

# **BE\_BVD 110 2023 143 vom 1. Mai 2024**

Be Bvd, 2024-05-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_bvd\\_110\\_2023\\_143](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_110_2023_143)

FR: BE\_BVD 110 2023 143 du 1 mai 2024

IT: BE\_BVD 110 2023 143 del 1 maggio 2024

## **Regeste**

Geländer im 2. OG

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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.<sup>11</sup> 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 Par- zelle 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.

BVD 110/2023/143 4/6 nicht als vorspringender Gebäudeteil im Sinne von Art. 57 Abs. 2 GBR. Der Grenzabstand von

### **E. 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 Grenz- abstand. 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 Längs- seite) 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 1/4 des geltenden Grenzabstandes von 5 m und damit 1.25 m tief sein. Das geplante Gelände umfasst eine 1.75 m tiefe Terrassen- fläche, womit die zulässige Tiefe um 0.5 m überschritten wird. Zudem bestehen im Parterrege- schoss 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

#### **E. 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.<sup>14</sup> 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.

#### **E. 13**

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

#### **E. 14**

VG 2016.319 vom 9. März 2017, E. 2.2.3, vgl. auch BGer 1C\_209/2017 vom 18. Mai 2018, E. 2.3.

BVD 110/2023/143 5/6 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 formalen und materiellen Rechtswidrigkeit nicht ist, dürfte das Dach nicht als Terrasse benützt werden, da damit die Rechtswidrigkeit verstärkt würde.<sup>15</sup> 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 rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> Wird eine ständige Praxis zum ersten Mal einer gerichtlichen Prüfung unterzogen, ist davon auszugehen, dass die Behörde ihre rechtswidrige Praxis anpasst.<sup>20</sup> 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

#### **E. 15**

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

#### **E. 16**

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

#### **E. 17**

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

#### **E. 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.

#### **E. 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 ZBl 2011 S. 57 ff., 65 ff.

#### **E. 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.

BVD 110/2023/143 6/6 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.