

100.2015.121U
KEP/SES/RAP

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 21. März 2016

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Daum und Keller
Gerichtsschreiberin Seiler

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde Allmendingen
Baubewilligungsbehörde, Thunstrasse 9, 3112 Allmendingen b. Bern
Beschwerdegegnerin

und

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend nachträgliche Baubewilligung für Loggiaverglasung (Entscheid
der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 18. März
2015; RA Nr. 110/2014/141)



Sachverhalt:

A.

A._____ ist Eigentümerin der Erdgeschosswohnung (Stockwerkeinheit Nr. 1___-3) in der Wohnüberbauung «B._____» bzw. «C._____» (Grundstück Allmendingen Gbbl. Nr. 1___) am ...weg ... in der Einwohnergemeinde (EG) Allmendingen bei Bern. Das Grundstück liegt in der Zone mit Planungspflicht (ZPP) «Schlossareal» und im Perimeter der gleichnamigen Überbauungsordnung. Ein Teil der Wohnungen verfügt über ursprünglich nicht verglaste Loggien. Ohne Anrechnung derselben schöpft die gesamte Überbauung die für die ZPP «Schlossareal» geltende maximale Bruttogeschossfläche (BGF) aus. A._____ erstellte im Oktober 2013 und im Januar 2014 je eine Verglasung auf der südwestlichen und der südöstlichen Seite ihrer Loggia. Sie holte hierfür keine Baubewilligung ein. Am 28. Mai 2014 erliess die EG Allmendingen eine Wiederherstellungsverfügung und forderte A._____ unter Androhung der Ersatzvornahme auf, die Verglasung auf beiden Seiten der Loggia zu entfernen. Am 16. Juli 2014 stellte A._____ ein nachträgliches Baugesuch für die vollständige Verglasung der Loggia. Nachdem die EG Allmendingen A._____ darauf aufmerksam gemacht hatte, dass eine vollständige Verglasung, d.h. mit je vier Glaselementen auf beiden Seiten, nicht bewilligt würde, reichte A._____ am 3. September 2014 eine «Projektänderung» ein. Sie beantragte die Bewilligung einer profillosen Verglasung der Loggia als reiner Witterungsschutz mit verschieb- und zusammenlegbaren Glaselementen, vier auf der Westseite und zwei «mit Gewährleistung Offenhaltungsbereich» auf der Ostseite. Die EG Allmendingen wies das Gesuch am 6. November 2014 ab und ordnete unter Androhung der Ersatzvornahme an, die montierten Verglasungen innert 30 Tagen ab Rechtskraft der Verfügung zu entfernen.

B.

Gegen diese Verfügung erhob A._____ am 8. Dezember 2014 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern

(BVE). Diese hiess die Beschwerde mit Entscheid vom 18. März 2015 teilweise gut, hob den Entscheid der EG Allmendingen auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an diese zurück.

C.

Dagegen hat A. _____ am 17. April 2015 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, soweit die Beschwerde nicht gutgeheissen wurde, und das Baugesuch sei mit der «Projektänderung» vom 3. September 2014 zu bewilligen, eventuell sei die Sache zur Publikation des Vorhabens und Erteilung der Baubewilligung an die Gemeinde zurückzuweisen.

Mit Beschwerdeantwort vom 13. Mai 2015 beantragt die EG Allmendingen, die Beschwerde sei abzuweisen. Die BVE schliesst mit Vernehmlassung vom 30. April 2015 ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]).

1.2 Die BVE hat mit dem angefochtenen Entscheid die Beschwerde teilweise gutgeheissen, den Entscheid der Gemeinde aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an diese zurückgewiesen. Im Dispositiv hat sie nicht konkretisiert, worauf sich Gutheissung, Aufhebung und Rückweisung im Einzelnen beziehen. Das Dispositiv ist daher unter

Berücksichtigung der Erwägungen auszulegen (BVR 2014 S. 5 E. 2.3; VGE 2015/272 vom 14.12.2015 [zur Publ. bestimmt], E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Aus diesen geht hervor, dass die Gemeinde zu prüfen hat, ob die südwestliche Verglasung der Loggia bewilligt werden kann. Die BVE stützte ihr Vorgehen auf Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG, wonach die Baubewilligungsbehörde im nachträglichen Baubewilligungsverfahren gegebenenfalls – auch von Amtes wegen – zu prüfen hat, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann (BVR 2016 S. 79 E. 4.7; VGE 19395 vom 11.5.1995, E. 4; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 46 N. 14; zur Teilbaubewilligung vgl. Art. 32c BauG). Die BVE hat damit den Bauabschlag der Gemeinde für die Verglasung der Südostseite der Loggia geschützt. Sie hat in diesem Punkt einen Teilentcheid gefällt, der wie ein Endentscheid angefochten werden kann, mithin unabhängig von den zusätzlichen Voraussetzungen für – nicht die Zuständigkeit sowie den Ausstand und die Ablehnung betreffende – Zwischenentscheide gemäss Art. 71 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 3 VRPG.

1.3 Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.4 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

2.

2.1 Umstritten und zu prüfen ist, ob die teilweise Verglasung der Südostseite der Loggia bewilligungsfähig ist. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, die Fläche der südwestseitig vollständig und südostseitig teilweise verglasten Loggia sei an die BGF anzurechnen, weil kein mindestens einseitig offener Sitzplatz im Sinn von aArt. 93 Abs. 2 Bst. g der Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1) in der Fassung vom 24. Juni 2009 (BAG 09-71; in Kraft bis 31. Juli 2011) vorliege. Da die BGF bereits

ausgeschöpft sei, könne die Verglasung – nach Ansicht der Vorinstanz zumindest auf der Südostseite – nicht bewilligt werden. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, die Fläche müsse nicht an die BGF angerechnet werden, da die Loggia auch mit der teilweisen Verglasung der Südostseite mindestens einseitig offen sei. Nicht bestritten ist, dass die für die ZPP «Schlossareal» massgebende BGF von 6'600 m² (Art. 37 Abs. 4 des Baureglements der EG Allmendingen vom 10. Juni 1994 in der Fassung vom 26. Mai 2011 [GBR]) überschritten ist, sollte die fragliche Fläche anzurechnen sein.

2.2 In der EG Allmendingen wird das zulässige Mass der Nutzung grundsätzlich anhand der Ausnützungsziffer bestimmt (Art. 14 Abs. 1 und Art. 34 GBR). Für die ZPP «Schlossareal» wird es – abweichend davon – gemäss Art. 37 Abs. 4 GBR nicht anhand der Ausnützungsziffer, sondern mittels Angabe einer maximalen BGF beschränkt. Für deren Berechnung ist aArt. 93 Abs. 2 BauV mit der dazu ergangenen Rechtsprechung massgebend, wovon auch die Gemeinde ausgeht (vgl. auch VGE 20917 vom 27.6.2000, E. 3b). aArt. 93 BauV wurde mit Inkrafttreten der Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3) per 1. August 2011 aufgehoben (Art. 35 und 36 BMBV). Da die EG Allmendingen die Bestimmungen der BMBV noch nicht umgesetzt hat, bleibt aArt. 93 Abs. 2 BauV weiterhin massgebend (Art. 34 Abs. 2 BMBV). Die Bestimmung hat, soweit vorliegend interessierend, folgenden Wortlaut:

Als anrechenbare Bruttogeschossfläche gilt die Summe aller dem Wohnen oder dem Gewerbe dienenden oder hierfür verwendbaren ober- und unterirdischen Geschossflächen einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte. Nicht angerechnet werden:

[...]

g mindestens einseitig offene Dachterrassen oder Gartensitzplätze;

h offene ein- und vorspringende Balkone, sofern sie nicht als Laubengänge dienen;

[...]

Die Loggia mit der bestehenden Verglasung liegt im Erdgeschoss. Es handelt sich nicht um einen Balkon im Sinn von aArt. 93 Abs. 2 Bst. h BauV; vielmehr ist sie mit einem Gartensitzplatz vergleichbar, der gemäss aArt. 93 Abs. 2 Bst. g BauV nicht an die BGF angerechnet wird, wenn er mindes-

tens einseitig offen ist. Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu prüfen. Der zur Beurteilung dieser Rechtsfrage massgebende Sachverhalt ist, wie die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zu Recht ausführt, hinreichend geklärt, weshalb von einem Augenschein keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten sind. Der entsprechende Beweisantrag der Beschwerdeführerin wird abgewiesen (BVR 2015 S. 557 E. 3.8 f.; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 18 N. 9 f.). Aus demselben Grund durften auch die Vorinstanzen auf einen Augenschein verzichten; darin liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin.

2.3 Während ein- und vorspringende Balkone in der hier massgebenden Fassung der BauV lediglich «offen» zu sein brauchen, müssen Dachterrassen und Gartensitzplätze *mindestens einseitig* offen sein, damit sie nicht an die BGF anzurechnen sind (aArt. 93 Abs. 2 Bst. h bzw. g BauV). Im Vorgängererlass der BauV war diese Voraussetzung nicht enthalten; nicht angerechnet wurden damals «überdeckte offene Dachterrassen» und «offene ein- und vorspringende Balkone» (Art. 151 Abs. 2 Bst. h und i der Bauverordnung vom 26. November 1970 [Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 7. Juni 1970; GS 1970 S. 386, 442]). Aus den Materialien lässt sich nicht entnehmen, aus welchem Grund die zusätzliche Voraussetzung «mindestens einseitig» in aArt. 93 Abs. 2 Bst. g BauV eingefügt wurde. «Offen» – ohne weitere Verdeutlichung – kann sowohl einseitig als auch mehrseitig offen meinen. Das Erfordernis der mindestens einseitigen Offenheit kann deshalb nur dahin verstanden werden, dass eine Seite des Sitzplatzes vollständig und nicht nur teilweise offen sein muss, um nicht an die BGF angerechnet zu werden (so im Ergebnis auch Mühlemann/Rüedi, Aus der Praxis der Abteilung Bauen des AGR, in KPG-Bulletin 2010 S. 55, 61). Nur bei diesem Verständnis ist die Vorschrift in der Praxis sinnvoll anwendbar. Denn ansonsten bestehen keine tauglichen Merkmale, anhand welcher beurteilt werden könnte, wann eine Seite nicht mehr offen ist (vgl. auch VGer AG 11.12.1998, in AGVE 1999 S. 211 E. 1b). Einseitig offene Gartensitzplätze lassen sich so deutlich von anderen Räumen wie Gartenhallen und Wintergärten abgrenzen, die anzurechnen sind (zur Anrechenbarkeit Letzterer: Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 13 N. 8 Bst. a; Mühlemann/Rüedi, a.a.O., S. 60; Empfehlungen des Amtes für Gemeinden

und Raumordnung vom 14.4.2010 zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben, BSIG Nr. 7/721.0/10.1, S. 3). Einzig bei dieser Betrachtung ist die Einhaltung der Bestimmung sodann für die Baupolizei kontrollierbar und wird verhindert, dass ein einseitig offener Gartensitzplatz mit geringem Aufwand zu einem geschlossenen, bewohnbaren Raum umgebaut werden kann (vgl. dazu BVR 2015 S. 557 [VGE 2014/304 vom 12.3.2015], nicht publ. E. 4.2, 1992 S. 19 E. 4b; VGE 21039 vom 29.4.2002, E. 5a, 18253/18255 vom 19.8.1991, E. 2b). aArt. 93 Abs. 2 Bst. g BauV setzt daher voraus, dass ein Gartensitzplatz auf mindestens einer *ganzen* Seite offen ist, damit seine Fläche nicht an die BGF anzurechnen ist.

2.4 Nach dem Gesagten ist die vorliegend zu beurteilende Loggia mit der teilweise verglasten Südostseite nicht mindestens einseitig offen im Sinn von aArt. 93 Abs. 2 Bst. g BauV. Die Fläche der Loggia ist vielmehr an die BGF anzurechnen, wobei sich die Frage nach der Bewohnbarkeit im Einzelfall angesichts der anwendbaren Regelung und entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht stellt. Da die BGF bereits ausgenutzt ist (vorne E. 2.1), kann die (teilweise) Verglasung der Südostseite nicht bewilligt werden. Die Vorinstanz hat daher kein Recht verletzt, wenn sie hierfür den Bauabschlag bestätigt hat.

3.

Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde der jeweiligen Grundeigentümerin oder dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die BVE hat die Verfügung der Gemeinde vom 6. November 2014 auch bezüglich der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Ziff. 2 und 4 des Dispositivs der Verfügung) aufgehoben und zur Fortsetzung des Verfahrens an die Gemeinde zurückgewiesen. Die Wiederherstellungsmassnahme ist somit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und es ist

nicht Sache des Verwaltungsgerichts, diese Frage erstmals zu beurteilen. Die Gemeinde wird deshalb im Rahmen des bei ihr hängigen Bewilligungsverfahrens zu entscheiden haben, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist.

4.

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

5.

Gegen das vorliegende Urteil steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Soweit es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG handelt (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3, 133 V 477 E. 4.2), ist die Beschwerde aber nur zulässig, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

4. Zu eröffnen:

- der Beschwerdeführerin
- der Beschwerdegegnerin
- der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.