

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 4. Juli 2017

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Keller, Verwaltungsrichterin Steinmann
Gerichtsschreiberin Seiler

A. _____ Sàrl
handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführerin

gegen

C. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerin

und

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

sowie

Einwohnergemeinde Gampelen
Baubewilligungsbehörde, Oberdorfstrasse 14, Postfach 12,
3236 Gampelen

betreffend Baubewilligung für Neubau eines Mehrfamilienhauses mit
Tiefgarage (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des
Kantons Bern vom 16. September 2016; RA Nr. 110/2016/88)



Sachverhalt:

A.

Die A._____ Sàrl ist Eigentümerin von zwei Grundstücken an der ...strasse 1 in der Einwohnergemeinde (EG) Gampelen. Die Parzelle Nr. 2_____ liegt in der Wohnzone W, die Parzelle Nr. 3_____ ist als weisse Fläche im Zonenplan eingezeichnet. Am 24. März 2014 (Eingangsdatum 21.5.2014) stellte die A._____ Sàrl ein Baugesuch für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Tiefgarage. Gegen das Vorhaben erhoben u.a. C._____ und B._____, deren Grundstücke in der Nachbarschaft der Bauparzellen liegen, Einsprache. Aufgrund der negativen Beurteilung ihres Bauvorhabens durch die Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) nahm die A._____ Sàrl am 8. April 2015 sowie offenbar am 18. Februar/15. März 2016 Projektänderungen vor. Mit Gesamtentscheid vom 26. Mai 2016 erteilte das Regierungsstatthalteramt Seeland die Baubewilligung.

B.

Gegen diesen Entscheid führten neben anderen C._____ und B._____ am 29. Juni 2016 je für sich Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Mit Entscheid vom 16. September 2016 hiess diese die Rechtsmittel gut, hob den Gesamtentscheid auf und verweigerte die Baubewilligung für das Vorhaben (Baubeschlag).

C.

Dagegen hat die A._____ Sàrl am 19. Oktober 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, der Entscheid der BVE vom 16. September 2016 sei aufzuheben und der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalters vom 26. Mai 2016 sei zu bestätigen, eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache mit den am 19. Okto-

ber 2016 beim Verwaltungsgericht eingereichten Projektänderungen an die BVE, subeventualiter an die zuständige Baubewilligungsbehörde zurückzuweisen.

C._____ beantragt mit Beschwerdeantwort vom 21. November 2016, die Beschwerde sei abzuweisen. B._____ hat sich nicht vernehmen lassen, woraufhin der Abteilungspräsident ihn mit Verfügung vom 29. November 2016 unter Vorbehalt einer allfälligen Änderung der Kostenregelung für das vorinstanzliche Verfahren aus dem Beschwerdeverfahren entlassen hat. Die EG Gampelen hat nicht Stellung genommen, während die BVE mit Vernehmlassung vom 27. Oktober 2016 auf Abweisung des Rechtsmittels schliesst.

Der Instruktionsrichter hat in der Folge die Akten vervollständigen lassen. C._____ hat sich nochmals geäußert und an ihren Anträgen festgehalten; die BVE hat auf weitere Ausführungen verzichtet. Mit Schreiben vom 30. Januar 2017 hat die EG Gampelen mitgeteilt, sie äussere sich nicht zur Beschwerdesache.

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. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Baugesuchstellerin durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 40 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Auf das form- und fristgerecht eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten (vgl. in Bezug auf das Eventualbegehren hinten E. 3).

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

2.

2.1 Die beiden Parzellen befinden sich an einer Hanglage östlich des Dorfzentrums von Gampelen und gehören zu einem kleineren Siedlungsgebiet. Das Mehrfamilienhaus soll in der obersten Häuserreihe zu stehen kommen und wird eine Lücke zwischen zwei bestehenden Einfamilienhäusern schliessen. Die Vorinstanz hat den Bauabschlag damit begründet, dass das Vorhaben die zulässige Gebäudehöhe um 20 cm überschreite, unabhängig davon, ob das Projekt vom Hangzuschlag nach dem Bau- und Nutzungsreglement vom 18. Juni 2010 der EG Gampelen (nachfolgend: BNR) profitieren könne. Denn nach der Vorinstanz hätte die rohe Betonbodenplatte des Erdgeschosses, die aus dem fertigen Terrain rage, in die Höhenberechnung miteinbezogen werden müssen.

2.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Betonbodenplatte gemäss den Bauplänen über dem fertigen Terrain liege, sei lediglich einer plantechischen Ungenauigkeit zuzuschreiben. Es sei aus ästhetischen Gründen selbstverständlich, dass diese «möglichst im Terrain versinken (...) und nicht optisch auf diesem aufliegen sollte». Die Beurteilung der BVE komme daher einem formalistischen Planverständnis gleich.

2.3 Die maximal zulässige Gebäudehöhe in der Wohnzone beträgt 7 m. Wenn die Hangneigung innerhalb des Gebäudegrundrisses – in der Falllinie gemessen – mehr als 15 % beträgt, wird talseits ein sog. Hangzuschlag von 2,5 m gewährt (Art. 17 BNR). Die Gebäudehöhe ist der Höhenunterschied zwischen dem gewachsenen Boden und Oberkant offene oder geschlossene Brüstung bei Flachdächern. Sie wird in der Mitte der Fassade und nur berg- sowie talseitig gemessen, wenn die Hangneigung innerhalb des Gebäudegrundrisses 10 % und mehr beträgt (Ziff. 3.2.1 f. Anhang I Definitionen und Messweisen zum BNR [nachfolgend: Anhang I]). Für die Definition des gewachsenen Bodens verweist Ziff. 3.2.1 des Anhangs I auf Art. 97 BauV in der bis zum 31. Juli 2011 gültigen Fassung (GS 1985

S. 106 ff., 136 f.; im Folgenden aArt. 97 BauV). Diese Norm wurde mit Inkrafttreten der Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3) per 1. August 2011 zwar aufgehoben (Art. 35 und 36 BMBV). Da die EG Gampelen die Bestimmungen der BMBV noch nicht umgesetzt hat, bleibt aArt. 97 BauV mit der dazu ergangenen Rechtsprechung aber weiterhin massgebend (Art. 34 Abs. 2 BMBV). Demnach gilt als gewachsener Boden grundsätzlich das Terrain, wie es vor Baubeginn besteht. Wird es abgegraben, so wird vom fertigen Terrain aus gemessen, wenn es tiefer liegt als das ursprüngliche (aArt. 97 Abs. 1 und 3 BauV).

2.4 Das Terrain wird hier abgegraben und tiefer liegen als das ursprüngliche (Plan vom 14.3.2016 Schnitte AA – BB, Vorakten BVE [nachfolgend: act. 4A] Beilage zu pag. 26 f.). Es ist folglich vom fertigen Terrain aus zu messen, womit die massgebende Gebäudehöhe 9,715 m beträgt. Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, ist die Gebäudehöhe selbst unter Berücksichtigung eines allfälligen Hangzuschlags überschritten. Die Beschwerdeführerin kann sich für die Einhaltung der vorgeschriebenen Gebäudehöhe nicht auf eine «plantechnische Ungenauigkeit» berufen: Die von der Bauherrschaft eingereichten Pläne sind für die Beurteilung des Bauprojekts massgebend. Es liegt in ihrer Verantwortung, korrekte und widerspruchsfreie Pläne einzureichen (vgl. allgemein Art. 34 BauG i.V.m. Art. 10 ff. des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]; VGE 2016/93 vom 12.12.2016 E. 3.2 [noch nicht rechtskräftig]; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 34 N. 19a u.a. mit Hinweis auf VGE 2011/291 vom 8.6.2012 E. 3.3.3, 22473 vom 25.1.2006 E. 5.2). Die BVE hat somit den Gesamtentscheid zu Recht aufgehoben.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beantragt im Eventualbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur Prüfung der als Beilage eingereichten Projektänderung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, vor Verwaltungsgericht seien Pro-

Projektänderungen ausgeschlossen; ohnehin sei es unzulässig eine Projektänderung mittels Eventualantrag zum Gegenstand des Verfahrens zu machen, weshalb darauf nicht einzugehen sei.

3.2 Im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht sind Projektänderungen ausgeschlossen (Art. 43 Abs. 4 Satz 1 BewD). Das bedeutet, dass entscheidungswesentliche nachträgliche Änderungen im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens nicht erstmals durch das Verwaltungsgericht als verwaltungsunabhängige und zudem nur mit beschränkter Überprüfungsbefugnis ausgestattete (vorne E. 1.2) Verwaltungsjustizbehörde beurteilt werden dürfen (BVR 1993 S. 388 [VGE 18502/18526 vom 26.10.1992] nicht publ. E. 6a; VGE 21291 vom 17.5.2002 E. 3b). Vorbehalten bleibt aber die Befugnis des Verwaltungsgerichts, die Sache zwecks Prüfung einer Projektänderung an die Vorinstanz zurückzuweisen oder das Beschwerdeverfahren durch Vergleich zu erledigen (Art. 43 Abs. 4 Satz 2 BewD). Allerdings ist Voraussetzung für ein solches Vorgehen, dass das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde überhaupt eintreten kann. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind die Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt, wenn der vorinstanzliche Bauabschlag akzeptiert und nur die Prüfung einer Projektänderung verlangt wird (VGE 2011/329 vom 30.8.2011, 2009/2 vom 31.3.2009 E. 1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 13b). Vorliegend sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt (vorne E. 1.1) und hat die Beschwerdeführerin insoweit prozessual korrekt im Hauptbegehren die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangt und den Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die BVE gestellt.

3.3 Es trifft zwar zu, dass es grundsätzlich unzulässig ist, eine Projektänderung mittels Eventualbegehren in das Baubewilligungs- oder Beschwerdeverfahren einzubringen, denn die Eigenheiten des Baubewilligungsverfahrens lassen verschiedene sich gegenseitig ausschliessende Bauvorhaben nicht zu einer gleichzeitig erfolgenden Prüfung zu; das ursprüngliche Vorhaben wird durch das geänderte ersetzt (BVR 2012 S. 463 E. 2.2, 1989 S. 400 E. 2b; VGE 2012/99 vom 5.7.2013 E. 1.6, 22013 vom 28.11.2005 E. 7.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 13c). Diese Rechtsprechung wurde gestützt auf die am 11. September 1984 ergänzte Fassung von Art. 44 des Bewilligungsdekrets vom 10. Februar 1970 entwi-

ckelt (GS 1984 S. 125; Ergänzung mit neuen Abs. 3 und 4), der die Befugnis des Verwaltungsgerichts, die Sache zur Prüfung einer Projektänderung an die Vorinstanz zurückzuweisen, noch nicht kannte (heute Art. 43 Abs. 4 Satz 2 BewD; VGE 21291 vom 17.5.2002 E. 3c). Zeigt die Bauherrschaft aber wie vorliegend in Form eines Eventualbegehrens die Bereitschaft, ihr Projekt vor der Vorinstanz anzupassen, wird nicht vor Verwaltungsgericht eine Projektänderung eingereicht, die das ursprüngliche Vorhaben ersetzen würde, und nicht verlangt, das Verwaltungsgericht habe die Bewilligung – eventualiter – unter Berücksichtigung der eingereichten Projektänderung selber zu erteilen (vgl. VGE 2012/99 vom 5.7.2013 E. 1.6). Mit einem solchen Begehren wird einzig auf die in Art. 43 Abs. 4 BewD verankerte Ermächtigung des Verwaltungsgerichts Bezug genommen und darum ersucht, für den Fall, dass das ursprüngliche Projekt nicht bewilligungsfähig wäre, sei die Sache an die BVE zurückzuweisen, damit *dort* eine Projektänderung eingereicht werden könne. Erst vor der BVE würde das ursprüngliche Projekt aufgegeben und das geänderte Projekt gestützt auf ein vorschriftkonformes Gesuch an seine Stelle treten. Eventualbegehren mit dieser Zielsetzung sind zulässig (VGE 21291 vom 17.5.2002 E. 3c). – Das Begehren der Beschwerdeführerin entspricht diesen Anforderungen. Sie reicht zwar neue Pläne ein, illustriert damit aber nur mögliche Änderungen. Mit Blick auf die für eine solche Rückweisung zu beurteilenden materiellen Voraussetzungen (vgl. E. 4 hiernach) ist eine Veranschaulichung denn auch sinnvoll. Auf die Beschwerde ist auch insoweit einzutreten.

4.

4.1 Eine Rückweisung setzt voraus, dass die beabsichtigten Änderungen den Rahmen einer Projektänderung nicht sprengen, d.h. das Bauvorhaben nicht in seinen Grundzügen verändern (Art. 43 Abs. 1 BewD; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 12a mit Hinweisen). Ein Rechtsanspruch auf Rückweisung besteht nicht; der Entscheid liegt vielmehr im Ermessen des Gerichts. Sinnvoll ist die Rückweisung nur, wenn die Aussicht besteht, dass die Projektänderung bewilligt werden kann (BVR 2012 S. 74 E. 4.3.3; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 13b). – Letzteres bestreitet die Beschwerdegegnerin.

4.2 Die Beschwerdeführerin reicht vor Verwaltungsgericht u.a. den neuen Plan «Schnitte BB» vom 19. Oktober 2016 ein, nach welchem die Betonbodenplatte im fertigen Terrain integriert wäre (act. 3A Beilage 4). Damit wird der Umfang einer Projektänderung eingehalten, ändert sich doch weder an der Dimension noch der äusseren Gestaltung des Baukörpers etwas. Die Gebäudehöhe beträgt nach diesem Plan 9,5 m und hält das zulässige Mass ein, sofern der Hangzuschlag von 2,5 m beansprucht werden kann. Wie bereits die Vorinstanz erwogen hat, kann die Hangneigung aufgrund der Pläne aber nicht eindeutig beurteilt werden. Selbst nach den Berechnungen der Beschwerdeführerin beträgt sie nur wenig mehr als 15 %. Eine fachliche Überprüfung der Angaben im Projektänderungsplan unter Einbezug der Stellungnahme der D._____ AG vom 17. Oktober 2016 (act. 1C Beilage 3) bspw. durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) ist daher nötig. Dies wäre bereits im vorinstanzlichen Verfahren angezeigt gewesen. Denn auch der BVE, die den Bauabschlag einzig mit der Überschreitung der Gebäudehöhe begründet hat, musste klar sein, dass dieser Mangel durch eine zusätzliche Aufschüttung des Terrains um 20 cm auf einfache Weise behoben werden könnte.

4.3 Es ist nicht zum vorneherein ausgeschlossen, dass das Vorhaben mit der Projektänderung bewilligt werden kann. Die aus Sicht der Beschwerdegegnerin dagegen sprechenden weiteren Aspekte (Zonenkonformität und Grösse der Aufenthaltsbereiche und Spielplätze, Einordnung in das Orts- und Landschaftsbild sowie geologische Verhältnisse) hat die Vorinstanz nicht oder nicht abschliessend beurteilt. Es ist nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, sich als letzte und einzige kantonale Instanz zu diesen Punkten zu äussern. Der angefochtene Entscheid ist nach dem Gesagten aufzuheben und die Sache an die BVE zurückzuweisen, welche die Hangneigung sowie die weiteren Rügen zu prüfen und allfällige Instruktionmassnahmen zu treffen hat (vgl. auch VGE 21197 vom 7.6.2001 E. 3b f.), nachdem sie der Beschwerdeführerin Gelegenheit für eine Projektänderung gegeben und die Anhörungsrechte nach Art. 43 Abs. 3 BewD gewährt hat.

5.

Die Beschwerdeführerin dringt mit ihren Anträgen insoweit durch, als der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Hingegen kann der Entscheid des Regierungsstatthalteramts nicht bestätigt werden. Da sich das streitige Projekt in der vom Verwaltungsgericht zu beurteilenden Ausgestaltung nicht an die massgeblichen Vorschriften hält, wäre an sich vielmehr der Bauabschlag zu bestätigen. Davon wird vorliegend nur abgesehen, weil sich die Rückweisung an die Vorinstanz zur Beurteilung der angekündigten Projektänderung sowie der übrigen offenen Streitpunkte rechtfertigt. Die Beschwerdeführerin ist deshalb, abweichend von der Praxis bei Rückweisungen mit offenem Verfahrensausgang (BVR 2016 S. 222 E. 4.1), als in der Sache unterliegende Partei zu behandeln. Hätte sie das Projekt bereits im Verfahren vor der BVE geändert, wäre dies als (teilweises) Unterziehen zu werten gewesen, weshalb sie insofern als unterliegend gegolten hätte (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 2). Die Beschwerdeführerin hat davon abgesehen und stattdessen erst im Verfahren vor Verwaltungsgericht die Rückweisung der Sache zur Prüfung einer Projektänderung verlangt. Wegen ihres prozessualen Verhaltens hat sie die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 VRPG; vgl. zum Ganzen VGE 21291 vom 17.5.2002 E. 7).

6.

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. 4.1), ist die Beschwerde aber nur zulässig, wenn eine der zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt ist.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird dahin gutgeheissen, dass der Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 16. September 2016 aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf Fr. 4'536.-- (inkl. Auslagen und MWSt), zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - der Beschwerdegegnerin
 - der Einwohnergemeinde Gampelen
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bernund mitzuteilen:
 - dem Regierungsstatthalteramt Seeland

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.