

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 52 vom 20. Dezember 2016**

BE Verwaltungsgericht, 2016-12-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2016\\_52](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2016_52)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 52 du 20 décembre 2016

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 52 del 20 dicembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 4

### **E. 1.2**

Die beiden Töchter der Beschwerdeführerin wurden aufgrund des von ihnen am 22. Januar 2016 durch Schenkung erlangten Grundeigentums an der Parzelle Nr. 1\_\_\_ von Amtes wegen als notwendige Parteien am Verfahren beteiligt.

### **E. 1.3**

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

## **E. 2**

Zu prüfen ist, ob der Erweiterungsbau im Erdgeschoss bewilligt wurde bzw. nachträglich bewilligt werden kann und inwiefern allenfalls der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist.

### **E. 2.1**

Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde der jeweiligen Grundeigentümerin oder dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Fallen Grundeigentum und Bauherrschaft auseinander, so kann sich die Wiederherstellungsverfügung auch an die Bauherrschaft richten, die als Verhaltensstörerin den ordnungswidrigen Zustand bewirkt und in erster Linie für die Beseitigung der Störung einzutreten hat (BVR 2008 S. 261 E. 3.2; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I,

### **E. 2.2**

Vorab stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Erweiterungsbau im Erdgeschoss, so wie er sich heute präsentiert, Teil der am 15. August 2013 erteilten Baubewilligung ist (vgl. vorne Bst. A). Der Erweiterungsbau schliesst an die südwestliche Garagenwand und die nordwestliche Wohnzimmerwand an. Seine nordwestliche Fassade ist gemauert, isoliert und innwändig weiss gestrichen, die südwestliche Fassade besteht aus einer mehrfach verglasten, unterteilten Fensterfront. Gedeckt wird der Erweiterungsbau durch das gegen Südwesten hin weitergezogene Garagendach (vgl. Fotos in Vorakten Gemeinde ÜG 818 [act. 21A]; Beschwerdebeila-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 5 gen 9 und 12 sowie Foto Nr. 22 zum Augenschein der Gemeinde vom 8.10.2014, in Vorakten BVE [act. 6A], nach pag. 52). Auf den bewilligten Plänen ist lediglich die Betondecke über dem Erweiterungsbau als bestehend dargestellt, welche gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Gemeinde im Jahr 1960 zusammen mit dem Doppeleinfamilienhaus als Decke für den seitlich offenen Sitzplatz südwestlich der Garage bewilligt wurde (vgl. Vernehmlassung der Gemeinde vom 24.8.2015, in Vorakten BVE [act. 6A], pag. 25 ff., 29). Der Erweiterungsbau südwestlich der Garage ist hingegen weder als bestehend noch als neu eingezeichnet (vgl. Pläne [act. 6B1] in Baugesuchsakten Nr. 17553 der EG Köniz [act. 6B]). Er fehlt nicht nur im Plan Erdgeschoss, sondern auch im Plan Südfassade mit dem Hinterausgang der Garage und im Plan Westfassade mit dem Zugang zum Wohnzimmer. Auch bei der Umschreibung des Bauvorhabens im Baugesuch (in Baugesuchsakten Nr. 17553 [act. 6B], pag. 36) wird der Erweiterungsbau im Erdgeschoss nicht erwähnt. Ebenfalls fehlt er in der von der Beschwerdeführerin als Baugesuchstellerin eingereichten Berechnung der Bruttogeschossfläche (vgl. Baugesuchsakten Nr. 17553 [act. 6B], pag. 26). Die Beschwerdeführerin hat selbst im Schreiben an die EG Köniz vom 31. Oktober 2013, womit auf notwendige Änderungen bei der Umsetzung des Bauvorhabens hingewiesen wird, den Erweiterungsbau im Erdgeschoss nicht erwähnt; ebenso wenig ist er auf den zugehörigen Plänen ersichtlich (vgl. Baugesuchsakten Nr. 17553 [act. 6B], pag. 80 ff.). Die grundsätzliche Zustimmung der Gemeinde zu diesen Änderungen (unter Vorbehalt der Zustimmung der Nachbarschaft) im Antwortschreiben vom 1. November 2013 (Beschwerdebeilage 17) kann sich folglich nicht auf den Erweiterungsbau im Erdgeschoss beziehen. Dieser ist somit in der heutigen Form von der Gemeinde nie bewilligt worden. 3. Umstritten ist, ob der Erweiterungsbau nachträglich bewilligt werden kann. 3.1 Gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG wird die Wiederherstellungsverfügung aufgeschoben, wenn die oder der Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Bewilligung einreicht. Wie-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 6 der Herstellungsverfügungen sind in der Regel mit einem Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zu versehen. Von dieser Regel darf nur abgewichen werden, wenn bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden ist oder wenn das Bauvorhaben offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist bzw. wenn die materielle Rechtswidrigkeit einer Baute aufgrund klarer tatsächlicher Verhältnisse eindeutig feststeht; in beiden Fällen steht der Ausgang des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens von vornherein fest, weshalb dessen Durchlaufen prozessökonomisch nicht zu rechtfertigen ist. Sofern indes die Möglichkeit besteht, dass das Vorhaben – allenfalls unter Gewährung einer Ausnahme – nachträglich bewilligt werden kann, gebieten es die Grundsätze der Fairness und der Verhältnismässigkeit, dass die

Verfügungs- adressatin bzw. der Verfügungsadressat in der Wiederherstellungsverfü- gung in geeigneter Weise auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baube- willigungsverfahrens hingewiesen wird (BVR 2007 S. 164 E. 4.1 mit Hinweisen; VGE 2015/285 vom 14.12.2015, E. 2.2). 3.2 Die Gemeinde hat keine Gelegenheit zu einem nachträglichen Bau- gesuch gegeben mit der Begründung, dieses wäre offensichtlich nicht be- willigungsfähig. Wie der Projektverfasser anlässlich des Augenscheins ausgeführt habe, seien im Rahmen der Umbauarbeiten der angeblich vor- mals bestehende lichtdurchlässige Abschluss bei der gedeckten Fläche südwestlich der Garage komplett entfernt und die Aussenmauer entlang der Parzelle Köniz Gbbl. Nr. 2\_\_\_ neu aufgemauert und isoliert worden. Damit könne der fragliche Raumteil nicht unter die Besitzstandsgarantie fallen. Die neu aufgebaute Aussenmauer befinde sich einerseits innerhalb des Grenzabstands zur Parzelle Nr. 2\_\_\_, wofür ein Näherbaurecht fehle; andererseits müsse der Erweiterungsbau als voll ausgebauter Wohnraum an die zulässige Bruttogeschossfläche angerechnet werden, welche jedoch bereits bis auf 1 m<sup>2</sup> ausgeschöpft sei und mit dem Erweiterungsbau über- schritten werde (vgl. Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde vom 1.6.2015, Ziff. 2.16-2.18, in Vorakten Gemeinde ÜG 818 [act. 21A]). Die BVE ist ebenfalls zum Schluss gekommen, der Erweiterungsbau sei mate- riell rechtswidrig (vgl. angefochtener Entscheid E. 3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 7

#### **E. 4**

Aufl. 2013, Art. 46 N. 12).

##### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Rechtswidrigkeit des Erweite- rungsbaus und beruft sich auf die Besitzstandsgarantie. Im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaft im Jahr 2013 durch die Beschwerdeführerin habe sich am Ort des Erweiterungsbaus bereits ein zu Wohnzwecken ausge- bauer, ganzjährig bewohnbarer Wintergarten befunden, welcher in der Folge lediglich unterhalten bzw. saniert worden sei. Ein Eintrag vom 27. November 1997 im Formular der amtlichen Schätzung (Beschwerde- beilage 2) belege, dass der ursprünglich wohl offene Sitzplatz spätestens im Jahr 1997 in einen Wintergarten umgebaut worden sei. Es müsse davon ausgegangen werden, dass der Wintergarten auch bewilligt worden sei. Die EG Köniz führt in ihrer Beschwerdeantwort aus, es existiere keine Bau- bewilligung für einen Wintergarten.

##### **E. 4.2**

Nach Art. 3 BauG werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt (Abs. 1). Sie dürfen unterhalten, zeit- gemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (Abs. 2).

##### **E. 4.3**

Unter die Besitzstandsgarantie fallen nach dem Wortlaut der Be- stimmung alle aufgrund bisherigen Rechts bewilligten oder bewilligungs- freien, somit formell rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen. Der Nachweis, dass eine Baute einst bewilligt worden ist (oder bewilligungsfä- hig gewesen wäre), obliegt der Bauherrschaft; diese trägt auch die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetz- buches [ZGB; SR 210]; BGer 1A.40/2005 vom 7.9.2005, E. 6.1.1; zum Ganzen Zaugg/Ludwig,

a.a.O., Art. 3 N. 2).

#### **E. 4.3.1**

Der ursprüngliche Wintergarten war bereits unter der alten Baugesetzgebung bewilligungspflichtig (vgl. Art. 1 Abs. 1 des Baugesetzes vom

#### **E. 4.3.2**

Die Beschwerdeführerin bringt hingegen vor, der ursprüngliche Wintergarten sei bewilligt gewesen. Den Beweis dafür sieht sie darin, dass der Umbau Sitzplatz-Wintergarten am 27. November 1997 ins Formular der amtlichen Schätzung (Beschwerdebeilage 2) eingetragen wurde, der Wintergarten in der nach dem Kauf und vor dem Umbau der Liegenschaft im Jahr 2013 mit der Gebäudeversicherung Bern (GVB) abgeschlossenen Gebäudeversicherungspolice (Beschwerdebeilage 3) aufgeführt und auch auf dem Feldhandriss des Vermessungsgeometers vom 15. Juli 1998 eingetragen ist (Beilage 3 zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 29.4.2016 [act. 12A]). Diese Dokumente belegen aber lediglich, dass mindestens seit 1997 ein Wintergarten existiert hat (vgl. auch Fotos in den Beschwerdebeilagen 4-7), sagen jedoch nichts darüber aus, ob dieser auch baubewilligt wurde. Die amtliche Schätzung dient und diente bereits unter dem alten Gesetz vom 29. Oktober 1944 über die direkten Staats- und Gemeindesteuern (aStG; GS 1944 S. 153 ff.; in Kraft bis 31.12.2000) den Steuerbehörden zur Erhebung der Steuern (vgl. Art. 117 aStG). Eine Berichtigung konnte u.a. auf Antrag der steuerpflichtigen Person vorgenommen werden (Art. 111 aStG). Die Rechtmässigkeit der Bauteile wurde dabei nicht überprüft. Auch die GVB-Police aus dem Jahr 2013 besagt nur, dass zu diesem Zeitpunkt ein Wintergarten existierte. Die GVB kann von der Grundeigentümerschaft jederzeit zur Neuschätzung des Grundstücks aufgeboten werden. Dieses Vorgehen empfiehlt sich insbesondere nach wertvermehrenden Umbau- oder Renovationsarbeiten, damit der Gebäudeversicherungswert an die neuen Verhältnisse angepasst wird und die Grundeigentümerschaft im Schadensfall ausreichend versichert ist. Bei der Neuschätzung nimmt sie den Ist-Zustand auf, überprüft jedoch nicht, ob die vorhandenen Bauten rechtmässig sind. Auch der Feldhandriss des Nachführungsgeometers aus dem Jahr 1998 sagt nichts darüber aus, ob der Wintergarten bewilligt wurde. Dies geht namentlich aus Art. 38 Abs. 2 Bst. c des Gesetzes vom 15. Januar 1996 über die amtliche Vermessung (AVG; BAG 96-60; Art. 38 in Kraft vom 1.1.1998 bis 31.12.2015) hervor, welcher festhält, dass die Gemeinde für die Nachführung der Bauten und der Anlagen gebührenpflichtig ist, für die eine Bewilligung fehlt. Aus den von

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 9 der Beschwerdeführerin eingereichten Beweismitteln kann nach dem Gesagten nicht geschlossen werden, dass der Wintergarten bewilligt war. Die Tatsache, dass bei der Bauverwaltung der Gemeinde keine Baubewilligung vorhanden ist, spricht vielmehr dafür, dass der Wintergarten ohne Baubewilligung erstellt wurde. Auch das Schreiben des Voreigentümers vom 3. März 2016 (act. 18A), in welchem dieser ausführt, das Haus sei in den 60er-Jahren mit einem Gartensitzplatz erstellt worden, sein Vater habe nach 20 Jahren mit Gratisscheiben eine Seitenwand parallel zur Liegenschaft Nr. 2\_\_\_ erstellt und den Sitzplatz später durch eine Schiebetüre ganz geschlossen, lässt vermuten, dass der Wintergarten nicht bewilligt war. Entgegen ihren Ausführungen durfte die Beschwerdeführerin nicht guten Glaubens davon ausgehen, dass alle Bauteile der Liegenschaft baubewilligt waren. Käuferinnen und Käufer können keine bessere

Rechtsposi- tion erwerben als die Verkäuferschaft innehatte; insbesondere können sie aus dem (rechtswidrigen) Verhalten der Verkäuferschaft nichts für sich ab- leiten und sich nicht auf gutgläubigen Erwerb berufen (BVR 1997 S. 23 E. 5b; VGE 21713 vom 6.12.2004, E. 5.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. b). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdefüh- rerin den Nachweis, dass der ursprüngliche Wintergarten bewilligt war, nicht erbringen konnte; aufgrund der fehlenden Baubewilligung muss viel- mehr davon ausgegangen werden, dass dieser Gebäudeteil nicht bewilligt war.

### **E. 4.3.3**

Dass der Wintergarten bewilligungsfähig gewesen wäre, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. Aufgrund des Eintrags vom 27. November 1997 im Formular der amtlichen Schätzung und des Feld- handrisses des Vermessungsgeometers vom 15. Juli 1998 ist davon aus- zugehen, dass der Wintergarten im Jahr 1997 oder kurz davor (fertig) erstellt wurde. Nach dem schon damals geltenden Baureglement der EG Köniz vom 7. März 1993 (GBR) hielt der rund 2 m von der Nachbarpar- zelle Nr. 2\_\_\_ und rund 7,5 m vom Gebäude auf dieser Parzelle entfernt liegende Wintergarten sowohl den kleinen Grenzabstand von 5 m als auch den Gebäudeabstand von 10 m (Art. 67 i.V.m. Art. 68 Abs. 1, Art. 69 Abs. 1 und Art. 93 GBR) nicht ein. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass ein Näherbaurecht seitens der Grundeigentümerschaft der Parzelle Nr. 2\_\_\_ erteilt worden wäre. Aber selbst wenn dies zutreffen sollte, hätte

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 10 ein Grenzabstand von 2,5 m eingehalten werden müssen und hätte der Gebäudeabstand von 10 m gegolten (Art. 77 Abs. 1 GBR). Der Winter- garten wäre somit nicht bewilligungsfähig gewesen. Es kann folglich darauf verzichtet werden, Nachforschungen in alten Baugesuchsunterlagen zu dieser Frage in Auftrag zu geben. Der entsprechende Beweisantrag wird abgewiesen. Im Übrigen ist es unwahrscheinlich, dass solche Unterlagen überhaupt existieren, verfügt doch die Gemeinde über keine Baubewilli- gung für den Wintergarten (vgl. vorne E. 4.3.2). Ob die in der W IIa geltende Ausnützungsziffer von 0,6 (vgl. Art. 58 Abs. 1 i.V.m. Art. 93 GBR) eingehalten gewesen wäre, kann somit offenbleiben. Es spielt demnach auch keine Rolle, ob – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – der Wintergarten ein Energiegewinnungs-Wintergarten im Sinn von Art. 93 Abs. 2 Bst. g BauV in der bis zum 31. August 2009 geltenden Fassung (GS 1985 S. 106 ff., 135) war und als solcher nicht an die Bruttogeschoss- fläche hätte angerechnet werden müssen.

### **E. 4.3.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der ursprüngliche Winter- garten weder bewilligungsfrei gewesen ist noch bewilligt wurde oder bewil- ligungsfähig gewesen wäre, weshalb sich die Beschwerdeführerin bereits deshalb nicht auf die Besitzstandsgarantie berufen kann.

### **E. 4.4**

Aber selbst wenn man entgegen dem Gesagten davon ausginge, dass der ursprüngliche Wintergarten bewilligt oder bewilligungsfähig war, wäre der nun dort bestehende Erweiterungsbau aus nachfolgenden Über- legungen nicht Besitzstandsgeschützt:

#### **E. 4.4.1**

Die Besitzstandsgarantie erlaubt, bestehende Bauten zu unterhal- ten, zeitgemäss zu erneuern und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umzubauen

oder zu erweitern (Art. 3 Abs. 2 BauG). Davon nicht gedeckt sind der Abbruch und Wiederaufbau einer Baute oder Anlage sowie deren neubauähnliche Umgestaltung (BVR 2009 S. 514 E. 3.3; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 3a f.). Denn die Norm be- zweckt den Schutz der ursprünglichen, unter altem Recht getätigten bauli- chen Investition und kommt dort nicht zum Tragen, wo diese bereits ver- nichtet worden ist (BVR 2001 S. 125 E. 3; VGE 2015/194 vom 2.3.2016, E. 4.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 3b; Konrad Willi, Die Besitzstands- garantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 11 Diss. Zürich 2003, S. 45 f.; Christophe Cueni, Die Besitzstandsgarantie für baurechtswidrig gewordene Bauten und Anlagen in der Bauzone, in KPG- Bulletin 2007 S. 114 ff., 121 f.).

#### **E. 4.4.2**

Der Projektverfasser der Beschwerdeführerin hat am Augenschein der Gemeinde vom 8. Oktober 2014 erklärt, der Anbau habe bereits vor dem Umbau existiert. Der nordwestliche Abschluss habe aus einem Sand- steinblock und einem lichtdurchlässigen Abschluss bestanden. Sowohl der Sandsteinblock als auch die Leichtkonstruktion des nordwestlichen Ab- schlusses seien beim Umbau vollständig entfernt worden. Die heutige Mauer sei neu aufgebaut und gemäss den Energievorschriften isoliert wor- den (vgl. Protokoll Augenschein, in Vorakten BVE [nach pag. 52], S. 3). Diese Aussagen werden durch die sich in den Akten befindenden Fotos bestätigt. Daraus ist ersichtlich, dass beim ursprünglichen Wintergarten sowohl die Nordwest- als auch die Südwestfassade verglast waren und zumindest die Nordwestfassade auf einem Steinfundament stand (vgl. Be- schwerdebeilagen 5-7). Die Nordwestfassade des heute bestehenden Er- weiterungsbaus ist gemauert und innwändig weiss gestrichen, die Süd- westfassade bildet eine unterteilte Fensterfront (vgl. Fotos Gemeinde, in Vorakten Gemeinde ÜG 818 [pag. 21A]; Beschwerdebeilage 9; Foto Nr. 22 zum Augenschein der Gemeinde, in Vorakten BVE [nach pag. 52]; vgl. auch vorne E. 3.2).

#### **E. 4.4.3**

Vom ursprünglichen, verglasten Wintergarten ist demnach nichts mehr übrig. Beide Glasfassaden wurden (inkl. Fundament) komplett ent- fernt und durch neue Bauteile ersetzt. Dass es sich dabei um typähnliche Aussenwände handelt, trifft nach dem vorstehend Gesagten nicht zu. Ob die vollständige Beseitigung der beiden Glaswände und der Einbau der nun bestehenden Wände notwendig waren, um einerseits die angeblich marode Betondecke zu sanieren und andererseits die solide Abstützung des Win- tergartens im Obergeschoss sicherzustellen, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, spielt mit Blick auf die Besitzstandsgarantie keine Rolle. Die ursprünglich für die Errichtung des Wintergartens getätigten Investitionen wurden mit der vollständigen Entfernung der Glaswände und des Funda- ments sowie dem Einbau neuer Elemente komplett zunichte gemacht, weshalb die Besitzstandsgarantie nicht mehr zum Tragen kommt. Daran

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 12 ändert auch die Tatsache nichts, dass die Betondecke, welche den Winter- garten überdeckte, belassen und lediglich saniert wurde. Diese wurde im Übrigen nicht im Zusammenhang mit dem Wintergarten erstellt, sondern bereits 1960 mit dem Bau des Doppeleinfamilienhauses, und diente als (bewilligte) Decke des seitlich offenen

Gartensitzplatzes südwestlich der Garage (vgl. dazu Vernehmlassung der Gemeinde vom 24.8.2015 an die BVE, in Vorakten BVE [act. 6A], pag. 29, sowie vorne E. 3.2). Ist der Erweiterungsbau nicht besitzstandsgeschützt, sondern als Neubau zu betrachten, kann die Beschwerdeführerin aus der Tatsache, dass früher während mindestens 16 Jahren ein Wintergarten bestanden hatte, welcher den Grenzabstand und den Gebäudeabstand nicht einhielt, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Neubau hat geltendes Recht zu respektieren und ist, da er wie der ursprüngliche Wintergarten sowohl den Grenz- als auch den Gebäudeabstand verletzt (vgl. dazu vorne E. 4.3.3), nicht bewilligungsfähig.

#### **E. 4.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der bestehende Erweiterungsbau nicht unter die Besitzstandsgarantie fällt. Der angefochtene Entscheid ist in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden. 5.1 Steht fest, dass eine Baute nachträglich nicht bewilligt werden kann, so ist darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden muss. Eine Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 47 Abs. 6 BewD; statt vieler BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9). Das öffentliche Interesse ist im Allgemeinen gegeben, da der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und der consequenten Verhinderung von Bauten und Anlagen, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, grosses Gewicht beizumessen ist (BVR 2003 S. 97 E. 3d; BGE 136 II 359 E. 6; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a). Verhältnismässig ist die Wiederherstellungsverfügung aber nur, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel tatsächlich zu erreichen, nicht weiter geht als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 13 pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch eine Bauherrschaft berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (BVR 2006 S. 444 E. 6.1, 2003 S. 97 E. 3b; BGE 132 II 21 E. 6.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. c, je mit Hinweisen). 5.2 Im vorliegenden Fall besteht das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vorab in der Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften. Würden die Bestimmungen zu den Bauabständen von der Gemeinde nicht konsequent durchgesetzt, wäre zu befürchten, dass diese künftig nicht mehr beachtet würden. Das öffentliche Interesse ist aber auch deshalb gegeben, weil Grenzabstandsvorschriften nicht nur die Nachbarschaft vor mannigfaltigen Beeinträchtigungen schützen sollen, sondern auch öffentlichen Interessen dienen wie gute Gestaltung des Ortsbildes, Ästhetik sowie Gesundheits- und Feuerpolizei (BVR 2016 S. 402 E. 8.8.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 8). 5.3 Soweit die Beschwerdeführerin die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als unverhältnismässig erachtet, gilt es Folgendes festzuhalten: 5.3.1 Entgegen ihren Ausführungen war die Beschwerdeführerin bei der Bauausführung keineswegs gutgläubig. Obwohl sie sich diverse Umbauarbeiten am Haus bewilligen liess, verzichtete sie darauf, ein Baugesuch für den Abbruch des Wintergartens im Erdgeschoss und die Erstellung des Erweiterungsbaus zu stellen. Sie holte aber nicht nur die erforderlichen

Bewilligungen nicht ein, sondern legte den Wintergarten auch in den Bauplänen nicht offen, wohl in der Annahme, der geplante Wintergarten im Obergeschoss wäre infolge der Anrechnung des Wintergartens im Erdgeschoss an die Bruttogeschossfläche möglicherweise nicht bewilligungsfähig. Aber selbst wenn die Beschwerdeführerin – wie sie geltend macht – davon ausgegangen sein sollte, dass der Wintergarten im Erdgeschoss Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 14 besitzstandgeschützt und als Energiegewinnungs-Wintergarten nicht an die Bruttogeschossfläche anrechenbar ist, hätte ihr bzw. ihrem Ehemann als Projektverfasser klar sein müssen, dass der Wintergarten zur Darstellung der bestehenden Situation in den Bauplänen enthalten sein muss (vgl. Art. 14 Abs. 4 BewD). Im Übrigen lag auf der Hand, dass der auf zwei Seiten einfach verglaste Wintergarten nicht in eine solide, einseitig gemauerte, einseitig robust verglaste, gegen aussen hin isolierte und vom übrigen Gebäude bautechnisch nicht mehr unterscheidbare Wohnraumerweiterung umgebaut werden darf, ohne die erforderliche Baubewilligung. Zusammengefasst war die Beschwerdeführerin bei der Bauausführung nicht gut-, sondern grob bösgläubig. 5.3.2 Bei bösem Glaube der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung nur verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder sonst wie unverhältnismässig wäre (Zugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. e mit Hinweisen; vorne E. 5.1). Im vorliegenden Fall ist die Abweichung vom Erlaubten keineswegs unbedeutend. Die Beschwerdeführerin hat ohne Bewilligung eine Wohnraumerweiterung realisiert, welche sowohl den Grenzabstand als auch den Gebäudeabstand nicht einhält. Dass die Wiederherstellung im öffentlichen Interesse liegt, wurde bereits dargelegt (vorne E. 5.2). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich auch insofern nicht als unverhältnismässig, als die Beschwerdeführerin (und gegebenenfalls die Grundeigentümerinnen) die damit verbundenen Kosten zu tragen haben. Die Beschwerdeführerin hat als Bauherrin bewusst gegen die geltende baurechtliche Ordnung verstossen und damit grob bösgläubig gehandelt, weshalb es nicht zu beanstanden ist, dass die BVE und vor ihr die Gemeinde zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands höheres Gewicht beigemessen haben als den auf dem Spiel stehenden finanziellen Interessen. Eine wirksame mildere Massnahme ist zudem nicht ersichtlich. Insbesondere kommt die bauliche Abtrennung des Erweiterungsbaus vom übrigen Gebäude mit der Anordnung, dass dieser nicht bewohnt werden darf, nicht in Betracht. Aufgrund des bisherigen Verhaltens der Beschwerdeführerin wäre nicht ausgeschlossen, dass die Abtrennung rückgängig gemacht und der Erweite-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 15 rungsbau trotzdem bewohnt würde. Um dies zu verhindern, müsste die Gemeinde regelmässige Kontrollen durchführen, was von ihr nicht verlangt werden kann. 5.3.3 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Gemeinde bzw. die BVE hätten bei der angeordneten Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht berücksichtigt, dass der Wintergarten im Obergeschoss u.a. durch den Erweiterungsbau getragen werde und der Rückbau desselben deshalb nicht möglich sei, ist Folgendes auszuführen: Aus dem bewilligten Plan 1. Obergeschoss ist zwar ersichtlich, dass der Wintergarten im Obergeschoss teils auf dem Garagendach, teils darüber hinaus auf der Decke des ursprünglich seitlich offenen Sitzplatzes südwestlich der Garage zu liegen kommt. Aus den bewilligten Plänen Südfassade und Westfassade ist jedoch nicht erkennbar, dass der Wintergarten im

Obergeschoss durch einen Anbau südwestlich der Garage getragen wird (vgl. dazu vorne E. 2.2). Auch die von der Beschwerdeführerin erwähnten vier Metallstützen auf der nordwestlichen und fünf Metallstützen auf der südwestlichen Seite des Erweiterungsbaus, welche den Wintergarten im Obergeschoss angeblich tragen, sind auf den bewilligten Projektplänen nicht abgebildet. Es ist Sache der Bauherrschaft, die statischen Verhältnisse abzuklären und sich ein Projekt bewilligen zu lassen, welches, so wie auf den Plänen dargestellt, realisierbar ist. Es war somit nicht Aufgabe der Gemeinde bzw. der BVE, im Wiederherstellungsverfahren näher zu prüfen, ob der Wintergarten im Obergeschoss durch die Decke, auf welcher er nach den bewilligten Plänen ausschliesslich steht, getragen wird oder ob es dazu noch eines Unterbaus oder anderer Massnahmen bedarf. Dies insbesondere auch deshalb nicht, weil das Argument weder gegenüber der Gemeinde noch im Rechtsmittelverfahren bei der BVE, sondern erstmals vor Verwaltungsgericht vorgebracht wurde. Trotzdem wäre es unverhältnismässig, wenn die beiden Fassaden des Erweiterungsbaus im Erdgeschoss entfernt werden müssten, ohne dass der Beschwerdeführerin vorher Gelegenheit gegeben wird, allenfalls erforderliche Massnahmen zur Sicherstellung der Tragfähigkeit der Betondecke zu treffen, wie beispielsweise eine zusätzliche Verstärkung derselben oder eine Abstützung der westlichen Deckenecke. Es versteht sich von selbst,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 16 dass diese Massnahmen auf das Notwendigste zu beschränken sind und die beiden neu erstellten Fassaden des Erweiterungsbaus als Stütze des Wintergartens nicht bestehen bleiben können. Sobald die Tragfähigkeit der Decke sichergestellt ist, hat die Gemeinde eine neue Frist zum Rückbau des Erweiterungsbaus anzusetzen. Die Sache ist zu diesem Zweck an die Gemeinde als Baubewilligungsbehörde zurückzuweisen. In diesem Sinn ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der BVE aufzuheben. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. 6. Obwohl die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist, rechtfertigen es die Verhältnisse nicht, zugunsten der grundsätzlich unterliegenden Beschwerdeführerin Kosten auszuscheiden. Dass die Sache zur Sicherstellung der Tragfähigkeit der Betondecke (E. 5.3.3 hiervor) an die Gemeinde zurückgewiesen werden muss, ist ausschliesslich dem Verhalten der Beschwerdeführerin zuzuschreiben und nicht auf Fehler der Vorinstanzen zurückzuführen. Die beiden Töchter der Beschwerdeführerin wurden ohne eigenes Zutun als notwendige Parteien in das verwaltungsgerichtliche Verfahren einbezogen (vgl. vorne E. 1.2); aufgrund dieser besonderen Umstände rechtfertigt es sich nicht, ihnen Kosten aufzuerlegen (vgl. BGer 2C\_527/2014 vom 25.3.2015, E. 2.4, 2C\_434/2013 vom 18.10.2013, E. 2.4). Die Beschwerdeführerin hat mithin die gesamten Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

## **E. 7**

Rückweisungsentscheide gelten nach der Regelung des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) als Zwischenentscheide. Sie können unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG mit dem in der Hauptsache offenstehenden Rechtsmittel, hier mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, selbständig angefochten werden (statt vieler BGE 140 V 282 E. 2 mit Hinweisen).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 20.12.2016, Nr. 100.2016.52U, Seite 17 Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird teilweise

gutgeheissen. Der Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 13. Januar 2016 wird betreffend die Wohnraumerweiterung im Erdgeschoss aufgehoben und die Sache an die Gemeinde zurückgewiesen zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Es werden keine Parteikosten gesprochen. 4. Für die Verfahrens- und Parteikosten des vorinstanzlichen Verfahrens gelten die Ziffern 2 und 3 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 13. Januar 2016. 5. Zu eröffnen: - der Beschwerdeführerin - der Beschwerdegegnerin - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern - B. \_\_\_\_\_ - C. \_\_\_\_\_ Der Abteilungspräsident: Die Gerichtsschreiberin: Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.