

ENTSCHEID  
DER  
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/33

Bern, 31. Mai 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**\_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**\_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin 2

Herrn **C.**\_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer 3

Herrn **D.**\_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer 4



alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ und

Herrn **F.**\_\_\_\_\_  
Beschwerdegegner 1

Frau **G.**\_\_\_\_\_  
Beschwerdegegnerin 2

alle vertreten durch Frau Fürsprecherin H.\_\_\_\_\_

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ittigen, Gemeindeverwaltung, Rain 7,  
Postfach 226, 3063 Ittigen**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ittigen vom  
5. Februar 2016 (Baugesuch Nr. 2014/101; Aufstockung Einfamilienhaus, Anbau  
Aussentreppe)

## I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegner reichten am 9. Oktober 2014 bei der Gemeinde Ittigen ein Baugesuch ein für die Aufstockung des bestehenden Einfamilienhauses zu einem Zweifamilienhaus sowie den Anbau einer Aussentreppe auf der Parzelle Ittigen Grundbuchblatt Nr. I.\_\_\_\_\_. Mit Schreiben vom 26. November 2015 reichten die Beschwerdegegner eine Projektänderung ein.<sup>1</sup> Die Parzelle liegt in der Wohnzone W2. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderem die Beschwerdeführenden Einsprache.

Mit Gesamtentscheid vom 5. Februar 2016 erteilte die Gemeinde Ittigen den Beschwerdegegnern die Baubewilligung.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 9. März 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Gesamtentscheides vom 5. Februar 2016 und die Erteilung des Bauabschlages, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz. Sie machen insbesondere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, der Ästhetikvorschriften, des grossen Grenzabstandes sowie der Vorschriften über die Abstellplätze für Motorfahrzeuge geltend. Sie rügen zudem, die Gebäudehöhe werde ohne zulässigen Grund für eine Ausnahme überschritten und die Baubeschränkungsdiensbarkeit bzw. vertragliche Verpflichtungen würden verletzt.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet<sup>2</sup>, edierte die Vorakten und führte den Schriftenwechsel durch. Auf die Rechtsschriften und Stellungnahmen wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

---

<sup>1</sup> Pag. 159 Vorakten.

<sup>2</sup> Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191).

## II. Erwägungen

### 1. Prozessvoraussetzungen

Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG<sup>3</sup>. Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG<sup>4</sup> innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Einsprache abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

### 2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden rügen, die Gemeinde habe ihnen nach Einreichung der Baueinsprache vom 4. Dezember 2014 weder die eingeholten Fachberichte zur Stellungnahme übermittelt, noch habe sie die Beschwerdeführenden über die Anpassung der Baubeschränkungsdienstbarkeit in Kenntnis gesetzt. Sie hätten sich zudem vor Erlass des Bauentscheides nicht zu diesen Unterlagen äussern können. Einzige Ausnahme bilde die Einladung, zur eingereichten Projektänderung Stellung zu nehmen. Selbst nach Zustellung der Baubewilligung hätten sie um ihr Akteneinsichtsrecht kämpfen müssen, da die Gemeinde auf das Akteneinsichtsgesuch vom 19. Februar 2016 ablehnend reagiert habe. Erst aufgrund des zweiten Schreibens vom 22. Februar 2016 seien ihnen die erforderlichen Unterlagen doch noch zugestellt worden. Die Gemeinde behauptet nicht, den Beschwerdeführenden die erwähnten Dokumente vor dem Bauentscheid zugestellt und sie zu Schlussbemerkungen aufgefordert zu haben. Sie verweist einzig auf das

---

<sup>3</sup> Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

<sup>4</sup> Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721).

gewährte Akteneinsichtsrecht nach Erlass des Bauentscheides. Es ist daher davon auszugehen, dass die Behauptungen der Beschwerdeführenden zutreffen, zumal sie diese mit der Korrespondenz zwischen ihr und der Gemeinde untermauert.<sup>5</sup>

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein Teilaspekt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens von Art. 29 BV<sup>6</sup>. Als grundlegende Verfahrensgarantie umfasst er insbesondere auch das Recht der Parteien, von jedem eingereichten Aktenstück bzw. jeder Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, und zwar unabhängig davon, ob dieses Aktenstück neue Tatsachen oder Argumente enthält. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob ein Dokument einen Kommentar erfordert.<sup>7</sup> Demnach sind den Parteien im Baubewilligungsverfahren die verfahrensleitenden Verfügungen, die Amts- und Fachberichte sowie die Stellungnahmen der Gegenpartei zuzustellen, so dass diese Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern, sofern sie dies als erforderlich erachten.<sup>8</sup> In jedem Fall muss den Parteien Gelegenheit gegeben werden, zu den Unterlagen schriftlich Stellung zu nehmen.<sup>9</sup>

c) Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Baubewilligungsverfahren steht nur den Parteien im Sinne von Art. 12 VRPG<sup>10</sup> zu. Während der Baugesuchsteller bereits mit der Einreichung des Baugesuches Partei wird (Art. 16 Abs. 1 VRPG), konstituieren sich Dritte erst mit der Einreichung einer Einsprache als Partei (Art. 12 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit Art. 35 BauG).<sup>11</sup> Mit der Einspracheerhebung kam den Beschwerdeführenden Parteistellung zu. Von diesem Zeitpunkt an hätte die Gemeinde ihnen daher sämtliche Fachberichte und die Korrespondenz mit den Beschwerdegegnern zustellen und Gelegenheit zu Schlussbemerkungen geben müssen. Das hat sie nicht (vollständig) getan. Insoweit wurde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden im vorinstanzlichen Verfahren verletzt.

---

<sup>5</sup> Beschwerdebeilagen 2 f; vgl. auch pag. 130 ff. Vorakten.

<sup>6</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>7</sup> BGE 133 I 100, Regeste und E. 4.3 ff.

<sup>8</sup> BVR 2009 S. 328 E. 2.4; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38/39 N. 9b; Urs Eymann, Das rechtliche Gehör im erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren, KPG-Bulletin 2/2006 S. 47 ff.

<sup>9</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38/39 N. 9b.

<sup>10</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

<sup>11</sup> Hans Gruber, Das rechtliche Gehör im Baubewilligungsverfahren, KPG-Bulletin 2/2004 S. 56.

d) Die Beschwerdeführenden rügen zudem die Verletzung der Begründungspflicht. Sie führen zusammenfassend aus, die Gemeinde habe sich im Bauentscheid nicht dazu geäußert, weshalb sie den Individualinteressen der Beschwerdeführenden bei der Prüfung der Ausnahmegewilligung keine Bedeutung beigemessen habe. Bei der Prüfung des Ausnahmegrundes und der ästhetischen Einordnung finde sich nur der Hinweis auf die Stellungnahme der Baupolizei bzw. den Bericht der Fachberatung und deren positive Einschätzung des Vorhabens. Die Abweisung der Einsprache sei damit nicht hinreichend begründet.

e) Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG muss eine Verfügung eine Begründung enthalten. Eine Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.<sup>12</sup>

Die Vorinstanz führte die Argumente der Beschwerdeführenden stichwortartig auf. Bei der Begründung der umstrittenen Punkte verwies sie hauptsächlich auf die Stellungnahme der Baupolizei, welche sich im gleichen Dokument unter Ziffer 4 befindet, und den Bericht der Fachberatung und deren positive Einschätzung des Vorhabens. Sie war nicht verpflichtet, sich mit jedem Argument der Beschwerdeführenden ausdrücklich auseinanderzusetzen. Indem sie in ihrer Begründung auf die Ausführungen der Baupolizei und der Fachberatung verwies und sich deren Ergebnis anschloss, machte sie hinreichend klar, weshalb sie dem Standpunkt der Beschwerdeführenden nicht folgen konnte.<sup>13</sup> Aus den Erwägungen des Bauentscheids geht auch hervor, warum das geplante Vorhaben nach Ansicht der Gemeinde den Vorschriften entspricht. Da Einsprachen im Baubewilligungsverfahren die Funktion von Entscheidungshilfen und nicht von Rechtsmitteln haben, genügen die gemachten Hinweise.<sup>14</sup> Die Begründungspflicht ist daher nicht verletzt.

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gemeinde das rechtliche Gehör verletzt hat, indem sie den Beschwerdeführenden nicht alle Dokumente vor Erlass des

---

<sup>12</sup> BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5 f.

<sup>13</sup> Vgl. BVR 2012 S. 109 E. 2.3.3.

<sup>14</sup> Vgl. VGE 2002.21302/21303U vom 26.9.2002, E. 2d/dd sowie Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38-39 N. 19.

Bauentscheids zugestellt und ihnen keine Gelegenheit zu Schlussbemerkungen eingeräumt hat. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Nur bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung eine Heilung grundsätzlich aus.<sup>15</sup> Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.<sup>16</sup> Im vorliegenden Fall konnten die Beschwerdeführenden die Akteneinsicht vor der Beschwerdeerhebung nachholen, so dass sie die Beschwerde in Kenntnis der Akten erheben konnten. Mit Blick auf den Verfahrensausgang ist nicht ersichtlich, dass den Beschwerdeführenden aufgrund der Heilung der Gehörsverletzung durch die Rechtsmittelinstanz ein Nachteil erwachsen würde. Die Aufhebung des Entscheides mit Rückweisung an die Vorinstanz würde nur zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung führen. Da die BVE über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz verfügt, wird die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt.

### 3. Abstände

a) Die Beschwerdeführenden rügen, das Projekt halte den grossen Grenzabstand nicht ein, da die projektierte Terrasse mehr als 4 m respektive 40 % der Fassadenfläche messe und daher nicht mehr als vorspringender Gebäudeteil im Sinne von Art. 212 Abs. 2 Bst. c Gemeindebaureglement (GBR) gelte und deshalb zum Hauptkörper gerechnet werden müsse. Sie werfen zudem die Frage auf, ob der "grosse Grenzabstand zu den Grundstücken auf der gegenüberliegenden Strassenseite" eingehalten sei.

b) Zu unterscheiden sind der Grenzabstand, der Gebäudeabstand und der Bauabstand gegenüber Strassen: Der Grenzabstand bezeichnet die kürzeste zulässige Entfernung der Fassaden von der Grundstücksgrenze.<sup>17</sup> Der Gebäudeabstand ist die kürzeste Entfernung zwischen zwei Gebäuden und entspricht wenigstens der Summe der Grenzabstände

---

<sup>15</sup> BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16.

<sup>16</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 9.

<sup>17</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 12 N. 8a.

(Art. 144 Abs. 1 und 2 Anhang GBR). Der Strassenabstand betrifft hingegen die von Strassen gegenüber Bauten und Anlagen einzuhaltenden Abstände. Er wird vom Fahrbahnrand gemessen.<sup>18</sup>

c) Das Verwaltungsgericht hat entschieden, dass gesetzliche und reglementarische Bauabstände von öffentlichen Strassen den Grenzabstand zur Strassenparzelle ersetzen und für Bauten, die sich über die Strasse hinweg gegenüberliegen, die Funktion des Gebäudeabstandes erfüllen. Dies gilt auch, wenn dadurch der Abstand kleiner wird als der in der betreffenden Zone sonst erforderliche.<sup>19</sup>

d) Das kantonale Strassengesetz<sup>20</sup> legt die von Bauten und Anlagen einzuhaltenden Abstände fest, behält jedoch gleichzeitig abweichendes kommunales Recht vor (Art. 80 Abs. 1 SG). Das Baureglement der Gemeinde Ittigen verlangt entlang von Detailerschliessungsstrassen einen Abstand von mindestens fünf Metern (212 Abs. 3 GBR). Diese Strassenbaulinie ist im vorliegenden Fall auf dem Geometerplan eingezeichnet. Aufgrund der Verkleinerung des südlichen Balkons mittels Projektänderung vom 26. November 2015 hält das Vorhaben den Strassenabstand ein.<sup>21</sup> Gemäss der oben zitierten Rechtsprechung ersetzt der Strassenabstand den grossen Grenzabstand und den Gebäudeabstand. Daher ist einzig der vorliegend eingehaltene Strassenabstand massgebend. Die von den Beschwerdeführenden erhobene Rüge ist deshalb unbegründet.

#### 4. Anzahl Parkplätze

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die knappen räumlichen Strassenverhältnisse im J. \_\_\_\_\_ liessen ein Parkieren von immer mehr Fahrzeuge nicht zu. Aufgrund der Baueingabe der Beschwerdegegner bestehe ein Parkplatzbedarf von mindestens zwei unabhängig voneinander benutzbaren Parkplätzen. Sie verweisen zudem auf die Vorgaben der Gemeinde gegenüber den Käufern von Parzellen im

---

<sup>18</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 12 N. 15 f.

<sup>19</sup> BVR 2010 S. 507 E. 2.2.2 sowie Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 12 N. 15.

<sup>20</sup> Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11).

<sup>21</sup> Pag. 159 und 197 Vorakten.

J.\_\_\_\_\_, wonach für ein Zweifamilienhaus mindestens zwei Garagen und vier Abstellplätze bereitgestellt werden müssten.

b) Wird durch die Erstellung, die Erweiterung, den Umbau oder die Zweckänderung von Bauten und Anlagen ein Parkplatzbedarf verursacht, so ist dafür auf dem Baugrundstück oder in seiner Nähe eine ausreichende Anzahl von Abstellplätzen zu errichten (Art. 16 Abs. 1 BauG). Art. 49 ff BauV<sup>22</sup> stellt die Regeln auf, wie die Anzahl der Abstellplätze für Motorfahrzeuge und Fahrräder nach den Artikeln 16 und 17 des Baugesetzes zu ermitteln sind (Art. 49 Abs. 1 BauV). Laut Art. 50 Abs. 1 BauV wird die Anzahl der Abstellplätze durch eine Bandbreite begrenzt; innerhalb dieser Bandbreite legt die gesuchstellende Partei die Anzahl fest. Gemäss Art. 51 Abs. 1 Bst. b BauV beträgt die Bandbreite für das Wohnen bei zwei Wohnungen ein bis fünf Abstellplätze.

c) Im Baugesuch sind für die zwei Wohnungen zwei Abstellplätze vorgesehen, davon einer in der Garage und der andere vor der Garage.<sup>23</sup> Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, werden genügend Parkplätze ausgewiesen. Da bereits ein Parkplatz hinreichend wäre, ist nicht entscheidend, ob eine unabhängige Benützung der Parkplätze notwendig und gewährleistet wäre. Ebenfalls nicht massgebend sind allfällige privatrechtliche Vorgaben beim Verkauf, da für deren Durchsetzung die Zivilgerichte zuständig sind.<sup>24</sup> Diese Rüge ist daher unbegründet.

## 5. Ausnahmebewilligung zur Überschreitung der Gebäudehöhe

a) In der Wohnzone W2 beträgt die maximal zulässige Gebäudehöhe 7 m (Art. 212 Abs. 1 GBR). Sie wird in der Mitte der Fassaden gemessen und ist der Höhenunterschied zwischen dem massgebenden Terrain und der Oberkante der Dachkonstruktion (d.h. höchster Punkt des Dachrands) oder der offenen oder geschlossenen Brüstung bei Flachdächern (Art. 132 Abs. 1 Anhang GBR). Bei Bauten am Hang ist, mit Ausnahme der bergseitigen Fassade, überall eine Mehrhöhe von 1 m gestattet; als Hang gilt eine Neigung des gewachsenen Bodens, die in der Falllinie gemessen innerhalb des Gebäudegrundrisses wenigstens 10% beträgt (Art. 132 Abs. 3 Anhang GBR).

---

<sup>22</sup> Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

<sup>23</sup> Pag. 148 und 195 Vorakten.

<sup>24</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 2 N. 4a.

Abgrabungen des gewachsenen Bodens für Hauseingänge und Garageneinfahrten bis zu einer maximalen Gesamtbreite von 5 m bleiben unberücksichtigt (Art. 132 Abs. 4 Anhang GBR). Die bestehende Baute verfügt an der Südseite über eine Abgrabung für die Garagenzufahrt. Diese ist mehr als 5 m breit, was zur Folge hat, dass die Gebäudehöhe vom Niveau der Abgrabung und nicht vom gewachsenen Terrain zu messen ist. Es ist unbestritten, dass die geplante Aufstockung dazu führt, dass die zulässige Gebäudehöhe um 1.2 m überschritten wird und deshalb eine Ausnahmegewilligung nötig ist.

b) Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Eine Ausnahmegewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können aber auch Besonderheiten, die sich aus den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Personen ergeben, eine Ausnahme begründen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Ausnahmegrund keine absolute Grösse ist. Ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, hängt von drei Komponenten ab: vom Interesse des Bauherrn an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung.<sup>25</sup>

c) Die Beschwerdeführenden machen geltend, es würden keine besonderen Verhältnisse vorliegen, welche die Erteilung einer Ausnahme rechtfertigen würden. Die Ausnahmegewilligung würde auf eine Korrektur der Bestimmung von Art. 132 Abs. 4

---

<sup>25</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26-27 N. 4.

Anhang GBR hinauslaufen. Die Beschwerdegegner führen demgegenüber aus, die Gebäudehöhe werde nur bei der Garageneinfahrt nicht eingehalten, also bei weniger als 30 % der Fassadenbreite. Die topographischen Verhältnisse im J.\_\_\_\_\_ würden die Abgrabung für Garageneinfahrten verlangen. Daher sei in der unmittelbaren Nachbarschaft mit der gleichen baulichen Situation das gleiche Ausnahmegesuch ebenfalls bewilligt worden. Es würden besondere Verhältnisse vorliegen, die eine Ausnahme rechtfertigen, und es stünden keine öffentlichen Interessen dagegen. Vielmehr gebiete das öffentliche Interesse des verdichteten Bauens die Erteilung einer Ausnahmegewilligung. Die Gemeinde führt aus, die Überschreitung der Gebäudehöhe sei eine Folge der bestehenden Abgrabung für die Garageneinfahrt und den Hauszugang. Die Rechtsauslegung im vorliegenden Bauentscheid entspreche der bisherigen Praxis und trage der gewünschten inneren Verdichtung Rechnung.

d) Da die bestehende Abgrabung über fünf Meter breit ist, muss sie bei der Bemessung der Gebäudehöhe berücksichtigt werden. Aus diesem Grund führt die Aufstockung dazu, dass die zulässige Gebäudehöhe überschritten würde. Dies als objektive Besonderheiten des Bauvorhabens zu beurteilen hiesse, die Bestimmung von Art. 132 Abs. 4 Anhang GBR ihres Sinnes zu entleeren. Die Bauparzelle ist bereits überbaut und weist keine topografischen Besonderheiten auf, die eine Überschreitung der Gebäudehöhe rechtfertigen könnten. Sie weist zwar eine gewisse Neigung auf, es wird jedoch weder geltend gemacht noch ist ersichtlich, dass es sich um einen Hang im Sinn von Art. 132 Abs. 3 Anhang GBR handeln würde. Objektive Besonderheiten des Baugrundstücks fehlen deshalb ebenfalls. Der Umstand, dass die Beschwerdegegner daran interessiert sind, das Gebäude aufzustocken und eine weitere Wohnung einzubauen, stellt ein wirtschaftliches Interesse dar, das praktisch in jedem Fall gegeben ist. Die beanspruchte Ausnahme kann somit nicht durch besondere Verhältnisse begründet werden, die in den geltenden Vorschriften der Gemeinde nicht genügend berücksichtigt würden. Daran ändert auch das Gebot der haushälterischen Bodennutzung nichts. Dieser allgemeine Grundsatz könnte immer angeführt werden und stellt deshalb keinen Ausnahmegrund dar.<sup>26</sup> Die Praxis der Gemeinde ist keine Verfeinerung im Einzelfall sondern eine Korrektur der genannten Vorschrift. Dieses Vorgehen widerspricht dem Grundsatz des Vorrangs der Planung: Der Wille des Gesetzgebers darf nicht auf dem Ausnahmeweg umgangen werden. Die Anpassung einer Vorschrift hat im dafür vorgesehenen gesetzlichen Verfahren zu

---

<sup>26</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26-27 N. 5.

erfolgen.<sup>27</sup> Die Praxis der Gemeinde kann daher nicht geschützt werden. Es ist davon auszugehen, dass die Gemeinde den vorliegenden Entscheid künftig berücksichtigen wird. Die Beschwerdegegner können sich daher auch nicht auf eine Gleichbehandlung im Unrecht berufen.<sup>28</sup>

e) Zusammenfassend sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, die eine Ausnahme rechtfertigen würden. Die Beschwerde wird aus diesem Grund gutgeheissen und die Gesamtbewilligung muss aufgehoben werden. Die übrigen Rügen sind daher nicht mehr zu prüfen und der Antrag auf einen Augenschein wird abgewiesen.

## 6. Verfahrenskosten

a) Die Grundsätze der Kostenverlegung sind in Art. 108 VRPG geregelt. Demnach werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei zudem die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebietet oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr von Fr. 1'500.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV<sup>29</sup>).

Die Beschwerdegegner unterliegen mit ihren Anträgen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt hat. Diesem Umstand ist angemessen Rechnung zu tragen. Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdegegnern zwei Drittel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 1'000.--, aufzuerlegen. Der Vorinstanz können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die übrigen Verfahrenskosten werden daher nicht erhoben.

---

<sup>27</sup> Daniel Gallina, Die Ausnahme bestätigt die Regel, KPG-Bulletin 3/2002 S. 51.

<sup>28</sup> BGer 1C\_414/2015 vom 10.02.2016, E. 4.2 sowie Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26-27 N. 5.

<sup>29</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

Die Kosten des Bewilligungsverfahrens bleiben den Beschwerdegegnern als Baugesuchsteller auferlegt (Art. 52 Abs. 1 BewD<sup>30</sup>). Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

c) Die Beschwerdeführenden obsiegen vollumfänglich. Sie haben daher Anspruch auf den Ersatz ihrer Parteikosten. Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>31</sup> 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 KAG<sup>32</sup>). Das geltend gemachte Honorar beträgt Fr. 5'462.50 plus Auslagen von Fr. 65.30 sowie Mehrwertsteuer von Fr. 442.22. Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Die Baukosten gemäss Baugesuch betragen Fr. 400'000.--. Die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses sind angesichts der umstrittenen Rechtsfragen höchstens durchschnittlich. Bei diesen Verhältnissen erscheint ein Honorar von Fr. 4'675.-- als angemessen. Den Beschwerdeführenden sind somit Parteikosten in der Höhe von Fr. 5'119.52 (Honorar Fr. 4'675.--, Auslagen Fr. 65.30 und Mehrwertsteuer Fr. 379.22) zu ersetzen. Die Parteikosten werden analog zu den Verfahrenskosten verteilt. Demzufolge haben die Beschwerdegegner zwei Drittel (Fr. 3'413.--) und die Vorinstanz einen Drittel (Fr. 1'706.50) der Anwaltskosten der Beschwerdeführenden zu tragen. Als unterliegende Partei haben die Beschwerdegegner keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

---

<sup>30</sup> Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

<sup>31</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811).

<sup>32</sup> Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

### III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Ittigen vom 5. Februar 2016 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 9. Oktober 2014 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Die Beschwerdegegner haben zwei Drittel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 1'000.--, zu bezahlen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag.

Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 7'719.70.-- werden den Beschwerdegegnern zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

Die Zahlungseinladung erfolgt, sobald der Entscheid rechtskräftig geworden ist.

Die übrigen Verfahrenskosten trägt der Kanton.

3. Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführenden Parteikostenersatz in der Höhe von Fr. 3'413.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag.
4. Die Gemeinde Ittigen hat den Beschwerdeführenden Parteikostenersatz in der Höhe von Fr. 1'706.50 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

#### **IV. Eröffnung**

- Herrn Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_, eingeschrieben
- Frau Fürsprecherin H.\_\_\_\_\_, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ittigen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Bern, A-Post

BAU-, VERKEHRS- UND  
ENERGIEDIREKTION  
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer  
Regierungsrätin