

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2019/85

Bern, 3. Dezember 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführer 1

B. _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch C. _____

und

D. _____



betreffend den Entscheid der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Kirchlindach vom
9. Mai 2019 (2018/32; Einbau Küche)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführer 1 (nachfolgend: Beschwerdeführende) reichten am 7. Juni 2018 bzw. 26. Juli 2018 bei der Gemeinde Kirchlindach ein erstes Baugesuch betreffend "Umnutzung des Zweifamilienhauses in MFH mit 3 Wohnungen"¹ ein, das durch die Gemeinde abschlägig beurteilt wurde. Am 25. September 2018 reichten die Beschwerdeführenden bei der Gemeinde ein weiteres Baugesuch ein für den "Umbau Estrich in Küche und Umbau Estrich in Zimmer"² auf

¹ Vgl. Vorakten 2018/32, ungültiges Formular 1.0 vom 7. Juni 2018, pag. 77 ff.

² Vgl. Vorakten 2018/32, Formular 1.0 pag. 63 ff.

Parzelle Kirchlindach Grundbuchblatt Nr. E. _____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone (W2a).

Mit Entscheid vom 9. Mai 2019 erteilte die Gemeinde Kirchlindach dem Umbau von Estrich- zu Wohnraum die (nachträgliche) Baubewilligung; gleichzeitig erteilte sie dem Einbau einer Küche den Bauabschlag.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 23. Mai 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen sinngemäss die Aufhebung des Entscheids vom 9. Mai 2019 betreffend Bauabschlag und machen insbesondere geltend, dass das kommunale Baureglement für das Verbot der Küche keine Grundlage enthalte. Zudem hätten sie vom zuständigen Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland und vom Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) eine andere Auskunft erhalten.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten einschliesslich der Akten früherer Baubewilligungsverfahren ein.⁴ Die Gemeinde weist in ihrer Stellungnahme vom 24. Juni 2019 darauf hin, dass auch sie beim zuständigen Regierungsstatthalteramt und beim AGR, bzw. dem zuständigen Bauinspektor, Abklärungen getroffen habe, ob der Einbau einer zweiten Küche in einer Wohnung zulässig sei. Dabei habe sie die Auskunft erhalten, dass es sich dabei um eine "Umgehung der geltenden Gesetze" handle. Aufgrund dieser Auskunft habe sie dem Einbau einer zusätzlichen Küche den Bauabschlag erteilt.

Mit Verfügung vom 11. Juli 2019 teilte das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten eine erste summarische Einschätzung hinsichtlich fehlender Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens mit und gab ihnen Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Die Gemeinde liess sich nicht vernehmen. Die Beschwerdeführenden nahmen mit Eingabe vom 22. August 2019 zur summarischen Einschätzung des Rechtsamtes Stellung. Sie interpretieren diese so, dass das Rechtsamt davon auszugehen scheine, dass durch den Einbau der zweiten Küche eine dritte Wohnung geschaffen werde. Dies sei jedoch nicht der Fall. Es werde weder eine

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

⁴ Baugesuche 2013/15 und 2013/15-01, Vorakten 2018/32, pag. 81 ff. (nachfolgend: Vorakten)

zusätzliche Wohnung noch eine zusätzliche Einliegerwohnung geschaffen; das Vorhaben sehe einzig den Einbau einer zweiten Küche in der bereits bestehenden Wohnung vor. Vorliegend handle es sich nicht um eine Umgehung der massgebenden Zonenvorschriften. Das Vorhaben sei öffentlich-rechtlich als zulässig zu qualifizieren. Damit bestehe ein Anspruch auf Erteilung der Baubewilligung. Die angebliche Umgehung der Zonenvorschriften könne durch die Anordnung einer Auflage verhindert werden. Diesfalls hätte die Gemeinde die Möglichkeit im Rahmen der Einwohnerkontrolle bzw. bei Anmeldung weiterer Familien die entsprechenden baupolizeilichen Massnahmen zu ergreifen.⁵

Die Verfahrensbeteiligten erhielten mit Verfügung vom 3. September 2019 Gelegenheit, sich im Falle der Erteilung der Baubewilligung für die dritte Küche zur Aufnahme einer Auflage zu äussern. Diese solle für das Gebäude F. _____ strasse Nr. 15 auch nach Einbau der dritten Küche eine Nutzungsbeschränkung auf zwei Familienwohnungen beinhalten. Diese Nutzungsbeschränkung sei im Grundbuch anzumerken; mit dem Einbau der Küche dürfe erst nach Eintrag der Beschränkung im Grundbuch begonnen werden. Schliesslich sei die Information der Baubewilligungsbehörde über die Anmerkung im Grundbuch Sache der Grundeigentümer.

Die Beschwerdeführenden akzeptieren gemäss ihrer Stellungnahme vom 10. September 2019 die Aufnahme einer Auflage; diese Nutzungsbeschränkung sei jedoch aufzuheben, wenn die Grundordnung geändert werde und weitere Wohneinheiten zulässig würden.⁶ Die Gemeinde vertritt in ihrer Stellungnahme die Auffassung, dass vorliegend früher oder später nach Einbau der zweiten Küche ein Teil der Wohnung abgetrennt und separat genutzt werde. Die dadurch geschaffene, zusätzliche Wohnung sei nicht zonenkonform. Es könne nicht Aufgabe der Gemeinde sein, einen allfällig veränderten Zustand im Gebäudeinnern zu kontrollieren. Daher sei der Bauabschlag zu bestätigen. Eventualiter weist sie betreffend die vorgesehene Auflage darauf hin, dass deren Einhaltung bei einer dauerhaften Vermietung kontrollierbar sei; etwas anderes wäre, wenn die Wohnung temporär vermietet würde. Die Beschwerdeführenden seien anzuhalten, allfällige Mieter der Gemeinde unverzüglich zu melden. Zudem sei die Auflage im Grundbuch anzumerken und allenfalls durch ein Verbot, bauliche Massnahmen, welche das interne Abtrennen der

⁵ Vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 22. August 2019, Ziff. 2 ff., insbes. 4.3

⁶ Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 10. September 2019

bestehenden Wohnung ermöglichen würde, ausdrücklich zu untersagen.⁷ Die Verfahrensbeteiligten erhielten Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen, wovon die Beschwerdeführenden Gebrauch machten.⁸

4. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG⁹ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE 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 Beschwerdeführenden, deren Baugesuch teilweise abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

b) Anfechtungsobjekt ist der Bauentscheid der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Die Beschwerdeführenden fechten lediglich Ziffer 4.2 des Bauentscheids der Gemeinde Kirchlindach an. Nicht angefochten sind die gemäss Ziffer 4.1 erteilte Baubewilligung für den Umbau des Estrichs in Zimmer sowie die Ziffern 4.3 ff. des Bauentscheids. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet somit einzig der Bauabschlag für den Umbau des Estrichs in eine Küche.

⁷ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde Kirchlindach vom 25. September 2019

⁸ Schlussbemerkungen der Beschwerdeführenden vom 10. Oktober 2019

⁹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

2. Vertrauensschutz

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, sie hätten vom Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland und vom AGR die Auskunft erhalten, dass eine weitere Küche zulässig sei. Die Gemeinde hält in ihrer Stellungnahme entgegen, dass sie vom Regierungsstatthalteramt (gleiche Person wie die Beschwerdeführenden) bzw. vom AGR (zuständiger Bauinspektor) die gegenteilige Auskunft erhalten habe.

b) Nach dem Grundsatz des Vertrauensschutzes gemäss Art. 9 BV bzw. Art. 5 Abs. 3 BV dürfen sich Private unter bestimmten Voraussetzungen auch dann auf behördliche Auskünfte und Zusicherungen verlassen, wenn diese falsch waren. Voraussetzung ist, dass die Auskunft bzw. Zusicherung einen konkreten Sachverhalt betraf, dass sie vorbehaltlos erteilt wurde, die Behörde dafür zuständig und dass die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennbar war. Weiter ist erforderlich, dass aufgrund der Auskunft bzw. Zusicherung Dispositionen getroffen wurden, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können und dass sich die relevante Rechts- und Sachlage seit der Auskunftserteilung nicht verändert hat.¹⁰

c) Vorliegend haben die Beschwerdeführenden noch keine Dispositionen getroffen, da die Küche noch nicht erstellt worden ist. Daraus ergibt sich, dass sich die Beschwerdeführenden nicht erfolgreich auf den Vertrauensschutz berufen könnten, was sich bei diesem Verfahrensausgang jedoch ohnehin erübrigt.

3. Anzahl Familienwohnungen

a) Das Zweifamilienhaus der Beschwerdeführenden besteht aus einem nördlich gelegenen Gebäude und einem zweiten, kleineren, südlich gelegenen Gebäudeteil, bestehend je aus einem Erdgeschoss (EG) bzw. Obergeschoss, das gleichzeitig das Dachgeschoss (DG) bildet. Den Beschwerdeführenden wurde 2013 die Bewilligung für die Erhöhung des Dachgeschosses, für den Einbau von Giebellukarnen sowie für die Fassadensanierung erteilt.¹¹ Bezüglich des neu gewonnenen Estrichs im südlichen

¹⁰ Vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 N. 1 ff., insbes. N. 15

¹¹ Vgl. Bauentscheid vom 20. August 2013 2013/15, Vorakten, pag. 106 ff., sowie Plan Grundriss EG 1:100 vom 9.4.2013, sowie Plan Grundriss DG 1:100 vom 6.6.2013

Baukörper ordnete die Gemeinde an, dass dieser nicht als Wohnraum genutzt werden dürfe, da zu wenig Fensterflächen vorhanden seien.¹² Aus der erteilten Bewilligung resultierte im nördlichen Teil des Zweifamilienhauses eine 7-Zimmer-Wohnung und im südlich gelegenen Teil eine 2- bis 3-Zimmer-Wohnung.¹³ Mit "Bauentscheid zu Projektänderung" vom 7. Februar 2014 bewilligte die Gemeinde nachträgliche Abweichungen, die den Einbau von Schlepp- anstelle von Giebellukarnen, ein zusätzliches Dachflächenfenster sowie die Erstellung einer Aussentreppe mit direktem Zugang zum Dachgeschoss umfassten.¹⁴ Gemäss aktuellem Baugesuch beantragen die Beschwerdeführenden den Umbau der südlich gelegenen Estrichräume zu Wohnraum und den als "Zimmer 5" bezeichneten Raum im nördlichen Teil des Dachgeschosses zu einer Küche.¹⁵ Ersteres ist bereits ausgeführt und wurde durch die Gemeinde wie erwähnt nachträglich bewilligt (vgl. E. 1b). Mit dem Einbau der zusätzlichen Küche im Dachgeschoss würde das Zweifamilienhaus insgesamt über drei Küchen verfügen.

b) Die Beschwerdeführenden sind der Auffassung, dass ihnen im Gebäude auf Parzelle Nr. E. _____ zu Unrecht der Einbau einer weiteren Küche bzw. einer zweiten Küche in der Duplexwohnung (EG/DG) verweigert worden sei. Das GBR enthalte keine Rechtsgrundlage für den Bauabschlag. Gemäss ihren Ausführungen werden sie die "Wohnung im Obergeschoss gemeinsam mit der Erdgeschoss-Wohnung benutzen". Das Ganze sei daher vorläufig als eine Wohnung zu betrachten.¹⁶ Auch in ihrer Stellungnahme vom 22. August 2019 weisen sie darauf hin, dass weder eine zusätzliche Wohnung noch eine zusätzliche Einliegerwohnung geschaffen werde; das Vorhaben sehe einzig den Einbau einer zweiten Küche in der bereits bestehenden Wohnung vor.¹⁷

c) Die Gemeinde begründet die Erteilung des Bauabschlags damit, dass es sich bei der Erweiterung der Wohnung mit einer zweiten Küche um eine "Umgehung der geltenden Rechtsvorschriften" handle. Auch wenn die Bauherrschaft versichert habe, dass die

¹² Bauentscheid, a.a.O., Ziff. 5.1.3, Vorakten, pag. 109k

¹³ Vgl. die Grundrisse EG und DG, wobei die Nummerierung nicht konsistent ist; vgl. Angaben auf Formular 1.0, Vorakten, pag. 77

¹⁴ Vgl. "Bauentscheid zur Projektänderung" vom 7. Februar 2014, Vorakten, pag. 81 ff. sowie Plan Fassaden NO 1:100 vom 19.10.2013 und Plan Fassaden SW 1:100 vom 26.10.2013. Vgl. auch Schreiben der Gemeinde vom 12.12.2013, Vorakten, pag. 90

¹⁵ Vgl. Plan 1:100 "Grundriss DG" vom 19.1.2018 bzw. 6.6.2018

¹⁶ Vgl. Schreiben der Beschwerdeführenden an die Gemeinde vom 7. Februar 2019, Vorakten, pag. 14

¹⁷ Vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 22. August 2019

Wohnung durch sie selbst genutzt und nicht fremdvermietet werde, sei das Vorhaben "noch immer nicht zonenkonform".¹⁸ Der Bauherrschaft sei an einer Besprechung im Januar 2017 mitgeteilt worden, dass der Einbau einer Küche im Obergeschoss baubewilligungspflichtig sei. Die Bewilligung könne jedoch nicht erteilt werden, da bereits zwei Wohnungen bestünden.¹⁹ An der gleichen Besprechung habe der Beschwerdeführer 1 versichert, dass der in zwei einzelne Zimmer unterteilte Estrich weder durch ihn noch durch Dritte zu Wohnzwecken genutzt würde und die Küche bis auf "Weiteres nicht eingebaut werde".²⁰ In ihrer Stellungnahme vom 25. September 2019 räumt die Gemeinde ein, dass die Tatsache, dass es keine rechtliche Grundlage gebe, welche den Einbau einer zweiten Küche verbiete, "aller Vermutung nach korrekt" sei. Dennoch befürchtet sie, dass die Beschwerdeführenden nach Einbau der zusätzlichen Küche einen Teil der Wohnung abtrennen und separat nutzen werden. Eine zusätzliche Wohnung wäre nicht zonenkonform.

d) Für die Wohnzonen W2a/2b bestimmt Art. 211 des Baureglements der Gemeinde Kirchlindach (GBR²¹) bezüglich Nutzungsart folgendes:

"¹ Wohnnutzung und gewerbliche Nutzungen im Umfang der Bestimmungen gemäss Art. 90 der Bauverordnung.

² In der Wohnzone W2a sind keine Mehrfamilienhäuser und keine Reiheneinfamilienhäuser zugelassen". Pro Gebäude dürfen max. zwei Familienwohnungen und eine kleine Einliegerwohnung mit max. 60 m² BGF erstellt werden."

Bezüglich der verwendeten Begriffe verweist der Kommentar zum GBR auf Art. 43 BauV²².

e) Diese Normen hat die Gemeinde im Rahmen der ihr aufgrund von Art. 65 Abs. 1 BauG zustehenden Autonomie erlassen. Die Autonomie der Gemeinde beschränkt sich nicht nur auf den Bereich der Rechtsetzung. Insbesondere wo eine Gemeinde zum Erlass von Rechtsnormen berechtigt ist, kommt ihr grundsätzlich auch bei deren Anwendung ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Es ist somit vorab Sache der Gemeinde zu bestimmen, wie sie eine kommunale Vorschrift verstanden haben will. Wird die Anwendung einer

¹⁸ Vgl. vorinstanzlicher Entscheid, Ziff. 4.2

¹⁹ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde vom 24. Juni 2019, S. 2 bzw. handschriftliches Protokoll der Besprechung vom 23. Januar 2018, Vorakten, pag. 128-130

²⁰ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde vom 24. Juni 2019, S. 2

²¹ Baureglement der Gemeinde Kirchlindach vom 29. März 2010, genehmigt durch das AGR am 12. Juni 2012

²² Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

solchen Bestimmung Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens, so haben die Rechtsmittelinstanzen zu prüfen, ob die von der Gemeinde geltend gemachte Auslegung rechtlich haltbar ist. Sie auferlegen sich mit anderen Worten eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Auffassung der Gemeinde, indem sie sich der Prüfung enthalten, ob eine andere Bedeutung der umstrittenen Bestimmung ebenfalls möglich und rechtlich vertretbar wäre. Sie sind nicht befugt, die kommunale Auslegung der Norm durch ihr eigenes Verständnis zu ersetzen, wenn die Rechtsauffassung der Gemeinde betreffend den Inhalt, den Sinn und die Tragweite der interessierenden Vorschrift rechtlich vertretbar erscheint.²³

f) Gemäss GBR der Gemeinde Kirchlindach sind in der Zone W2a max. zwei Familienwohnungen im Sinne von Art. 43 Abs. 3 BauV und eine kleine Einliegerwohnung mit max. 60 m² zulässig. Das GBR enthält keine Definition, was eine Einliegerwohnung ist.

g) Im bestehenden Zweifamilienhaus ist die Wohnung (bzw. der Wohnungsteil) im EG grösser als 100 m² BGF und gilt somit nicht als Einliegerwohnung. Die darüber liegende Wohnung (bzw. Wohnungsteil) im DG wäre – soweit die umstrittene Küche eingebaut und die Wohnung abgetrennt würde – ebenfalls grösser als 60 m² BGF und wäre damit ebenfalls keine Einliegerwohnung im Sinne des GBR. Die im südlich gelegenen Teil befindliche Wohnung, die eine eigene Küche aufweist, ist mit rund 80 m² BGF grösser als 60 m² BGF, was die Beschwerdeführenden selbst ausführen.²⁴ Auch diese Wohnung überschreitet damit das für eine Einliegerwohnung zulässige Mass. Im Falle einer Abtrennung der dritten Wohnung würde das Wohnhaus drei Familienwohnungen aufweisen; damit wären die Vorgaben der Zone W2a gemäss Art. 211 GBR nicht eingehalten.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist hier der Verdacht auf eine mögliche Umgehung von Art. 211 GBR gemäss der sich aus den Vorakten ergebenden Vorgeschichte nicht von der Hand zu weisen: So sah das erstes Baugesuch die Umnutzung in ein Mehrfamilienhaus vor. Zudem haben sich die Beschwerdeführenden nachträglich den Einbau von Dachschleppern anstelle von Dachlukarnen²⁵ sowie den

²³ Vgl. BVR 2015 S. 263 E. 5.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 65 N. 3 mit weiteren Hinweisen

²⁴ Vgl. (ungültiges) Ausnahmegesuch vom 26. Juli 2018, Vorakten, pag. 80

²⁵ Vgl. Strafbefehle gegenüber den Beschwerdeführenden, Vorakten, pag. 133 ff. bzw. pag. 136 ff.

Einbau einer Aussentreppe zum Dachgeschoss bewilligen lassen.²⁶ Andererseits räumt die Gemeinde ein, dass ihre Bauordnung keine rechtliche Grundlage für das Verbot einer zweiten Küche in einer Wohnung enthalte. Das GBR verlangt, dass das fragliche Wohngebäude nur zwei Familienwohnungen (zuzüglich einer Einliegerwohnung) und nicht drei Familienwohnungen aufweist. Dies setzt voraus, dass die Duplexwohnung im nördlichen Teil auch nach Einbau der zweiten Küche im DG tatsächlich durch die Beschwerdeführenden genutzt und nicht nachträglich in zwei Wohnungen aufgeteilt wird.²⁷

Der Einbau einer dritten Küche ist daher nur dann zulässig, wenn mit einer Auflage sichergestellt werden kann, dass die Vorgaben des GBR eingehalten werden, wonach pro Gebäude max. zwei Familienwohnungen (zuzüglich einer kleinen Einliegerwohnung mit max. 60 m²) zulässig sind (vgl. die nachfolgende E. 4).

4. Auflage

a) Den Verfahrensbeteiligten wurde ein Vorschlag für eine mögliche Auflage betreffend Nutzungsbeschränkung unterbreitet und ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme zum nachfolgenden Wortlaut der Auflage unterbreitet:

Auflage

"Im bestehenden Einfamilienhaus auf Parzelle Kirchlindach Grundbuchblatt Nr. G._____ sind auch nach Einbau der dritten Küche im Dachgeschoss des Gebäudes F._____ Strasse Nr. 15 (Gebäudeteil Nord) nur zwei Familienwohnungen zulässig. Diese Nutzungsbeschränkung ist im Grundbuch anzumerken (vgl. Art. 38 Abs. 3 i.V. mit Art. 29 Abs. 3 BauG²⁸ bzw. Art. 129 Abs. 1 Bst. g GBV²⁹). Mit dem Einbau der Küche darf erst begonnen werden, wenn die Anmerkung im Grundbuch eingetragen ist. Die Information der Baubewilligungsbehörde über die Anmerkung im Grundbuch ist Sache der Grundeigentümer."

b) Die Beschwerdeführenden sind mit der Aufnahme einer Auflage, welche eine Nutzungsbeschränkung auf zwei Familienwohnungen vorsieht, ausdrücklich einverstanden.³⁰ Dies unter dem Vorbehalt, dass die entsprechende Grundbucheintragung

²⁶ Vgl. Plan Grundriss EG vom 26.10.2013 bzw. Plan Grundriss DG vom 19.1.2018

²⁷ Vgl. Formular 1.0 vom 25.9.2018, Allgemeine Angaben, Vorakten, pag. 64

²⁸ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

²⁹ Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432)

³⁰ Vgl. Beschwerdeantwort vom 22. August 2019, Ziff. 4.1 ff. sowie Schlussbemerkungen vom 10. Oktober 2019

gelöscht werde, falls die baurechtliche Grundordnung hinsichtlich der Anzahl zulässiger Wohnungen geändert werde. Die Gemeinde ist vorliegend im Sinne eines Eventualantrags mit der Aufnahme einer Auflage einverstanden. Sie weist bezüglich Kontrollierbarkeit jedoch darauf hin, dass dies nur bei einer Dauervermietung der (dritten) Wohnung möglich bzw. mit einem geringen Aufwand verbunden sei. Im Übrigen beantragt sie unter Berufung auf Art. 8 Abs. 2 GNA³¹ eine aktive Meldepflicht bzw. dass die Beschwerdeführenden der Gemeinde allfällige Mieter unverzüglich melden. Im Weiteren sei die Nutzungsbeschränkung im Grundbuch anzumerken. Zudem sei die Gemeinde über den Eintrag der Anmerkung zu informieren; deren Löschung solle nicht ohne ihre Zustimmung erfolgen dürfen. Schliesslich sei in der Auflage der Einbau von zusätzlichen baulichen Massnahmen, welche das "interne Abtrennen der bestehenden Wohnung zu zwei Wohnungen ermöglichen würde", ausdrücklich zu untersagen.³² Die Beschwerdeführenden erachten dies gemäss ihren Schlussbemerkungen als nicht nötig, wären mit den zusätzlichen Auflagen aber einverstanden.³³

c) Gemäss Art. 38 Abs. 3 BauG können mit der Baubewilligung Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Letztere sind Pflichten, die mit einer Baubewilligung verbunden sind. Die Nichterfüllung einer Auflage berührt die Geltung der Baubewilligung nicht, kann aber baupolizeiliche Massnahmen – insbesondere die Ersatzvornahme – und Bestrafung nach sich ziehen.³⁴ Solche Nebenbestimmungen kommen bei Bauvorhaben in Betracht, die je nach ihrer Gestaltung oder Einrichtung oder je nach der Art der Nutzung oder Betriebsführung gesetzeskonform oder gesetzwidrig sein können. Bedingungen und Auflagen sind in solchen Fällen die Mittel, um gesetzeswidrige Auswirkungen zu verhindern und stellen gegenüber einem Bauabschlag das mildere Mittel dar.³⁵ Da sie in der Regel aber zur Einschränkung der Baufreiheit und damit der Eigentumsfreiheit führen, sind bei ihrer Formulierung die entsprechenden verfassungsmässigen Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV³⁶ zu beachten. Sie müssen deshalb in einem engen Zusammenhang zum Bauvorhaben stehen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt, gesetzmässig,

³¹ Gesetz vom 12. September 1985 über Niederlassung und Aufenthalt der Schweizer (GNA; BSG 122.11)

³² Vgl. Stellungnahme der Gemeinde Kirchlintach vom 25. September 2019, S. 3/3

³³ Schlussbemerkungen vom 10. Oktober 2019, S. 3

³⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Band I, Bern 2013, Art. 29 N. 1

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Band I, Bern 2013, Art. 38-39 N. 15a. Vgl. Protokollauszug vom 15. Oktober 2018, Vorakten, pag. 33 ff.

³⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

verhältnismässig und durchsetzbar sein. Entspricht das Gesuch den gesetzlichen Anforderungen, ist das Bauvorhaben grundsätzlich bedingungslos zu bewilligen.³⁷

d) Die vorgeschlagene Auflage sieht vor, dass im Wohnhaus der Beschwerdeführenden in der Zone W2a nur zwei Familienwohnungen zulässig sind. Diese Nutzungsbeschränkung ist im Grundbuch anzumerken. Die vorgeschlagene Beschränkung ist unbestrittenermassen geeignet und notwendig um die zonenkonforme Nutzung des Gebäudes sicherzustellen. Was die Kontrollierbarkeit der Nutzungsbeschränkung anbelangt, so ist dies nach Auffassung der Gemeinde bei dauerhafter Vermietung über die Einwohnerkontrolle möglich; bei temporärer Vermietung sei dies "nicht oder nur sehr schwer überprüfbar". Die Beschwerdeführenden seien daher zu verpflichten, sämtliche Wechsel der Mieterschaft unverzüglich der Einwohnerkontrolle der Gemeinde Kirchlindach zu melden.³⁸

Die Gemeinde begründet die den Beschwerdeführenden aufzuerlegende "aktive Meldepflicht" mit der damit möglichen Kontrollierbarkeit der Auflage. Die Beschwerdeführenden erachten die Meldepflicht als nicht notwendig. Die Kontrolle, ob vorliegend die Nutzungsbeschränkung im Gebäudeinnern eingehalten wird, ist tatsächlich insofern schwierig, als allfällige Veränderungen, wie die allfällige Aufteilung der Duplexwohnung in zwei Wohnungen und der Nutzung durch Dritte, von aussen nicht bzw. nicht einfach wahrnehmbar sind. Mit der Meldepflicht muss die Gemeinde nicht regelmässig kontrollieren, ob allenfalls eine Wohnung vermietet wird, sondern die Grundeigentümer sind in der Pflicht, eine Vermietung oder Änderung bei der Vermietung zu melden. Die Ergänzung der Auflage mit der Meldepflicht erweist sich damit als geeignet und notwendig, um die Sicherstellung der Vorgaben betreffend Anzahl Familienwohnungen mit vernünftigem Aufwand kontrollieren zu können. Die Beschwerdeführenden akzeptieren diese Ergänzung der Auflage, obwohl sie deren Notwendigkeit bestreiten.

e) Die Gemeinde beantragt zudem, dass der Wortlaut der Auflage insofern zu ergänzen sei, als der Einbau von zusätzlichen baulichen Massnahmen, welche das interne Abtrennen der bestehenden Wohnung zu zwei Wohnungen ermöglichen würde, ausdrücklich untersagt werden.³⁹ Die Beschwerdeführenden bestreiten die Notwendigkeit

³⁷ Vgl. zum Ganzen BVR 2006, S. 153 E. 3.2; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, N. 96 zu § 28, Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Band I, Bern 2013, Art. 38-39 N. 1 ff.

³⁸ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde Kirchlindach vom 25. September 2019, S. 3/3

³⁹ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde Kirchlindach vom 25. September 2019, S. 3/3

dieser Ergänzung der Auflage. Mit dem Verbot von baulichen Massnahmen zur internen Abtrennung kann unabhängig von einer Vermietung sichergestellt werden, dass die Duplexwohnung nicht aufgeteilt wird. Die entsprechende Ergänzung der Auflage ist daher geeignet und notwendig, um die vom GBR vorgeschriebene Beschränkung auf zwei Familienwohnungen sicherzustellen. Zudem ist die Einhaltung des Abtrennungsverbots bei einer entsprechenden Baukontrolle gut überprüfbar. Die Beschwerdeführenden akzeptieren auch diese Ergänzung der Auflage, obwohl sie deren Notwendigkeit bestreiten.

Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten: Mit der Auflage wird den Grundeigentümern der Parzelle Kirchlindach Grundbuchblatt Nr. G._____ eine Nutzungsbeschränkung auf zwei Familienwohnungen auferlegt. Diese Nutzungsbeschränkung ist im Grundbuch einzutragen. Darüber hinaus sind die Beschwerdeführenden verpflichtet, der Gemeinde eine allfällige Vermietung bzw. die Mieter unverzüglich zu melden. Zudem ist die Auflage durch ein Verbot baulicher Massnahmen, welche ein Abtrennen der dritten Wohneinheit ermöglichen können, zu ergänzen. Wie aufgezeigt, ist die Auflage insgesamt geeignet und erforderlich zur Sicherstellung der Vorgaben des GBR bezüglich Anzahl Familienwohnungen pro Gebäude. Umgekehrt setzt die Auflage durch, dass baulich keine zweite Wohnung abgetrennt und keine Wohnung ohne Kenntnis der Gemeinde vermietet wird. Die Gemeinde kann somit trotz dem Einbau der dritten Küche die Einhaltung der Vorgaben des GBR, wonach pro Gebäude max. zwei Familienwohnungen (zuzüglich einer kleinen Einliegerwohnung mit max. 60 m²) zulässig sind, kontrollieren und durchsetzen.

f) Die Beschwerdeführenden beantragen weiter, dass die Löschung der Auflage bzw. der Auflagen sicherzustellen sei, sobald die baurechtliche Grundordnung den Einbau weiterer Wohneinheiten zulassen würde. Die Gemeinde verlangt, dass die Löschung der Grundbucheintragung nicht ohne ihre Zustimmung erfolgen dürfe. Ob der Einbau weiterer Wohnungen im fraglichen Gebäude nach einer Rechtsänderung zulässig ist, hat gegebenenfalls im gleichen Verfahren wie vorliegend, das heisst im Baubewilligungsverfahren, zu erfolgen. Dabei wäre zu entscheiden, ob das zu beurteilende Vorhaben mit den Vorschriften des Bau- und Planungsrechts in Einklang steht.⁴⁰ Gleichzeitig hätte die Baubewilligungsbehörde über die bestehende(n) Auflage(n) und die allfällige Löschung der Grundbucheintragung zu befinden. Es bedarf somit keiner

⁴⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 32-44 N. 1.

Ergänzung der Auflage, um die von den Beschwerdeführenden verlangte Löschung der Auflage bei einer Änderung der baurechtlichen Grundordnung zu ermöglichen.

g) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Einbau der dritten Küche im Gebäude der Beschwerdeführenden zulässig ist, da mit einer Auflage sichergestellt werden kann, dass die Vorgaben des GBR bezüglich der Anzahl Familienwohnungen in der W2a eingehalten werden. Die Beschwerde der Beschwerdeführenden ist daher gutzuheissen.

h) Der Vollständigkeit halber werden die Beschwerdeführenden darauf hingewiesen, dass die Auflagen gemäss Fachbericht Brandschutz⁴¹ integrierender Bestand der mit Ausnahme von Ziff. 4.2 rechtskräftigen Baubewilligung bilden und mit Erteilung der Baubewilligung durch die BVE somit auch für den Einbau der Küche gelten.

5. Allfällige Vorwirkung des GBR

a) Die Gemeinde weist darauf hin, dass das Vorhaben eventuell nach der nächsten Ortsplanungsrevision möglich sei. Gemäss den Vorakten⁴² ist die Überarbeitung der baurechtlichen Grundordnung der Gemeinde Kirchlindach im Hinblick auf die Anpassung an die BMBV⁴³ gemeint.⁴⁴

b) Soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt, sind Bauvorhaben gemäss Art. 36 Abs. 1 BauG nach dem zur Zeit der Einreichung des Baugesuches geltenden Recht zu beurteilen. Bereits öffentlich aufliegende Änderungen der Nutzungsordnung können eine gewisse Vorwirkung zeigen (vgl. Art. 36 Abs. 2 und 3 BauG). Für die gemäss der Gemeinde geplante Anpassung des GBR an die BMBV hat noch keine öffentliche Auflage stattgefunden. Für die Beurteilung des umstrittenen Vorhabens ist daher das geltende Recht massgebend. Wie vorangehend ausgeführt, kann die zusätzliche Küche unter Erteilung einer Auflage bewilligt werden. Diese Auflage wäre im Rahmen eines

⁴¹ Vgl. vorinstanzlicher Entscheid Zff. 1.8 bzw. Ziff. 4.3. Vgl. zudem Fachbericht Brandschutz vom 7. Oktober 2018, Vorakten, pag. 9 bis 11

⁴² Vgl. Protokollauszug der Sitzung des Gemeinderates vom 20. September 2018, Vorakten, pag. 35/36

⁴³ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

⁴⁴ Mit Beschluss vom 8. Mai 2019 hat der Regierungsrat eine Verlängerung der Frist in Art. 34 Abs. 1 BMBV bis 31. Dezember 2023 und eine entsprechende Änderung des Datums in Art. 34 Abs. 3 BMBV (neu 1. Januar 2024) beschlossen. Die Verordnungsänderung ist am 1. Juli 2019 in Kraft getreten (BAG 19-031)

Baubewilligungsverfahren zu überprüfen, falls die fragliche Bestimmung im GBR bezüglich der Anzahl zulässiger Wohnungen in der Zone W2a eine Änderung erfahren sollte (vgl. E. 4f).

6. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese wird festgesetzt auf Fr. 1'800.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG⁴⁵ i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV⁴⁶).

b) Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG 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. Beim vorliegenden Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführenden hinsichtlich Erteilung der Baubewilligung als obsiegend, weshalb ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Die Gemeinde gilt bei diesem Verfahrensausgang als unterliegend. Da sie nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, können ihr ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Verfahrenskosten trägt daher der Kanton.

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerdeführenden gelten als obsiegend. Im Unterschied zur Regelung über die Verfahrenskosten kann auch das Gemeinwesen kostenpflichtig werden.⁴⁷ Auf Grund der obigen Ausführungen zum Verfahrensausgang werden der Gemeinde Kirchlindach die Parteikosten der Beschwerdeführenden auferlegt.

⁴⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

⁴⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 14

Die Kostennote des Anwalts der Beschwerdeführenden beläuft sich auf Fr. 3'029.50 (Honorar Fr. 2'650.–, Auslagen, Fr. 87.80, Mehrwertsteuer Fr. 267.–) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Gemeinde Kirchlindach hat den Beschwerdeführenden somit die Parteikosten, ausmachend Fr. 3'029.50, zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Bauabschlag der Gemeinde Kirchlindach vom 9. Mai 2019 hinsichtlich Einbau der Küche wird aufgehoben und der Bauentscheid der Gemeinde wie folgt geändert:

"4.2 Baubewilligung - Einbau Küche

Der Bauherrschaft wird der Einbau der Küche gemäss Baugesuch vom 7. Juni 2018 unter Auferlegung der folgenden Auflage bewilligt:

Auflage

"Im bestehenden Einfamilienhaus auf Parzelle Kirchlindach Grundbuchblatt Nr. G._____ sind auch nach Einbau der dritten Küche im Dachgeschoss des Gebäudes F._____ Strasse Nr. 15 (Gebäudeteil Nord) nur zwei Familienwohnungen zulässig. Diese Nutzungsbeschränkung ist im Grundbuch anzumerken (vgl. Art. 38 Abs. 3 i.V. mit Art. 29 Abs. 3 BauG⁴⁸ bzw. Art. 129 Abs. 1 Bst. g GBV⁴⁹). Die Grundeigentümer haben der Gemeinde eine Vermietung oder Änderung bei der Vermietung unverzüglich mitzuteilen. Zusätzliche bauliche Massnahmen, welche das interne Abtrennen der bestehenden Wohnung (Gebäudeteil Nord) zu zwei Wohnungen ermöglichen würden, werden ausdrücklich untersagt. Mit dem Einbau der Küche darf erst begonnen werden, wenn die Anmerkung im Grundbuch eingetragen ist. Die Information der Baubewilligungsbehörde über die Anmerkung im Grundbuch ist Sache der Grundeigentümer."

Massgebend ist der Plan "Grundriss DG" Mst. 1:100 vom 19.01.2018", mit Eintrag und Stempel der BVE vom 3. Dezember 2019. Je ein Plan geht an die Gemeinde und die Beschwerdeführenden.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

⁴⁸ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁴⁹ Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432)

3. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 3'029.50 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- C. _____, mit Plan "Grundriss DG", eingeschrieben
- D. _____, mit Plan "Grundriss DG", eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

