

100.2022.45U  
HAM/BIM/SPR

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 1. März 2023**

Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Abteilungspräsidentin  
Verwaltungsrichter Daum, Verwaltungsrichter Häusler  
Gerichtsschreiberin Bickel

**A. \_\_\_\_\_ AG**  
vertreten durch Rechtsanwalt ...  
Beschwerdeführerin

gegen

**Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern**  
Rechtsamt, Reiterstrasse 11, 3013 Bern

und

**Einwohnergemeinde Bern**  
Bauinspektorat, Bundesgasse 38, Postfach, 3001 Bern

betreffend Baubewilligung; Dachterrasse mit Treppenaufgang (Entscheid  
der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 12. Januar 2022;  
BVD 110/2021/63)



## **Prozessgeschichte:**

### **A.**

Die A.\_\_\_\_\_ AG ist Eigentümerin der in der Wohnzone (Bauklasse 4) gelegenen Parzelle Bern ... (.../...) Gbbl. Nr. 1\_\_\_\_\_. Die Parzelle ist mit einem viergeschossigen Wohn- und Geschäftshaus überbaut. Mit Baugesuch vom 18. Juli 2018 beantragte die A.\_\_\_\_\_ AG bei der Einwohnergemeinde (EG) Bern die Bewilligung für die Anpassung der Raumaufteilung sowie für eine Dachterrasse mit Treppenaufgang und stellte ein Ausnahmegesuch für das Unterschreiten des Gebäudeabstands. Mit Entscheid vom 10. März 2021 erteilte die EG Bern die Baubewilligung für die Anpassung der Raumaufteilung und verweigerte sie für die Dachterrasse mit Treppenaufgang (Teilbauabschlag).

### **B.**

Gegen diesen Entscheid reichte die A.\_\_\_\_\_ AG am 6. April 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Mit Entscheid vom 12. Januar 2022 wies die BVD die Beschwerde ab.

### **C.**

Dagegen hat die A.\_\_\_\_\_ AG am 14. Februar 2022 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, der Entscheid der BVD vom 12. Januar 2022 sei aufzuheben und das Baugesuch sei vollständig, das heisst inklusive Dachterrasse mit Treppenaufgang und Absturzsicherung/Geländer zu bewilligen. Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die BVD schliesst mit Vernehmlassung vom 24. Februar 2022 auf Abweisung der Beschwerde. Die EG Bern hat sich mit Stellungnahme vom 17. März 2022 zur Sache geäußert, ohne einen Antrag zu stellen. Mit Eingaben vom 24. März und 27. April 2022 hat die A.\_\_\_\_\_ AG weitere

Unterlagen bzw. eine Projektänderung eingereicht, Sie beantragt mit Schreiben vom 28. Juni 2022, die Sache sei zwecks Prüfung der eingereichten Projektänderung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dazu haben sich die BVD und die EG Bern mit Eingaben vom 22. Juli bzw. 9. Juni 2022 geäußert. Mit Stellungnahme vom 22. August 2022 hat die A. \_\_\_\_\_ AG daraufhin vorgeschlagen, auf eine Rückweisung zu verzichten und einen Entscheid in der Sache zu fällen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass dem angepassten Projekt aus Sicht der BVD nichts mehr entgegenstehe. Die EG Bern und die BVD haben auf eine weitere Stellungnahme verzichtet.

### **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 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]). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**1.2** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

#### **2.**

Die Beschwerdeführerin hat im verwaltungsgerichtlichen Verfahren angepasste Pläne eingereicht.

**2.1** Wird in einem laufenden baurechtlichen Verfahren eine Projektänderung im Sinn von Art. 43 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1) eingereicht, tritt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts das geänderte Projekt an die Stelle des ursprünglichen Bauvorhabens (vgl. BVR 2012 S. 463 E. 2.2; VGE 2021/65 vom 19.10.2022 E. 4.4; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 5. Aufl. 2020, Art. 32-32d N. 13c). Vor Verwaltungsgericht sind Projektänderungen indessen ausgeschlossen (Art. 43 Abs. 4 Satz 1 BewD). Entscheidwesentliche nachträgliche Änderungen im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens sollen nicht erstmals durch das Verwaltungsgericht als verwaltungsunabhängige und zudem nur mit beschränkter Kognition ausgestattete (vorne E. 1.2) Verwaltungsjustizbehörde beurteilt werden (vgl. VGE 2021/65 vom 19.10.2022 E. 4.1, 2016/292 vom 4.7.2017 E. 3.2). Vorbehalten bleibt die Befugnis des Verwaltungsgerichts, die Sache zwecks Prüfung einer Projektänderung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 43 Abs. 4 Satz 2 BewD; hinten E. 6.1).

**2.2** Es ist unklar, ob die Beschwerdeführerin mit dem Einreichen der abgeänderten Pläne das ursprüngliche Vorhaben im Umfang der Änderung ersetzen wollte (vorne Bst. C). Aufgrund der ebenfalls nicht eindeutigen Anträge kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie das ursprüngliche Projekt aufgeben wollte (zu den Anforderungen an die Abstandserklärung Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 39 N. 7). Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bleibt somit in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Vorinstanz die Baubewilligung für das ursprüngliche Bauvorhaben zu Recht verweigert hat, indem sie den Entscheid der EG Bern vom 10. März 2021 bestätigt hat. Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, die von ihr erstmals vor Verwaltungsgericht vorgebrachten Projektänderungen seien dabei zu berücksichtigen, ist dies nach dem Gesagten nicht Sache des Verwaltungsgerichts. Ob die Anpassungen am hier zu beurteilenden Projekt eine Rückweisung an die Vorinstanz rechtfertigen, ist hier nur zu prüfen, wenn sich das ursprünglich eingereichte Bauprojekt als nicht bewilligungsfähig erweist (hinten E. 6).

### 3.

Die Beschwerdeführerin plant, auf dem bestehenden viergeschossigen Wohn- und Geschäftshaus auf der Parzelle Nr. 1 \_\_\_\_\_ (...weg ...) eine Dachterrasse mit Geländer und einen dazugehörigen Treppenaufgang zu errichten. Die Parzelle der Beschwerdeführerin grenzt im Süden an den ...weg und im Norden an die Parzelle Bern ... Gbbl. Nr. 2 \_\_\_\_\_, wobei der Gebäudeteil, auf dem die Dachterrasse vorgesehen ist, einen Grenzabstand von 9,75 m zur nördlichen Parzellengrenze einhält (Bericht des Stadtbauinspektors vom 30.7.1965, Baubewilligungsakten Baukontroll-Nr. 160/1965, Akten Gemeinde 3G4 pag. 1). Im Westen ist die Liegenschaft mit dem auf der Parzelle Bern ... Gbbl. Nr. 3 \_\_\_\_\_ stehenden Gebäude zusammengebaut. Im Osten reicht das Gebäude der Beschwerdeführerin bis an die Grundstücksgrenze (vgl. zum Ganzen Geoportal des Kantons Bern, Basiskarte, einsehbar unter: <[www.geo.apps.be.ch](http://www.geo.apps.be.ch)>). Auf dem Dach besteht eine Aufbaute für den Lift, die bereits heute den Gebäudeabstand zum nördlichen Nachbargebäude um 1,25 m unterschreitet. Ein Zugang zum Dach besteht für die Bewohnerinnen und Bewohner heute nicht. Das Projekt sieht vor, dass die Dachterrasse sowohl mit dem Lift als auch über eine Verlängerung der bestehenden Treppe zugänglich ist. Der Treppenaufgang soll direkt neben der bestehenden Liftaufbaute bündig an die Nordfassade gebaut werden und kommt dadurch teilweise innerhalb des unterschrittenen Gebäudeabstands zu liegen. Der bestehende Liftaufbau von bislang weniger als 2 m Breite soll auf 4,4 m verbreitert und der Treppen- und Liftaufbau 3,57 m tief werden. Geplant ist weiter, dass der Liftaufbau um 70 cm erhöht und das Geländer der Dachterrasse allseitig um 1,48 m vom Fassadenrand zurückversetzt wird (Projektplan «Grundrisse» und «Gebäudeschnitt und Fassaden», je vom 18.7.2018, Akten Gemeinde 3H Beilagen zu pag. 17 ff.).

### 4.

**4.1** Es ist unbestritten, dass der Gebäudeabstand zum nördlichen Nachbargebäude um 1,25 m unterschritten wird und der geplante Treppenaufgang sowie die Änderungen am Liftaufbau teilweise innerhalb dieses Gebäudeabstands liegen (Beschwerde Rz. 11 f. und 22). Ebenso wenig bestreitet

die Beschwerdeführerin, dass die Verbreiterung und Erhöhung des bestehenden Liftaufbaus die Rechtswidrigkeit des bereits unterschrittenen Gebäudeabstands verstärkt. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz sind auch für das Verwaltungsgericht nachvollziehbar (angefochtener Entscheid E. 10b ff.). Strittig und zu prüfen ist demgegenüber, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Gebäudeabstands gegeben sind.

**4.2** Gemäss Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen kantonalen und kommunalen Bauvorschriften gewährt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden (Abs. 1). Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen (Abs. 2). Die Ausnahmegewilligung bedeutet, dass von einer allgemein gehaltenen Bestimmung aus besonderen Gründen des Einzelfalls abgewichen werden darf. Dabei geht es um die Behebung einer unverhältnismässigen Härte oder offensichtlichen Unzweckmässigkeit. Als besondere Verhältnisse kommen sowohl objektive Besonderheiten (Lage der Parzelle, Beschaffenheit des Baugrunds, technisch bedingte Ausnahmesituationen usw.) wie auch solche in Frage, die in den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Person begründet sind (z.B. Bedürfnisse einer behinderten Person; BVR 2020 S. 502 E. 3.2). Der Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung des Grundstücks oder einer einfach besseren Lösung sowie wirtschaftliche Gründe stellen keinen Ausnahmegrund dar, denn sie können praktisch in jedem Fall angeführt werden (zum Ganzen BVR 2015 S. 425 E. 5.1, 2009 S. 87 E. 4.4.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 5). Eine Ausnahmegewilligung rechtfertigt sich zudem nicht, wenn zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen (BVR 2015 S. 425 E. 5.7, 2006 S. 145 E. 5.1.2).

**4.3** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Verlängerung des Treppenhauses auf das Dach könne an keinem anderen Ort realisiert werden. Mit der geplanten Dachterrasse solle das Gebäude aufgewertet werden, um dem Quartier ein zeitliches Aussehen zu geben. Sie wolle zudem der Berner Bevölkerung eine Immobilie für bezahlbare Mieten zur Verfügung stellen. Eine Aufstockung des Gebäudes werde derzeit zwar nicht angestrebt, sei zu einem späteren Zeitpunkt aber auch nicht ausgeschlossen. Ein neuer Aufzug

sei auch ohne Aufstockung unumgänglich. Den Aufzug später zu verlängern, würde viel mehr kosten, weshalb bereits heute für eine spätere Aufstockung vorgesorgt werden müsse. Das Unterschreiten des Gebäudeabstands auf der Nordseite beeinträchtigt zudem weder private noch öffentliche Interessen (Beschwerde Rz. 22 f.).

**4.4** Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin mit der Dachterrasse und dem dafür erforderlichen Treppenaufgang lediglich ihr Gebäude möglichst intensiv auszunützen wolle. Es gehe insofern um den Wunsch nach einer Ideallösung. Insbesondere die Tatsache, dass sämtliche Wohnungen bereits jetzt über einen eigenen Balkon verfügten bzw. in Zukunft die Möglichkeit bestehe, Balkone auf der Nordseite des Gebäudes anzubauen, würden gegen die Argumente der Beschwerdeführerin sprechen, das Gebäude mit der Dachterrasse aufwerten zu müssen. Besondere Verhältnisse seien deshalb nicht gegeben (angefochtener Entscheid E. 10e).

**4.5** Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden: Es ist nicht ersichtlich, warum der Aufgang zur Dachterrasse nicht an einem anderen Ort gebaut werden kann; insofern ist hier nicht von einer technisch bedingten Ausnahmesituation auszugehen. So bringt auch die Beschwerdeführerin nur wirtschaftliche Gründe vor, weshalb die Verlängerung des Treppenhauses und des Aufzugs am vorgesehenen Ort erstellt werden müsse. Eine andere (zumutbare) Lösung, die keiner Ausnahmegewilligung bedarf, ist deshalb nicht ausgeschlossen. Dass die Dachterrasse mit einem Lift erreichbar sein muss, ist auch nicht zwingend. Wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat, sind deshalb keine besonderen Gründe erkennbar, die eine Ausnahme vom Gebäudeabstand rechtfertigen würden. Wie es sich verhält, wenn die Beschwerdeführerin das Wohn- und Geschäftshaus aufstocken möchte, braucht hier nicht entschieden zu werden.

**4.6** Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang geltend macht, die Gemeinde habe den Vertrauensgrundsatz verletzt, da sie ihr eine Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Gebäudeabstands zugesichert habe (Beschwerde Rz. 11), kann ihr nicht gefolgt werden. Das städtische Bauinspektorat hat die Beschwerdeführerin im Baubewilligungsverfahren lediglich darauf aufmerksam gemacht, dass das Bauvorhaben einer Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Gebäudeabstands – und nicht

des Grenzabstands – bedarf (E-Mailkorrespondenz vom 7.1.-17.2.2020, act. 1C). Dass das Bauinspektorat eine entsprechende Ausnahmegewilligung in Aussicht gestellt hat, ist aus den Akten nicht ersichtlich.

**4.7** Im Übrigen ist – entgegen der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 19) – im abweisenden Entscheid der Vorinstanz keine (unzulässige) reformatio in peius zu erblicken. Denn die Beschwerdebehörde verstösst nicht gegen das Schlechterstellungsverbot, wenn sie das Rechtsmittel mit anderer Begründung – hier mit dem Unterschreiten des Gebäudeabstands – als die Vorinstanz abweist (sog. Motivsubstitution; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 17).

**4.8** Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Bauvorhaben als nicht bewilligungsfähig beurteilt hat; denn es liegen keine besonderen Verhältnisse vor, die eine Ausnahme für das Unterschreiten des Gebäudeabstands rechtfertigen würden (zur Baubewilligungsfähigkeit der Projektänderung vgl. E. 6 hinten).

## **5.**

Bei diesem Ergebnis ist nicht weiter zu prüfen, ob die Baubewilligung auch wegen Unterschreitens des Grenzabstands auf der Ostseite zu verweigern wäre. Damit kann offenbleiben, ob die Praxis der Gemeinde, wonach für Absturzsicherungen von Dachterrassen die Grenzabstände für vorspringende Gebäudeteile bzw. offene Bauteile anwendbar sind (vgl. Art. 37 Abs. 1 Bst. a der Bauordnung der Stadt Bern vom 24. September 2006 [BO; SSSB 721.1] in der Fassung vom 1.6.2015), rechtlich haltbar ist (vgl. zu diesem Beurteilungsmassstab statt vieler BVR 2019 S. 15 E. 3.2 mit Hinweisen). Zum Grenzabstand auf der Ostseite ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass – entgegen der Vorinstanz (angefochtener Entscheid E. 8b) – eine einseitige Aufstockung von zusammengebauten Gebäuden nicht schon deshalb zulässig ist, weil der Zusammenbau von Gebäuden nach geltendem Recht gestattet ist. Es ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die kommunalen Vorschriften zum Gebäude- und Grenzabstand eine einseitige Aufstockung erlauben (vgl. dazu BVR 2023 S. 25 E. 5.2 f.).

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführerin hat vor Verwaltungsgericht angepasste Pläne eingereicht (vorne Bst. C.; zu deren Tragweite vorne E. 2). Das Verwaltungsgericht kann eine Sache zwecks Prüfung einer Projektänderung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Rückweisung setzt voraus, dass die beabsichtigten Änderungen den Rahmen einer Projektänderung – wie hier – nicht sprengen (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 BewD; E. 6.2 hiernach). Zudem wird vorausgesetzt, dass die Bauherrschaft zwecks Prüfung einer Projektänderung einen Rückweisungsantrag stellt oder zumindest erklärt hat, hierzu bereit zu sein, was hier ebenfalls zutrifft. Ein Rechtsanspruch auf Rückweisung besteht nicht; der Entscheid liegt vielmehr im Ermessen des Gerichts. Sinnvoll ist die Rückweisung nur dann, wenn die Aussicht oder zumindest die Möglichkeit besteht, dass die Projektänderung bewilligt werden kann (BVR 2012 S. 74 E. 4.3.3; VGE 2021/65 vom 19.10.2022 E. 4.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 13b). Strittig ist die Frage, ob der Treppen- und Liftaufbau mit den baulichen Änderungen voraussichtlich bewilligungsfähig wäre, was nachfolgend zu prüfen ist.

**6.2** Gegenüber dem ursprünglichen Projekt ist gemäss den neuen Planunterlagen das Dachgeländer ostseitig um 3 m zurückversetzt. Der bestehende Liftaufbau soll abgebrochen und durch einen neuen vertikalen Aufbau ersetzt werden, wobei aus den Projektplänen nicht klar hervorgeht, ob der bestehende Liftschacht erhalten bleiben soll. Der Treppenaufbau soll mit einer Dachneigung von 45 Grad realisiert werden. Der neue Aufbau würde dadurch im Bereich des unterschrittenen Gebäudeabstands – also innerhalb von 1,25 m von der Fassade aus gemessen – weniger hoch als der bestehende Aufbau. Dafür wäre der neue Aufbau in diesem Bereich entlang der Nordfassade aber etwas länger (Projektpläne vom 23.3.2022, act. 7A).

**6.3** Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass die Rechtswidrigkeit auch beim geänderten Vorhaben verstärkt und die Projektänderung deshalb nicht bewilligt werden könnte (Stellungnahme vom 22.7.2022, act. 14). Davon geht auch das Verwaltungsgericht aus: Das angepasste Bauvorhaben sieht zwar vor, dass der neue Treppen- und Liftaufbau im Bereich des unterschrittenen Gebäudeabstands weniger hoch würde als der bestehende und der ursprünglich projektierte Aufbau entlang der Nordfassade in östlicher Richtung

dafür länger; mithin würde der bestehende Liftaufbau nicht nur rückwärtig – also auf der von der Nordfassade abgewandten Seite zur Dachterrasse hin – erweitert. Auch beim geänderten Bauvorhaben würde die Rechtswidrigkeit des bereits unterschrittenen Gebäudeabstands verstärkt, da sich der neue Aufbau mit dem Treppenaufgang zur Dachterrasse immer noch im Gebäudeabstand befände. Die Verlängerung des Aufbaus, ohne die ein Treppenaufgang zur Dachterrasse wie hier projiziert nicht möglich wäre, führte letztlich dazu, dass die durch die Bauabstände geschützten Interessen stärker beeinträchtigt würden (vgl. dazu BVR 1988 S. 60 E. 2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 4a). Somit könnte sich die Beschwerdeführerin auch für die Projektänderung nicht auf die Besitzstandsgarantie berufen und bedürfte deshalb für ihr Bauvorhaben einer Ausnahmegewilligung. Die vor Verwaltungsgericht eingereichten Projektanpassungen vermögen aber keinen Ausnahmegrund für das Unterschreiten des Gebäudeabstands zu begründen, zumal auch die Beschwerdeführerin diesbezüglich keine neuen Argumente vorbringt und eine andere planerische Lösung für einen Zugang zum Dach möglich erscheint (vorne E. 4.3 und 4.5). Auf eine Rückweisung zwecks Prüfung einer Projektänderung an die Vorinstanz ist deshalb zu verzichten.

## 7.

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'500.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - Beschwerdeführerin
  - Einwohnergemeinde Bern
  - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern

Die Abteilungspräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung 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.