ins hinsichtlich des erteilten Bauabschlags für die Projektänderung mit Ausnahmegesuch nicht zu überprüfen. Der mit dem angefochtenen Entscheid verfügte Verzicht auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und die Aufhebung der Baueinstellungsverfügung sind gemäss den vorstehenden Erwägungen zu Recht erfolgt. Die Beschwerde ist daher abzuweisen und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

b) 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. 2'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁵⁴).

c) Die Beschwerdeführenden haben zudem der Beschwerdegegnerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Auch obsiegende Beigeladene haben einen Anspruch auf Parteientschädigung.⁵⁵

Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht Parteikosten im Umfang von Fr. 2'934.75 geltend (Honorar Fr. 2'645.60, Auslagen Fr. 79.35, Mehrwertsteuer Fr. 209.80). Diese Kostennote gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdeführenden haben somit der Beschwerdegegnerin Parteikosten im Umfang von Fr. 2'934.75 zu erstatten.

Auch die Beigeladene 1 dringt mit ihren Anträgen durch und gilt als obsiegende Partei. Sie hat ebenfalls Anspruch auf Parteikostenersatz. Ihr Rechtsvertreter macht Parteikosten im Umfang von Fr. 8'799.10 geltend (Honorar Fr. 8'000.–, Auslagen Fr. 170.–, Mehrwertsteuer Fr. 629.10).

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV⁵⁶ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG⁵⁷). Der Rechtsvertreter der Beigeladenen 1 hat mehrere Rechtsschriften verfasst, worin er um die Beteiligung der Beigeladenen 2 am Verfahren ersuchte und zu den mit der Beschwerde aufgeworfenen Argumenten Stellung nahm. Der gebotene Zeitaufwand ist dennoch als eher unterdurchschnittlich zu werten, da kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Die Bedeutung der Streitsache ist angesichts des in Frage stehenden Wiederherstellungsaufwands als durchschnittlich zu werten, ebenso die

⁵⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

⁵⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 14 N. 7

⁵⁶ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

⁵⁷ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

Schwierigkeit des Prozesses. Insgesamt erscheint ein Honorar von Fr. 5'500.– als angemessen.

Die Beigeladene 1 ist mehrwertsteuerpflichtig⁵⁸ und kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr 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. Daher ist bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes keine Mehrwertsteuer zu berücksichtigen.⁵⁹

Die Beschwerdeführenden haben demnach der Beigeladenen 1 Parteikosten im Umfang von Fr. 5'670.– (Honorar Fr. 5'500.– sowie Auslagen Fr. 170.–) zu erstatten.

Die Beigeladene 2 war im Verfahren nicht anwaltlich vertreten. Da ihr kein Aufwand für berufsmässige Parteivertretung (Art. 104 Abs. 1 VRPG) angefallen ist, ist ihr solcher nicht zu ersetzen. Die Beigeladene 2 beansprucht Entschädigung für ihren eigenen Aufwand sowie ihre Auslagen. Bei aufwendigen Verfahren kann Privaten, die ihren Prozess selber geführt haben, eine angemessene Parteientschädigung und Auslagenersatz zuerkannt werden (Art. 104 Abs. 2 VRPG). Dies wird nur ausnahmsweise und mit grosser Zurückhaltung zugesprochen, wenn eine Privatperson in aufwendigen Verfahren durch sorgfältige Auseinandersetzung mit den sich stellenden Fragen und durch erheblichen persönlichen Arbeitsaufwand wesentlich zur Entscheidungsfindung beigetragen hat.⁶⁰ Vorliegend handelte es sich nicht um ein aufwendiges Verfahren, bei dem die Beigeladene 2 im erwähnten Sinne zur Entscheidungsfindung hätte beitragen können. Die Beigeladene 2 hat daher keinen Anspruch auf Parteientschädigung und Auslagenersatz. Ohnehin erscheint fraglich, ob die Beigeladene 2 als obsiegende Partei gelten könnte, da sie im Verfahren keine Anträge gestellt hat.

III. Entscheid

⁵⁸ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

⁵⁹ BVR 2014 S. 484 E. 6

⁶⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 12

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bau- und Wiederherstellungsentscheid der Gemeinde Ins vom 17. Dezember 2018 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerin Parteikosten im Betrag von Fr. 2'934.75 (inkl. Mehrwertsteuer) und der Beigeladenen 1 Parteikosten im Betrag von Fr. 5'670.– zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften jeweils solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher H._____, eingeschrieben
- I._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Ins, Gemeinderat, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

