



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2022/174

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 22. März 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

und

Herrn **F.**_____
Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. A._____ und/oder
Frau Rechtsanwältin B._____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Kirchlindach, Gemeindeverwaltung,
Lindachstrasse 17, 3038 Kirchlindach

betreffend die Verfügung der Gemeinde Kirchlindach vom 29. September 2022 (eBau-Nummer 2022-3025; Anbau Zweitwohnung an bestehendes Einfamilienhaus)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner reichte am 24. März 2022 bei der Gemeinde Kirchlindach ein Baugesuch ein für den Anbau einer Zweitwohnung an das bestehende Einfamilienhaus auf der Parzelle Kirchlindach Gbbl. Nr. I._____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone W2a und befindet sich im Gesamteigentum der Eltern des Beschwerdegegners. Gegen das Bauvorhaben erhoben die Beschwerdeführenden Einsprache. Mit Verfügung vom 29. September 2022 erteilte die Gemeinde Kirchlindach die Baubewilligung sowie die Ausnahmbewilligungen für das Unterschreiten des Strassenabstandes und das Erstellen eines Flachdaches.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 31. Oktober 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

1. Der Bauentscheid sei aufzuheben.
2. Eventuell: Der Bauentscheid sei teilweise aufzuheben und zwecks Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Eventuell: Der Bauentscheid sei aufzuheben und die Sache sei infolge Befangenheit der Bauverwaltung an das Regierungsstatthalteramt zur Beurteilung zu übergeben.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde stellt in ihrer Stellungnahme vom 1. Dezember 2022 keine Anträge, schliesst aber sinngemäss auf die Abweisung der Beschwerde. Mit Beschwerdeantwort vom 2. Dezember 2022 beantragt der Beschwerdegegner, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Parteien erhielten anschliessend Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Mit Eingabe vom 26. Januar 2023 verzichtete die Gemeinde auf Schlussbemerkungen. Der Beschwerdegegner reichte am 27. Februar 2023 Schlussbemerkungen ein. Am 7. März 2023 reichten auch die Beschwerdeführenden Schlussbemerkungen ein. Der Beschwerdegegner reichte daraufhin am 17. März 2023 eine Replik ein. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Einsprache abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

c) Die Beschwerdeführenden richten ihre Beschwerde auch gegen den Gesamteigentümer der Bauparzelle Nr. I. _____. Gemäss Art. 10 Abs. 2 BewD³ ist bei Bauten auf fremdem Boden das Baugesuch auch von der Grundeigentümerschaft zu unterzeichnen. Das bedeutet aber nicht, dass sie am Baubewilligungs- bzw. Beschwerdeverfahren beteiligt ist. Das Unterschriftserfordernis nach Art. 10 Abs. 2 BewD soll lediglich verhindern, dass sich die Behörden mit Baugesuchen befassen müssen, die aus zivilrechtlichen Gründen nie verwirklicht werden können, weil ihnen die Grundeigentümerschaft nicht zustimmt. Die Grundeigentümerschaft, die nicht zugleich Baugesuchstellerin ist, kann daher weder als Hauptpartei noch als Beigeladene am Verfahren

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

beteiligt werden (vgl. Art. 12 und 14 VRPG⁴).⁵ Vorliegend haben die Gesamteigentümerin und der Gesamteigentümer der Bauparzelle Nr. I. _____ das Baugesuch am 22. März 2022 unterzeichnet.⁶ Nach dem Gesagten sind sie aber nicht am Beschwerdeverfahren zu beteiligen.

2. Ausstand

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, Grundeigentümer der Parzelle Nr. I. _____ sei der J. _____ von Kirchlindach, G. _____. Baugesuchsteller sei sein Sohn. Der Gemeinderat habe das Ausnahmegesuch bezüglich Flachdach behandelt. Weiter habe ihnen die Bauinspektorin am 27. Juli 2022, noch bevor sie Schlussbemerkungen hätten einreichen können, mitgeteilt, dass voraussichtlich positiv über das Bauvorhaben verfügt werde. Damit habe die Bauverwaltung den Entscheid vorweggenommen. Es sei nicht auszuschliessen, dass die Rolle des Grundeigentümers das voreilige Vorgehen der Bauinspektorin beeinflusst habe. Eventualiter sei das Baugesuch wegen Befangenheit an das Regierungsstatthalteramt zu überweisen. In ihren Schlussbemerkungen vom 7. März 2023 nehmen die Beschwerdeführenden zur Kenntnis, dass K. _____ und G. _____ gemäss Protokoll für die Beschlussfassung in den Ausstand getreten seien. Aus den Protokollen gehe aber hervor, dass die Geschäfte vorgängig mit K. _____ und G. _____ abgesprochen worden seien und diese verschiedentlich Gelegenheit gehabt hätten, bei den betreffenden Gremien ihre Meinung zu äussern. Dies sei den Beschwerdeführenden trotz wiederholtem Begehren verwehrt worden und stelle eine ungleiche Behandlung bzw. Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar.

Der Beschwerdegegner erklärt in seiner Beschwerdeantwort vom 2. Dezember 2022, sein Vater G. _____ sei bis 31. Dezember 2022 J. _____ von Kirchlindach [gewesen]. G. _____ sei bei der Behandlung des Ausnahmegesuchs durch den Gemeinderat in den Ausstand getreten. Im Übrigen gehe durch die Mitteilung der Bauinspektorin keine unzulässige Vorbefassung einher. Die Einschätzung sei anhand der damaligen Erkenntnisse erfolgt, unter Vorbehalt abweichender Erkenntnisse nach Vorliegen der Schlussbemerkungen. Es sei nicht ungewöhnlich, dass die Baubewilligungsbehörden solche Beurteilungen abgäben. Selbst wenn die Mitteilung der Gemeinde einen Verfahrensmangel sein sollte, wäre ein solcher im Beschwerdeverfahren geheilt worden. In seinen Schlussbemerkungen vom 27. Februar 2023 ergänzt der Beschwerdegegner, die Protokollauszüge bestätigten, dass sein Vater und sein Onkel in den Ausstand getreten seien.

Die Gemeinde erklärt in ihrer Stellungnahme vom 1. Dezember 2022, die Ausstandspflicht sei eingehalten worden. Beim Schreiben vom 15. Juli 2022 handle es sich um die zweite Möglichkeit, Schlussbemerkungen einzureichen. Da zu diesem Zeitpunkt bereits klar gewesen sei, dass die öffentlich-rechtlichen Vorgaben eingehalten seien, habe man die Einsprecher entsprechend informiert. Wären aus der zweiten Schlussbemerkung weitere Erkenntnisse erlangt worden, hätte dies den Bauentscheid noch verändern können. Zudem entscheide nicht die Bauinspektorin, sondern die Kommission für Bau und Betriebe resp. der Gemeinderat. Die entsprechenden Entscheide seien erst nach Vorliegen der zweiten Schlussbemerkung vom 24. August 2022 gefällt worden.

b) Art. 9 Abs. 1 VRPG bestimmt, wann eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, in den Ausstand tritt. Vorbehalten bleiben die Vorschriften über den Ausstand nach dem Gemeindegesetz (Art. 9 Abs. 3

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 34/34a N. 10 m.w.H.

⁶ Vgl. pag. 123 f. der Vorakten

VRPG). Die Ausstandspflicht für die Mitglieder und das Personal kommunaler Behörden ist in Art. 47 ff. GG⁷ geregelt. Die Ausstandsgründe des Gemeindegesetzes sind grundsätzlich milder als jene des VRPG. Gemäss Art. 47 Abs. 1 GG ist bei der Behandlung eines Geschäfts ausstandspflichtig, wer daran unmittelbar persönliche Interessen hat. Ausstandspflichtig ist ebenfalls, wer mit einer Person, deren persönlichen Interessen von einem Geschäft unmittelbar berührt werden, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist (Art. 47 Abs. 2 Bst. a GG) oder diese Person gesetzlich, statutarisch oder vertraglich vertritt (Art. 47 Abs. 2 Bst. b GG). Demgegenüber sind im Gemeindegesetz die in Art. 9 Abs. 1 Bst. b und f VRPG aufgeführten Ausstandsgründe der Mitwirkung am Vorentscheid und die mit der Generalklausel erfassten Befangenheitstatbestände wie beispielsweise die Vorbefassung oder die Voreingenommenheit nicht enthalten.⁸ Weiter bestimmt Art. 48 Abs. 1 GG, dass Ausstandspflichtige von sich aus ihre Interessenbindung offenlegen müssen. Sie dürfen sich jedoch vor Verlassen des Raumes zur Sache äussern (Art. 48 Abs. 2 GG). Art. 19 der Gemeindeordnung der Gemeinde Kirchlindach⁹ wiederholt diese Ausstandsregeln.

c) Aus den Protokollauszügen der Gemeinderatssitzungen vom 21. September 2022 und 18. Mai 2022 folgt, dass die Ausstandspflicht des Gemeinderatsmitglieds G._____ als Grundeigentümer und Vater des Bauherrn bzw. Beschwerdegegners festgestellt wurde. G._____ erhielt Gelegenheit, sich zur Sache zu äussern und trat anschliessend vor der Beschlussfassung in den Ausstand.¹⁰ Ferner trat anlässlich der Sitzungen der Kommission für Bau und Betrieb vom 14. September 2022 und vom 27. April 2022 das Kommissionsmitglied K._____, Onkel des Beschwerdegegners, in den Ausstand. Auch er erhielt vorgängig Gelegenheit, sich zur Sache zu äussern.¹¹ Es bestehen folglich keine Hinweise darauf, dass G._____ und K._____ bei der Behandlung des Baugesuchs behördlich mitgewirkt haben. Dass sich beide vorgängig zum Geschäft äussern konnten, ist gemäss Art. 48 Abs. 2 GG zulässig und bewirkt keine Verletzung der Ausstandsregeln oder gar des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführenden. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass die Bauinspektorin am Bauvorhaben ein unmittelbar persönliches Interesse im Sinne von Art. 47 Abs. 1 GG hat – dies wurde von den Beschwerdeführenden denn auch nicht geltend gemacht. Ebenso wenig liegt ein Ausstandsgrund nach Art. 47 Abs. 2 GG vor. Die Beschwerdeführenden konnten am 2. Juni 2022 im vorinstanzlichen Verfahren bereits Schlussbemerkungen einreichen. Aufgrund des erst im Anschluss daran ergangenen Fachberichts zu den energietechnischen Massnahmen¹² erhielten sie mit Schreiben vom 21. Juli 2022 erneut Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Dass die Bauinspektorin den Beschwerdeführenden in diesem Schreiben zugleich mitteilte, es sei vorgesehen, positiv über das Bauvorhaben zu verfügen,¹³ vermag deshalb noch keine Ausstandspflicht zu begründen.

Der Vollständigkeit halber sei schliesslich darauf hingewiesen, dass der angefochtene Bauentscheid von der Ressortvorsteherin L._____ mitunterzeichnet wurde. Da die Beschwerdeführenden diesbezüglich keine Beanstandungen vorgebracht haben, ist davon auszugehen, dass die Ressortvorsteherin mit dem Beschwerdegegner nicht verwandt ist. Zusammengefasst wurden keine Ausstandsregeln verletzt.

⁷ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11)

⁸ Lucie von Büren, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 44

⁹ Gemeindeordnung der Gemeinde Kirchlindach vom 5. Dezember 2016, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 7. Juni 2017

¹⁰ Pag. 69 ff. und 83 ff. der Vorakten

¹¹ Pag. 76 ff. und 86 ff. der Vorakten

¹² Vgl. pag. 17 ff. der Vorakten

¹³ Vgl. pag. 53 der Vorakten

3. Einigungsverhandlung und Bekanntmachung

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, der Verzicht auf eine Einigungsverhandlung trotz ihrer in der Eingabe vom 24. August 2022 vorgebrachten, berechtigten Einwände und Fragestellungen erwecke den Eindruck, dass der J. _____ in unbefugter Weise auf das Verfahren Einfluss genommen habe. So hätten sie in ihrer Eingabe gerügt, dass es weder der Grundeigentümer noch der Baugesuchsteller für nötig befunden habe, ihnen als unmittelbare Nachbarn das Projekt und die Beweggründe dafür vorzustellen sowie auf Einwände und Fragen einzugehen, wie es eigentlich bei derartigen Projekten unter Nachbarn üblich sei. Es sei unklar, weshalb die Gemeinde keine Einigungsverhandlung durchgeführt habe. Sie ergänzen in ihren Schlussbemerkungen vom 7. März 2023, aufgrund der ungenauen Pläne wäre eine Einigungsverhandlung angezeigt gewesen. Der Beschwerdegegner habe weder während noch nach der Einsprachefrist das Gespräch gesucht. Es sei jedoch nicht nachvollziehbar, dass die Durchführung einer Einigungsverhandlung von der Gemeinde bzw. vom Beschwerdegegner als aussichtslos beurteilt worden sei, ohne dass die Standpunkte diskutiert worden seien. Es sei den Beschwerdeführenden nach wie vor ein Anliegen, die gegenseitigen nachbarlichen Interessen zu besprechen und eine für beide Seiten akzeptable Lösung zu finden.

Die Gemeinde führt in ihrer Stellungnahme aus, sie habe auf eine Einigungsverhandlung verzichtet, da die entscheidungsrelevanten Fakten bekannt gewesen seien. Ob der Baugesuchsteller und/oder der Grundeigentümer die Nachbarschaft über das Vorhaben informiert habe, sei nicht Sache des öffentlichen Rechts. Die Bekanntmachung des Bauvorhabens sei am 6. und 13. April 2022 im Anzeiger der Region Bern erfolgt.

Der Beschwerdegegner bringt vor, es bestehe keine Pflicht zur Durchführung einer Einigungsverhandlung. Er habe erfolglos das Gespräch mit den Beschwerdeführenden gesucht. Eine Einigungsverhandlung sei aussichtslos erschienen, weshalb darauf habe verzichtet werden können.

b) Gemäss Art. 34 Abs. 1 BewD kann die Baubewilligungsbehörde eine Einigungsverhandlung durchführen, sofern die Beteiligten nicht darauf verzichten. Da es sich um eine «Kann»-Formulierung handelt, liegt es im Ermessen der Baubewilligungsbehörde, ob sie eine Einigungsverhandlung durchführt oder nicht. Die Parteien haben keinen Anspruch auf die Durchführung einer Einigungsverhandlung.¹⁴ Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführenden ist folglich unbegründet. Hinsichtlich der Ausstandsvorschriften wurde soeben dargelegt, dass diese eingehalten wurden.

c) Die Bekanntmachung von Baugesuchen ist in den Art. 25 ff. BewD geregelt und obliegt der Baubewilligungsbehörde.¹⁵ Die Baubewilligungsbehörde macht das Gesuch durch Veröffentlichung bekannt (vgl. Art. 26 Abs. 1 BewD). Die Veröffentlichung erfolgt an zwei aufeinanderfolgenden Herausgabedaten im amtlichen Publikationsorgan der Gemeinde. Vorbehalten bleibt die Veröffentlichung im Amtsblatt, wenn die Gesetzgebung dies vorsieht (Art. 26 Abs. 2 BewD). Eine Veröffentlichung ist nicht erforderlich, wenn ein baubewilligungspflichtiges Bauvorhaben nur die Nachbarinnen und Nachbarn betrifft. Diesfalls genügt die Mitteilung an diese Personen (Art. 27 Abs. 1 BewD; sog. kleine Baubewilligung). Die persönliche Benachrichtigung der Nachbarschaft ist nur bei kleinen Baubewilligungen vorgeschrieben, als Ersatz für die fehlende Veröffentlichung des Baugesuchs. Erfolgt dagegen eine Veröffentlichung des Baugesuchs im amtlichen Publikationsorgan der Gemeinde, besteht

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 31

¹⁵ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 7

keine Pflicht zur persönlichen Benachrichtigung.¹⁶ Das Bauvorhaben wurde im Anzeiger der Region Bern am 6. und 13. April 2022 publiziert.¹⁷ Soweit die Beschwerdeführenden mit ihrem Vorbringen auf eine persönliche Benachrichtigung im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BewD anspielen, erweist sich ihre Rüge ebenfalls als unbegründet.

4. Ausnahmegewilligung für das Flachdach

a) Das Baureglement der Gemeinde Kirchlindach regelt in den Art. 411 ff. GBR¹⁸ die Bau- und Aussenraumgestaltung. Bauten und Anlagen sind nach den Grundsätzen des nachhaltigen Bauens so zu gestalten, dass zusammen mit der bestehenden Umgebung eine gute Gesamtwirkung entsteht (vgl. Art. 411 Abs. 1 GBR). In Art. 414 GBR ist die Dachgestaltung normiert. Die Dachgestaltung hat sich grundsätzlich nach den ortsüblichen oder vorherrschenden Merkmalen zu richten, die das Strassen-, Quartier- oder Ortsbild prägen (vgl. Art. 414 Abs. 1 GBR). In der Wohnzone W2a sind nur symmetrisch geneigte Schrägdächer von 20 bis 40 Grad Neigung oder asymmetrische Schrägdächer innerhalb der Dachbegrenzungslinie zugelassen (vgl. Art. 414 Abs. 2 GBR). Auch der Erläuterungsbericht zur Ortsplanungsrevision vom 21. Juni 2010 hält ausdrücklich fest, dass (symmetrisch) geneigte Dächer in der Wohnzone W2a vorgeschrieben seien.¹⁹

Für An- und Nebenbauten ist die Dachform demgegenüber frei (vgl. Art. 414 Abs. 3 GBR). Das Gemeindebaureglement enthält sowohl für die bewohnten als auch die unbewohnten An- und Nebenbauten Bestimmungen. Bewohnte An- und Nebenbauten oder Gebäudeteile sind eingeschossige Gebäude, die für den dauernden Aufenthalt von Mensch und Tier bestimmt sind und die in ihren Dimensionen die zulässige Masse nicht überschreiten (Art. A121 Abs. 1 GBR). Gemäss Art. 215 Abs. 2 Bst. a GBR gilt für bewohnte An- und Nebenbauten eine Gebäudefläche von maximal 40 m². Auch für die unbewohnten An- und Nebenbauten (vgl. Art. A122 GBR) gilt eine Gebäudefläche von maximal 40 m² (Art. 215 Abs. 2 Bst. b GBR). Soweit die zulässige maximale Gebäudefläche überschritten wird, liegt folglich keine An- und Nebenbaute, sondern eine Hauptbaute vor. Mit anderen Worten dürfen bei bewohnten An- und Nebenbauten nur bis zu einer Gebäudefläche von maximal 40 m² Flachdächer erstellt werden.

b) Gemäss Grundriss-, Schnitt-, Fassaden-, Umgebungs- und Erschliessungsplan vom 21. März 2022 ist für die Zweitwohnung ein Flachdach vorgesehen. Die Zweitwohnung weist eine Gebäudefläche von 56.45 m² und damit von mehr als 40 m² auf. Sie bedarf unbestrittenemassen einer Ausnahmegewilligung für die Dachgestaltung. Der Beschwerdegegner stellte am 21. März 2022 ein Ausnahmegesuch und begründete dies wie folgt:

Um den Anbau vom best. Gebäude zu differenzieren und ästhetisch sauber zu trennen ist ein Flachdach ideal. Der Anbau wirkt damit leichter und ordnet sich dem best. Hauptgebäude unter. Ein Schrägdach wäre aus unserer Sicht viel zu mächtig.²⁰

c) Die Gemeinde führt im angefochtenen Bauentscheid aus, die besonderen Verhältnisse im Sinne von Art. 26 BauG würden aus dem Ausnahmegesuch hervorgehen. Die Ausnahmegewilligung verletze keine öffentlichen Interessen. Das öffentliche Interesse, das grundsätzlich in der Einhaltung der Bauvorschriften begründet liege, werde nicht beeinträchtigt.

¹⁶ BGer 1C_561/2019 vom 12.10.2020 E. 3.3

¹⁷ Pag. 88 f. der Vorakten

¹⁸ Baureglement der Gemeinde Kirchlindach vom 22. Juni 2010, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern am 12. Juni 2012

¹⁹ Erläuterungsbericht zur Ortsplanungsrevision vom 21.6.2010, S. 33, Ziff. 5.3

²⁰ Pag. 129 der Vorakten

Durch das Flachdach entstehe ein ästhetisch schlichterer Bau als bei Einhaltung der vorgeschriebenen Dachform. Mit dem Flachdach könne die Hierarchie zwischen Hauptgebäude und Anbau stärker verdeutlicht werden. Durch die Erteilung der Ausnahmegewilligung würden auch keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzt. Weiter habe sie bereits bei anderen Anbauten die Ausnahmegewilligung zum Bau eines Flachdaches erteilt.

In ihrer Stellungnahme vom 1. Dezember 2022 ergänzt die Gemeinde, da beim Anbau die Masse gemäss Art. 215 Abs. 2 Bst. a GBR überschritten würden, gelte er als Hauptbau. Die Kommission für Bau und Betriebe sowie der Gemeinderat hätten das Ausnahmegesuch gutgeheissen und an der gängigen Praxis festgehalten. Zudem gliedere sich der Erweiterungsbau mit einem Flachdach deutlich besser ins Quartier ein, da eine Hierarchie zwischen Haupt- und Erweiterungsbau sowie eine Unterscheidung zwischen alt und neu erkennbar sei.

d) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Argumentation der Gemeinde sei widersprüchlich. Einerseits räume sie ein, dass die Baute aufgrund der Gebäudefläche als Hauptgebäude gelte. Andererseits betone sie die Wichtigkeit einer klaren Hierarchie zwischen dem Hauptbau und dem «Anbau». Damit werde der Normzweck, aus Gründen des Ortsbildschutzes in der Zone W2a keine grossflächigen Flachdächer zuzulassen, torpediert. Besondere Verhältnisse seien keine ersichtlich. Die Baute könne ohne Weiteres auf eine Fläche von 40 m² reduziert werden.

In ihren Schlussbemerkungen vom 7. März 2023 ergänzen die Beschwerdeführenden, die Gemeinde begründe die Ausnahme in erster Linie mit der «gängigen Praxis», ohne diese näher zu erläutern. Im betreffenden Quartier und gegenüberliegend an der H. _____ strasse seien bisher keine solchen Ausnahmen bei Bauten mit einer Fläche von mehr als 40 m² gewährt worden. Es bestehe die Vermutung, dass es sich um eine neue Praxis «ad personam» handle. Flachdächer bei Bauten mit einer Fläche von über 40 m² würden das Ortsbild empfindlich stören.

e) Der Beschwerdegegner moniert in seiner Beschwerdeantwort, der Anbau mit einem Flachdach wirke deutlich leichter und ordne sich damit dem bestehenden Hauptgebäude unter. Aus gestalterischer und ortsplanerischer Sicht sei ein Flachdach, wie bei An- und Nebenbauten üblich, vorliegend zweckmässiger als ein Schrägdach.

f) Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen können insbesondere von den Nutzungsvorschriften, den Bauabständen, den Vorschriften zu den Gebäudedimensionen, der Gestaltung oder der Ästhetik gewährt werden.²¹ Ausnahmen dürfen jedoch 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,

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 1

ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte. Eine Ausnahmegewilligung rechtfertigt sich deshalb insbesondere dann nicht, wenn zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen. Allenfalls muss ein Bauvorhaben verkleinert werden.

Eine ästhetisch bessere Lösung kann dann ein Ausnahmegrund sein, wenn ohne die Ausnahme keine befriedigende Gestaltung erreicht werden kann. Dies ist bei Neubauten aber kaum je der Fall, da die Gestaltungsmöglichkeiten im Allgemeinen wesentlich grösser sind als bei An- und Umbauten. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Ausnahmegrund keine absolute Grösse ist. Ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, hängt von drei Komponenten ab: vom Interesse an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung.²²

Im Übrigen darf eine einzelne Ausnahme nicht so weit von der baurechtlichen Grundordnung abweichen, dass diese völlig missachtet würde. Das käme einer unzulässigen Normkorrektur gleich. Auf eine solche liefe es auch hinaus, wenn die Ausnahme systematisch oder für ein grösseres Gebiet gewährt würde. Weitreichende oder systematische Abweichungen von der Grundordnung benötigen entweder eine Überbauungsordnung oder eine Änderung des Baureglements.²³ Die Korrektur einer allgemein unbefriedigenden bau- und planungsrechtlichen Ordnung kann nicht Gegenstand einer Ausnahmegewilligung sein.²⁴

Soweit der Gemeinde beim Erlass der Rechtsnormen Autonomie zukommt, geniesst sie auch bei der Anwendung des kommunalen Rechts einen gewissen Beurteilungsspielraum. Es ist vorab Sache der Gemeinde zu bestimmen, wie sie ihre eigene Vorschrift verstanden haben will. Ist ihre Auslegung der Norm rechtlich vertretbar, darf die Rechtsmittelbehörde nicht einer anderen, ebenfalls möglichen oder vertretbaren Auslegung den Vorzug geben. Das gilt selbst dann, wenn die Gemeinde in einem Bereich, in dem sie selber Vorschriften erlassen kann, eine kantonale Vorschrift zu ihrer eigenen gemacht hat. Die Autonomie der Gemeinde reicht jedoch nur so weit, wie es die kantonale Gesetzgebung zulässt.²⁵ Soweit es nicht um die Auslegung oder Anwendung einer kommunalen Norm, sondern um die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gestützt auf den kantonalrechtlichen Art. 26 BauG geht, kommt die Gemeindeautonomie nicht zu tragen. Eine Ausnahmegewilligung kann nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 26 BauG erfüllt sind, namentlich wenn ein Ausnahmegrund vorliegt.²⁶

g) Es trifft zwar zu, dass die Bauparzelle bereits mit einem Einfamilienhaus bebaut ist und der Zweitwohnungsanbau mit einem Flachdach grundsätzlich schlichter wirkt. So werden im Allgemeinen für Anbauten an Einfamilienhäuser mit Satteldächern mehrheitlich Flachdächer gewählt. Dies führt jedoch nicht dazu, dass besondere Verhältnisse vorliegen, die ohne Weiteres eine Abweichung von Art. 414 Abs. 2 GBR rechtfertigen würden. Der Beschwerdegegner macht insbesondere nicht geltend und es ist nicht ersichtlich, dass ein kleinerer Anbau (beispielsweise in Form einer Einzimmerwohnung oder in Form einer Vergrösserung des bestehenden Wohnraums ohne separaten Eingang) auf der fraglichen Parzelle nicht oder kaum vernünftig reglementskonform möglich wäre. Vielmehr wäre grundsätzlich denkbar, dass ein Anbau erstellt wird, der die baupolizeilichen Masse gemäss Art. 215 Abs. 2 Bst. a GBR einhält und damit keine Ausnahmegewilligung für die Dachgestaltung voraussetzt. Der Beschwerdegegner verweist zwar auf die engen Platzverhältnisse auf der Bauparzelle. Diese sind jedoch nicht auf die

²² Vgl. zum Ganzen: Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4 f.

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 2

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 26-31 N. 1a

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 4. Aufl., Bern 2017, Art. 65 N. 1 und 3

²⁶ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 9-10 N. 5, Vorbemerkungen zu den Art. 26-31 N. 1 ff.

Besonderheiten der Parzelle an sich zurückzuführen, sondern hängen damit zusammen, dass darauf bereits ein Einfamilienhaus steht. Das Bedürfnis des Beschwerdegegners nach einer Zweitwohnung neben dem Elternhaus ist grundsätzlich nachvollziehbar. Der Wunsch nach einer Ideallösung oder einer intensiveren Ausnützung einer Bauparzelle stellt aber kein besonderes Verhältnis nach Art. 26 BauG dar. Die Bauherrschaft ist in solchen Fällen verpflichtet, ihr Bauvorhaben zu verkleinern. Dass der geplante Anbau zur Siedlungsverdichtung nach Innen beitragen würde, ändert daran nichts. Das Gebot der haushälterischen Bodennutzung ist ein allgemeiner Grundsatz, der immer aufgeführt werden kann und deshalb keinen Ausnahmegrund darstellt.²⁷ Insgesamt sind keine besonderen Verhältnisse gegeben, die eine Ausnahme von Art. 414 Abs. 2 GBR rechtfertigen würden.

Hinzu kommt, dass entgegen den Ausführungen der Vorinstanz und des Beschwerdegegners durch eine Ausnahmeerteilung das öffentliche Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften tangiert würde. Art. 414 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 215 Abs. 2 Bst. a GBR legen die Dachgestaltung und die maximal zulässigen Masse für bewohnte Anbauten in der Wohnzone W2a fest. Diese Vorschriften prägen die Erscheinung der Wohnzone W2a und damit das Ortsbild. Dementsprechend wird auch in der Hinweisspalte zu Art. 414 GBR erwähnt, dass die Dachgestaltung einen entscheidenden Einfluss auf eine intakte Dachlandschaft und damit auf das Ortsbild habe. Durch eine Ausnahmeerteilung würde das öffentliche Interesse an einer einheitlichen Dachgestaltung und der Einhaltung der zulässigen Masse für bewohnte Anbauten beeinträchtigt. Soweit die Gemeinde Kirchlindach zum Schluss gelangt, dass Art. 414 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 215 Abs. 2 Bst. a GBR den heutigen Bedürfnissen nicht mehr entsprechen, hat sie dies im Rahmen einer Revision des Baureglements anzugehen. Auch aus diesen Gründen kann keine Ausnahme von Art. 414 Abs. 2 GBR erteilt werden.

h) Daran ändert im Übrigen auch der Umstand nichts, dass die Vorinstanz auf ihre «gängige Praxis» und darauf hinweist, dass bereits bei anderen Anbauten die Ausnahmegewilligung zum Bau eines Flachdaches erteilt worden sei.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit in der Regel dem Gleichbehandlungsprinzip gemäss Art. 8 Abs. 1 BV²⁸ vor. Die Gesuchstellenden können sich nicht darauf berufen, anderen Gesuchstellenden sei auch abweichend vom Gesetz eine Bewilligung erteilt worden. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird nur ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige (d.h. nicht nur in einzelnen Fällen) gesetzeswidrige Praxis der Behörde besteht und diese zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenkt. Schliesslich dürfen keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, die im Einzelfall eine gesetzeskonforme Entscheidung verlangen. Wird eine ständige Praxis zum ersten Mal einer gerichtlichen Prüfung unterzogen, ist davon auszugehen, dass die Behörde ihre rechtswidrige Praxis anpasst.²⁹

Es ist nicht ersichtlich, dass die Gemeinde Kirchlindach eine ständige gesetzeswidrige Praxis hinsichtlich der Ausnahmegewilligung von Flachdächern verfolgt. Der Verweis auf eine nicht weiter umschriebene «gängige Praxis» genügt nicht für eine solche Annahme. Selbst wenn eine solche Praxis bestünde, würde das öffentliche Interesse an der einheitlichen Dachgestaltung und damit dem Ortsbild überwiegen. Die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht sind damit nicht erfüllt.

²⁷ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 5 sechstes Lemma mit Hinweisen

²⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²⁹ BGer 1C_414/2015 vom 10.2.2016 E. 4.2; 1C_43/2015 vom 6.11.2015 E. 6; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 2a N. 7 m.w.H.

i) Nach dem Gesagten ist der angefochtene Bauentscheid aufzuheben, dem Bauvorhaben des Beschwerdegegners ist der Bauabschlag zu erteilen und die Beschwerde ist gutzuheissen. Eine Prüfung der weiteren Rügen erübrigt sich. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich eine Projektanpassung auf die äusseren Masse und/oder die Dachgestaltung und allenfalls auch auf den Standort der Zweitwohnung ausgewirkt hätte, womit der Rahmen von Art. 43 BewD für eine Projektänderung im Beschwerdeverfahren gesprengt worden wäre. Es wurde deshalb darauf verzichtet, dem Beschwerdegegner im Beschwerdeverfahren Gelegenheit zur Einreichung einer Projektänderung zu geben.

5. Beweisanträge

a) Die Beschwerdeführenden stellen mehrere Beweisanträge hinsichtlich der Verkehrssicherheit. Weiter beantragen sie, der Beschwerdegegner sei anzuweisen, Projektpläne nachzureichen. Auch sei die Gemeinde anzuweisen, eine Prüfung durch einen unabhängigen Geometer vorzunehmen und einen Fachbericht beim Amt für Wasser und Abfall (AWA) einzuholen.

b) Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest; sie sind nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden (Art. 18 VRPG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG) verpflichtet aber die Behörden, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese nötig sind für die Klärung des Sachverhalts. Wenn die Behörde bei freier, pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, so kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.³⁰

c) Von den beantragten Beweismassnahmen sind keine neuen, relevanten Erkenntnisse zu erwarten. Sie beziehen sich auf Rügen, die aufgrund des Verfahrensausganges nicht weiter geprüft werden müssen. Die Beweisanträge werden daher abgewiesen.

6. Fazit und Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdegegner. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 2000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³¹).

Der Beschwerdegegner hat als Baugesuchsteller grundsätzlich die amtlichen Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens zu tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD). Diese betragen laut Dispositivziffer IV.5. des angefochtenen Entscheids gesamthaft CHF 3894.15. Gemäss Art. 35 des Gebührenreglements der Gemeinde Kirchlindach vom 3. Juni 2013 kann die Bewilligungsbehörde die Gebühr im Falle eines Bauabschlags reduzieren oder darauf verzichten. Dies liegt im Ermessen der Gemeinde, auch wenn der Bauabschlag erst mit dem Rechtsmittelentscheid erfolgt. Dem Beschwerdegegner werden mit vorliegendem Entscheid daher die gesamten erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 3894.15 auferlegt. Die Gemeinde hat jedoch nach wie vor die Möglichkeit, gemäss Art. 35 ihres Gebührenreglements vorzugehen.

³⁰ BVR 2017 S. 255 E. 5.1, 2012 S. 252 E. 3.3.3, je mit Hinweisen

³¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

b) Der Beschwerdegegner hat zudem den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden beläuft sich auf CHF 4649.40 (Honorar CHF 4200.00, Auslagen CHF 126.00, Mehrwertsteuer CHF 323.40) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Der Beschwerdegegner hat somit den Beschwerdeführenden Parteikosten von CHF 4649.40 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Bauentscheid der Gemeinde Kirchlindach vom 29. September 2022 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 24. März 2022 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 2000.– werden dem Beschwerdegegner zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von CHF 3894.15 werden dem Beschwerdegegner zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso der Kosten ist die Gemeinde zuständig.

3. Der Beschwerdegegner hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von CHF 4649.40 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt E._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. A._____ und/oder Frau Rechtsanwältin B._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Kirchlindach, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

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 vier 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.