

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2015/23

Bern, 1. Juli 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Y. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Frau Rechtsanwältin X. _____

und



Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern, Bauinspektorat, Bundesgasse 38, Postfach
2731, 3001 Bern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern vom 23. Januar 2015
(Baukontroll-Nr. 2008-0518-B; Dachaufbau über Lichtschacht)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin eines Gewerbehauses an der Z. _____
Strasse 350 auf Parzelle Bern Grundbuchblatt Nr. A. _____. Die Parzelle liegt in der
Dienstleistungszone und in der Bauklasse 3. Mit Entscheid vom 23. Oktober 2009 wurde
ihr die Aufstockung des bestehenden Gewerbehauses um ein Stockwerk und ein
Attikageschoss mit Terrassen sowie die Erweiterung der Überdachung des
Logistikbereichs bewilligt (Baukontroll-Nummer 2008-0518).

Im Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens (Baukontroll-Nummer 2008-
0518-B) erteilte die Stadt Bern der Beschwerdeführerin mit Gesamtentscheid vom 23.
Januar 2015 die Baubewilligung für diverse Gegenstände; für die Vergrösserung der
Attikafläche, die Überdachung der Terrasse im Nordwesten des Attikageschosses und für

den Dachaufbau über dem Liftschacht auf dem Attikadach erteilte die Vorinstanz dagegen den Bauabschlag. Auf die Wiederherstellung der regelkonformen Attikafläche wurde verzichtet. Für die Überdachung der Terrasse sowie für den Dachaufbau auf dem Attikageschoss ordnete die Stadt die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innerhalb von sechs Monaten ab Rechtskraft des Gesamtentscheids an. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

2. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 23. Februar 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

"1. Der Gesamtbauentscheid vom 23. Januar 2015 sei wie folgt teilweise aufzuheben:

1.1 Der Bauabschlag für den Dachaufbau über dem Lichtschacht auf dem Attikadach sei aufzuheben und es sei diesbezüglich die Baubewilligung zu erteilen.

1.2 Die Wiederherstellungsverfügung betreffend den Dachaufbau sei aufzuheben.

2. Verfahrens Antrag: Es sei ein Augenschein durchzuführen."

Dabei macht sie insbesondere geltend, die Vorinstanz sei von falschen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellungen ausgegangen, der Dachaufbau auf dem Attikageschoss sei bewilligungsfähig und im Falle des gegenteiligen Schlusses sei auf die Wiederherstellung zu verzichten.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Stadt Bern beantragt mit Stellungnahme vom 30. März 2015 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids.

4. Mit Schreiben vom 6. Mai 2015 beantwortete die Stadt verschiedene Fragen des Rechtsamts. Die Beschwerdeführerin reichte auf Aufforderung des Rechtsamts mit den Schreiben vom 20. April 2015 und 11. Mai 2015 diverse, in der Beschwerde in Aussicht gestellte Unterlagen ein. Die Parteien erhielten Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen.

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

5. Auf die Rechtsschriften und die weiteren Eingaben der Beteiligten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG². Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die gleichzeitig verfügte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann ebenfalls innert 30 Tagen seit Eröffnung bei der BVE angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid mit Wiederherstellungsverfügung zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerin, deren Baugesuch im Bezug auf den umstrittenen Dachaufbau abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auch hinsichtlich der gleichzeitig verfügten Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist die Beschwerdeführerin als Adressatin zur Beschwerde legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Streitgegenstand

Streitgegenstand dieses Beschwerdeverfahrens ist gemäss den Anträgen der Beschwerdeführerin einzig der von der Vorinstanz verfügte Bauabschlag hinsichtlich des

² Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

Dachaufbaus über dem Lichtschacht auf dem Attikadach und die diesbezügliche Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Die mit demselben Gesamtentscheid erteilten Bauabschlüsse hinsichtlich der Vergrösserung der Attikafläche und der Überdachung der Terrasse im Nordwesten des Attikageschosses sowie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands betreffend letzterem Gegenstand wurden nicht angefochten und bilden daher nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3. Relevanter Sachverhalt

a) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, die Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid würden teilweise den Tatsachen widersprechen. So sei es nicht etwa das Bauinspektorat gewesen, das eine baupolizeiliche Kontrolle veranlasst habe (S. 4 Entscheid), vielmehr habe sie die Stadt zu einer Besichtigung bzw. Besprechung eingeladen. Die streitgegenständlichen Abweichungen seien damit nicht etwa bei Stichkontrollen aufgefallen, sondern indem sie die Vorinstanz auf diese Abweichungen aufmerksam gemacht habe. Aus dem Entscheid gehe weiter nicht hervor, dass dieser Besichtigungstermin während der Bauphase stattgefunden habe und nicht etwa erst nach Abschluss der Bauarbeiten. Der Dachaufbau habe sich damals erst im Rohbau befunden, ein Rückbau sei anlässlich der Besichtigung kein Thema gewesen. Schliesslich habe das Bauinspektorat die Abweichungen von den baubewilligten Plänen nicht von sich aus festgestellt (S. 4 Entscheid), vielmehr sei sie es gewesen, welche diese Abweichungen farbig in die Pläne eingetragen habe, damit diese nachträglich bewilligt werden könnten.

b) Mit Beschwerde kann unter anderem die unrichtige und unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 66 Bst. a VRPG⁴). Der rechtserhebliche Sachverhalt muss richtig und vollständig festgestellt werden. Das heisst, dass die Behörde das in Erfahrung bringen muss, was im Hinblick auf die Regelung des Rechtsverhältnisses bedeutsam ist. Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände oder Beweismittel erhoben hat. Unrichtig ist sie, wenn die Behörde die Beweismittel falsch gewürdigt oder einen rechtserheblichen Sachumstand nicht in das Beweisverfahren einbezogen hat.⁵

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

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 66 N. 7 f.

c) Wie die Stadt in ihrer Stellungnahme vom 30. März 2015 richtig ausführt, ist es für die Beurteilung der im vorliegenden Verfahren umstrittenen Punkte nicht von Bedeutung, ob die diversen Abweichungen gegenüber dem am 23. Oktober 2009 bewilligten Projekt aufgrund der Initiative der Baubewilligungsbehörde oder derjenigen der Bauherrschaft festgestellt worden sind. Ebenso ist es unerheblich, ob die Abweichungen von den baubewilligten Plänen durch das Bauinspektorat festgestellt wurden oder ob die Beschwerdeführerin diese Abweichungen aus eigener Initiative farbig in die Pläne eingetragen hat. Wie es sich damit verhalten hat, kann daher offen bleiben.

Auf die Frage des Rechtsamts, wie weit die Realisierung des Dachaufbaus anlässlich der Begehung vom 9. Juli 2012 fortgeschritten war (Rohbau oder fertiggestellt), konnte die Stadt Bern keine Antwort geben. Der Stand der Bauarbeiten sei an dieser Begehung nicht detailliert dokumentiert worden. Die Beschwerdeführerin reichte mit ihren Schlussbemerkungen vom 8. Juni 2015 ein Foto ein. Dieses zeige, dass sich zum Zeitpunkt der Besprechung der Dachaufbau im Rohbau befunden habe. Das eingereichte Foto jedoch ist mit dem Datum des 25. Juni 2012 versehen und zeigt damit die Situation 14 Tage vor der Begehung auf. Auch damit lässt sich der Stand der Bauarbeiten am 9. Juli 2012 nicht feststellen. Letztlich kann dies auch offen bleiben, denn selbst wenn der Ansicht der Beschwerdeführerin folgend am Tag der Begehung von einem Rohbau auszugehen ist, kann diese daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar wäre das Bauinspektorat als zuständige Baupolizeibehörde in diesem Fall verpflichtet gewesen, nach Feststellung der Bautätigkeit in Überschreitung der Baubewilligung vom 23. Oktober 2009 die sofortige Baueinstellung zu verfügen (Art. 46 Abs. 1 BauG). Dies hat sie unterlassen. Jedoch hat das Bauinspektorat die Beschwerdeführerin mit elektronischem Schreiben vom 10. Juli 2012 explizit zur Einreichung einer Projektänderung aufgefordert.⁶ Die Beschwerdeführerin bzw. ihr Architekt hätten daher auch ohne Verfügung der sofortigen Baueinstellung wissen müssen, dass allfällige – von der Baubewilligung vom 23. Oktober 2009 abweichende – Bauarbeiten erst nach Beurteilung im Projektänderungsverfahren und einer allfälligen Bewilligung weitergeführt werden dürfen. Das Fortführen der Arbeiten geschah daher auf ihr eigenes Risiko.

d) Die Beteiligten sind sich nicht einig, ob der umstrittene Aufbau auch für den Technikraum der Liftanlage benötigt wird oder nicht. Diesbezüglich bringt die

⁶ Vorakten grauer Ordner (BK-Nr. 2008-0518-B), pag. 1.

Beschwerdeführerin vor, die Behauptung der Vorinstanz (Entscheid, S. 7 Absatz 3), wonach der Dachaufbau nicht der Liftanlage diene, sei falsch. Die Technik der Liftanlage rage in den Dachaufbau hinauf, und zwar um 60 cm. Da der Motor des Warenlifts diesen Platz bzw. diese Mindesthöhe aus technischen Gründen zwingend brauche, sei ein Rückbau bis auf das Dach des Attikageschosses nicht möglich.

Die Ausführung der Beschwerdeführerin, wonach die Technik der Liftanlage um 60 cm in den Dachaufbau hineinragt, findet keine Stütze in den relevanten Plänen (Plan Schnitt A-A und Schnitt -B, Vorakten pag. 249). Danach beginnt der Technikraum für den Warenlift auf der Kote +11.83 m und reicht bis und mit Oberkant Gitterrost auf eine Höhe von +14.08 m; er weist damit eine Höhe von 2.25 m auf. Die Oberkante des Attikageschosses befindet sich auf einer Höhe von +13.78 m, die Dachkante des Attikageschosses auf einer Höhe von +14.28 m. Als Dachaufbau kann nur bezeichnet werden, was die Oberkante der Decke des Attikageschosses überschreitet (entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, nach welcher der Dachaufbau gemäss eingereichtem Plan, Beschwerdebeilage 5, Unterkant Decke Attikageschoss beginnt). Dies bedeutet, dass der Technikraum des Warenlifts bloss um 30 cm in den Dachaufbau hineinragt.

Falsch ist weiter die Aussage der Beschwerdeführerin (Rz. 24 der Beschwerde), wonach für den Raum im Dachaufbau, welcher für die Technik einer Photovoltaikanlage dienen soll, gerade noch eine Raumhöhe von 1.60 m zur Verfügung stünde. Sowohl aus dem Plan "Schnitt -B, 1:100" (Vorakten pag. 249) als auch aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Plan "Schnitt B, Schacht Warenlift, 1:50" (Beschwerdebeilage 5) ergibt sich in eindeutiger Weise, dass die Höhe dieses Raums 2.20 m beträgt (Oberkant Gitterrost +14.08 m bis Unterkant Decke des Aufbaus +16.28 m). Die Dachkante des Dachaufbaus liegt auf einer Höhe von +16.98 m, womit der Dachaufbau das Attikageschoss (gemessen ab Oberkante der Decke des Attikageschosses) um insgesamt 3.20 m überragt. Schliesslich weist der Dachaufbau eine Grundfläche von 21.95 m² auf (4.48 m x 4.90 m, vgl. Plan "Dachaufsicht neu", 1:100, Vorakten pag. 248).

Zusammenfassend ist für die nachfolgende Beurteilung von folgenden Angaben auszugehen:

- Höhe Technikraum Lift: 2.25 m (wovon 0.3 m in den Dachaufbau hineinragend)
- Höhe Raum in Dachaufbau: 2.20 m
- Höhe Dachaufbau insgesamt: 3.20 m

- Grundfläche Dachaufbau: 21.95 m²

4. Baubewilligungspflicht der Aufbaute

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Dachaufbau diene der technischen Installation einer Photovoltaikanlage, insbesondere der Unterbringung des Wechselrichters. Er diene damit der Gewinnung erneuerbarer Energie und sei gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Bst. f BewD⁷ sowie unter Berücksichtigung der kantonalen Richtlinien zu den baubewilligungsfreien Anlagen zur Gewinnung von Energie grundsätzlich baubewilligungsfrei. Wenn gemäss diesen Richtlinien eine aufgeständerte, grossflächige Photovoltaikanlage bis zu 1.2 m Höhe über Oberkant des Dachrandes bewilligungsfrei sei, dann sei nicht einzusehen, weshalb der vorliegende Dachaufbau mit viel kleinerer Fläche einer Baubewilligung bedürfe.

b) Nach Art. 1a Abs. 1 BauG sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauvorhaben, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, baubewilligungspflichtig. Keiner Baubewilligung bedürfen nach Art. 1b Abs. 1 BauG der Unterhalt von Bauten und Anlagen, für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben. Im Übrigen bestimmt das Baubewilligungsdekret die baubewilligungsfreien Bauvorhaben. Nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a BewD sind unbeheizte Kleinbauten mit einer Grundfläche von höchstens zehn Quadratmetern und einer Höhe von höchstens 2.50 Metern, die weder bewohnt sind noch gewerblich genutzt werden und die funktionell zu einer Hauptbaute gehören, baubewilligungsfrei. Weiter bedürfen Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energie keiner Baubewilligung, wenn sie an Gebäuden angebracht oder als kleine Nebenanlage zu Gebäuden installiert werden und den kantonalen Richtlinien entsprechen (Art. 6 Abs. 1 Bst. f BewD).

c) Der vorliegend umstrittene Dachaufbau weist eine Grundfläche von 21.95 m² und eine Höhe von 3.2 m auf (vgl. E 3d). Er verfügt über eine Türe und ist damit begehbar. Wie der Raum genutzt werden soll, geht weder aus dem nachträglichen Baugesuch der Beschwerdeführerin noch aus den relevanten Plänen hervor. Die Beschwerdeführerin hält jedoch fest, sie beabsichtige, den Raum für die Technik einer Photovoltaikanlage zu benutzen.

⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

Mit den erwähnten Dimensionen fällt der Dachaufbau nicht unter Art. 6 Abs. 1 Bst. a BewD. Dies wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin handelt es sich beim Dachaufbau selber auch nicht um eine Anlage zur Gewinnung erneuerbarer Energie im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. f BewD, sondern – wie dies die Stadt richtig ausführt – um einen abgeschlossenen, volumenbildenden Gebäudeteil auf dem Attikadach. Die von der Beschwerdeführerin geäusserte Absicht, diesen Raum in Zukunft für die Technik einer Photovoltaikanlage zu nutzen, ist für die Beurteilung der Baubewilligungspflicht des Aufbaus irrelevant. Der Dachaufbau ist daher baubewilligungspflichtig.

5. Bewilligungsfähigkeit der Aufbaute unter Art. 10 BO⁸

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Dachaufbau erfülle die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 1 BO. Entgegen den Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid sei der Aufbau nicht überdimensioniert; vielmehr stehe in diesem Raum gerade noch eine Raumhöhe von 1.60 m zur Verfügung, was mindestens notwendig sei, um die Technik der Photovoltaikanlage unterbringen zu können. Bei einer Ausführung der Variante B (Zentralwechselrichter) sei sogar eine Raumhöhe von 1.96 m für die Technik erforderlich. Die Dachaufbaute sei daher nicht höher, als dies das technisch notwendige Mass erfordere. Für die Technik des Warenlifts, welche ca. 60 cm des Dachaufbaus beanspruche, berufe sich die Vorinstanz auf Art. 10 Abs. 4 BO, wonach Liftmotorenräume über der Decke des Attikageschosses unzulässig sind. Hierzu gelte es festzuhalten, dass die Stadt ihr am 23. Oktober 2009 zwei Liftmotorenräume über dem Attikageschoss für zwei Personenaufzüge bewilligt habe. Diese von Art. 10 Abs. 4 BO abweichende Bewilligungspraxis scheine sodann üblich zu sein, wie eine Vielzahl von anderen Beispielen zeigen würden. Ein strenges und ausnahmsloses Umsetzen dieser Bestimmung würde zudem dazu führen, dass das Erstellen eines Lifts, welcher bis ins Attikageschoss führe, mit erheblichen finanziellen Folgen verbunden wäre. Es gebe nur sehr wenige und zudem teure Modelle, welche sich ohne entsprechende Dachaufbauten realisieren liessen. Es sei daher davon auszugehen, dass Dachaufbauten für Liftmotoren über dem Attikageschoss trotz Art. 10 Abs. 4 BO in der Stadt Bern regelmässig bewilligt würden.

⁸ Bauordnung der Stadt Bern vom 24. September 2006 (BO, SSSB 721.1).

b) Art. 10 Abs. 1 BO statuiert, dass energietechnische Anlagen und Kamine das Dach nur um das technisch und lufthygienisch notwendige Mindestmass überragen dürfen. Liftaufbauten sind auf das technisch notwendige Mindestmass zu beschränken. Über geneigten Dachflächen und über der Decke eines Attikageschosses sind Liftmotorenräume unzulässig (Art. 10 Abs. 4 BO).

c) Selbst wenn im Raum des Dachaufbaus dereinst die Technik einer Photovoltaikanlage untergebracht werden sollte, was im Übrigen nicht als erwiesen gelten kann, so handelt es sich beim realisierten Dachaufbau nicht um eine energietechnische Anlage im Sinne von Art. 10 Abs. 1 BO. Den Ausführungen der Stadt Bern folgend (S. 5 der Stellungnahme vom 30. März 2015) sind darunter nur die technischen Anlagen und Einrichtungen selber zu verstehen, wie etwa Klimageräte, Rückkühler, Antennen oder Solaranlagen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Technik einer künftigen Photovoltaikanlage nicht zwingend auf einen geschlossenen Raum auf dem Attikadach angewiesen ist, wie dies die Beschwerdeführerin zwar behauptet, aber nicht näher ausführt oder belegt. Vielmehr zeigt die Stadt Bern mit zahlreichen Beispielen schlüssig auf, dass die Technik einer solchen Anlage auch in einer schrankartigen Einrichtung auf dem Dach, an der Fassade oder unter den Solarfeldern untergebracht werden kann und damit keinen begehbaren Raum über dem Attikageschoss erfordert (vgl. Beilagen zur Stellungnahme vom 30. März 2015). Es kann daher offen bleiben, welche Raumhöhe für das Unterbringen der Technik einer Photovoltaikanlage mindestens erforderlich wäre und ob der bestehende Raum (welcher entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin eine Höhe von 2.20 m aufweist, vgl. E. 3d) hierfür überdimensioniert ist. Der Dachaufbau lässt sich nach dem Gesagten so oder so nicht unter Art. 10 Abs. 1 BO subsumieren.

d) Was den Technikraum für den Warenlift betrifft, so ist festzuhalten, dass dieser nur 30 cm in den umstrittenen Dachaufbau hineinragt, und nicht – wie dies die Beschwerdeführerin vorbringt – um 60 cm (vgl. E. 3d). Unabhängig davon sind nach dem klaren Wortlaut von Art. 10 Abs. 4 BO über der Decke eines Attikageschosses keine Liftmotorenräume zugelassen. Dieses Verbot von Liftmotorenräumen über der Decke des Attikageschosses gilt – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin – unabhängig von der Gestaltung bzw. der Einsehbarkeit eines solchen Aufbaus.

e) Die Beschwerdeführerin aber bringt vor, die Stadt verfolge eine andere Bewilligungspraxis, wie eine Vielzahl von entsprechenden Dach- bzw. Liftaufbauten auf Attikageschossen zeigen würden. Hierzu reicht sie eine Fotodokumentation von Bauten im Brünnen-Quartier ein. Mit diesem Einwand beruft sich die Beschwerdeführerin auf eine Gleichbehandlung im Unrecht.

Nach der Rechtsprechung geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Das gilt jedoch nur, wenn lediglich in einigen wenigen Fällen eine abweichende Behandlung nachgewiesen ist. Wenn dagegen die Behörde die Aufgabe der in anderen Fällen geübten gesetzeswidrigen Praxis ablehnt, können die Betroffenen verlangen, dass die gesetzeswidrige Begünstigung, die den Dritten zuteil wird, auch ihnen gewährt werde, soweit dies nicht andere legitime Interessen der Öffentlichkeit oder Dritter verletzt. Die Anwendung der Gleichbehandlung im Unrecht setzt als Vorbedingung jedoch voraus, dass die zu beurteilenden Sachverhalte identisch oder zumindest ähnlich sind.⁹

Auf Anfrage des Rechtsamts führte die Stadt Bern in ihrem Schreiben vom 6. Mai 2015 aus, Aufbauten über einem Attikageschoss seien gestützt auf Art. 10 Abs. 4 BO bewilligungsfähig, wenn diese der (technisch und für die Personensicherheit notwendigen) Liftüberfahrt dienen würden. Nicht bewilligt werden könnten dagegen Liftmotorenräume oder andere nicht technisch notwendige Volumen auf dem Attikageschoss. Es sei unstrittig, dass eine Liftüberfahrt bewilligt werden könne, wenn ein Lift das Attikageschoss erschliesse – nur dann sei sie technisch notwendig. Das Attikageschoss werde aber vorliegend nicht durch den Warenlift erschlossen, so dass eine Liftüberfahrt über dem Attikageschoss technisch nicht notwendig sei. Die Fotodokumentation der Beschwerdeführerin mit insgesamt 20 Bildern würden 4 Bauprojekte betreffen. Den Bildern und Plänen lasse sich entnehmen, dass es sich um kleinere Aufbauten handle. Schon von der Höhe seien diese Aufbauten nicht vergleichbar mit der umstrittenen Aufbaute. Ein nicht technisch notwendiger Aufbau sei auch bei diesen Vergleichsobjekten nicht bewilligt worden.

⁹ BGE 1C 276/2008 vom 22. Dezember 2008 E. 3.1.

Diese Ausführungen der Stadt überzeugen. Sie machen deutlich, dass die Stadt keine von Art. 10 Abs. 4 BO abweichende Praxis verfolgt. Vom klaren Wortlaut von Art. 10 Abs. 4 BO, wonach über der Decke eines Attikageschosses keine Liftmotorenräume zugelassen sind, ist daher nicht abzuweichen. Im Unterschied zu den am 23. Oktober 2009 bewilligten, nicht realisierten Aufbauten für die Personenlifte erschliesst der Warenlift das Attikageschoss nicht, so dass für die blosse Liftüberfahrt genügend Platz unterhalb der Attikadecke vorhanden wäre. Die Aufbauten für die Personenlifte wiesen nach den bewilligten Plänen zudem bloss eine Höhe von 1.50 m über dem Attikadach auf, während dem die Höhe des hier umstrittenen Aufbaus 3.20 m beträgt. Auch insofern sind diese Objekte nicht vergleichbar. Gleiches gilt für die von der Beschwerdeführerin in der Fotodokumentation vorgebrachten Beispiele. Bei den zwanzig Bildern handelt es sich effektiv nur um 4 Bauprojekte. Die Stadt belegt mittels der Pläne dieser Objekte, dass es sich dabei um wesentlich weniger hohe Aufbauten handelt. Zudem ist aus den Plänen erkennbar, dass bei diesen Objekten im Unterschied zur vorliegenden Situation der Lift auch das Attikageschoss erschliesst.

Aus ihren Vergleichsobjekten vermag die Beschwerdeführerin somit mangels Vergleichbarkeit nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Im Übrigen wäre selbst dann kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht begründet, wenn einzelne Vergleichsobjekte tatsächlich vergleichbar wären. Der Umstand, dass das Gesetz in einigen wenigen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Demzufolge sind die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung der Beschwerdeführerin im Unrecht nicht gegeben und die Beschwerde erweist sich auch insofern als unbegründet.

6. Bewilligungsfähigkeit der Aufbaute unter dem Besitzstand

a) Die Beschwerdeführerin hält fest, der umstrittene Aufbau sei anstelle der im Jahr 2009 bewilligten, aber nicht realisierten Aufbauten über den Personenliften errichtet worden. Es sei stossend, dass der unauffällige und strittige Dachaufbau nicht bewilligt werden solle, während dem die von weit her sichtbaren Liftaufbauten über den Personenliften ohne weiteres bewilligt worden seien. Sie habe sich in guten Treuen darauf verlassen dürfen, dass der ersatzweise erstellte Dachaufbau bewilligt werde; sie könne

sich diesbezüglich auf die Bestandesgarantie der bewilligten Liftaufbauten für die Personenaufzüge auf dem Attikageschoss berufen.

b) Laut Art. 3 Abs. 1 BauG werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt. Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (Art. 3 Abs. 2 BauG). Damit soll die sinnvolle Weiterverwendung vorhandener Bausubstanz ermöglicht werden.¹⁰ Nur rechtmässig erstellte und genutzte Bauten und Anlagen fallen unter die Besitzstandsgarantie.¹¹

c) Die vorliegend von der Beschwerdeführerin erwähnten Dachaufbauten für die beiden Personenlifte wurden zwar mit Entscheid vom 23. Oktober 2009 bewilligt, aber nie realisiert. Es handelt sich damit nicht um vorhandene Bausubstanz. Der Bestandesschutz ist auf nicht realisierte Bauvorhaben nicht anwendbar. Die Beschwerdeführerin kann daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

7. Bewilligungsfähigkeit der Aufbaute mittels Ausnahmegewilligung

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr Ausnahmegesuch gar nicht geprüft. Sie habe nur mit einem Standardsatz erwogen, dass ihres Erachtens keine besonderen Verhältnisse nach Art. 26 BauG vorliegen würden. Eine Begründung fehle. Der angefochtene Entscheid sei daher bereits infolge fehlender Prüfung des Ausnahmegesuchs bzw. infolge fehlender Begründung aufzuheben.

Eine Verfügung muss die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe enthalten, auf die sie sich stützt (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid sachgerecht anfechten können. Deshalb muss die Behörde mindestens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Sie muss sich dabei nicht ausdrücklich mit jeder Behauptung

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 3 N 1a.

¹¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2.

zum Sachverhalt und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.¹²

Die Beschwerdeführerin begründete die Notwendigkeit einer Ausnahme für den Aufbau des Warenlifts in ihrem Ausnahmegesuch¹³ mit der Absicht, in Zukunft auf dem Attikadach einen Solarpark einzurichten. Der bestehende Liftmotorenraum sei aufgestockt worden, "damit die Zugänglichkeit sowie die technische Einrichtung gewährleistet sind". Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, wieso der Dachaufbau aus ihrer Sicht für die Unterbringung der Technik einer künftigen Photovoltaikanlage nicht notwendig ist (S. 8 des Entscheids). Sie ging damit auf den von der Beschwerdeführerin im Ausnahmegesuch vorgebrachten Grund für eine Ausnahmeerteilung ein und verneinte entsprechend das Vorliegen der besonderen Verhältnisse im Sinne von Art. 26 BauG. Aus diesen Ausführungen ergeben sich die Überlegungen, von denen sich die Vorinstanz bei der Beurteilung des Ausnahmegesuchs hat leiten lassen. Damit war die Beschwerdeführerin in der Lage, die Baubewilligung sachgerecht anzufechten. Die Vorinstanz ist deshalb ihrer Begründungspflicht nachgekommen und es liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

b) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die besonderen Verhältnisse im Sinne von Art. 26 BauG seien bereits gegeben, weil die Vorinstanz die beiden Liftaufbauten für die Personenaufzüge bewilligt habe und davon ausgegangen werden konnte, dass der weit weniger störende Dachaufbau über dem Warenlift ersatzweise bewilligt werde. Zudem sei der Dachaufbau nicht einsehbar (mit Ausnahme vom Wald her), weshalb das besondere Verhältnis offenkundig sei. Weiter wäre das nachträgliche Erstellen einer Dachaufbaute mit zusätzlichen Dachdurchbrüchen verbunden, welche die Statik des Gebäudes erheblich schwächen würden. Technische Gründe würden in aller Regel die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen. Mit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung würden infolge fehlender Einsehbarkeit des Dachaufbaus weder öffentliche noch private Interessen beeinträchtigt. Schliesslich habe die Vorinstanz auch die Erteilung einer Bewilligung gestützt auf Art. 26a BauG nicht geprüft. Art. 10 Abs. 1 BO sei eine Gestaltungsnorm. Der Dachaufbau diene der effizienten Energienutzung, namentlich der Unterbringung des Wechselrichters für die Photovoltaikanlage.

¹² BGE 134 I 83 E. 4.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N. 6 ff.

¹³ Ausnahmegesuch vom 12. März 2013, Vorakten pag. 35.

c) Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Eine Ausnahmegewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können aber auch Besonderheiten, die sich aus den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Personen ergeben, eine Ausnahme begründen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Ausnahmegrund keine absolute Grösse ist. Ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, hängt von drei Komponenten ab: vom Interesse des Bauherrn an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung.¹⁴

Nach Art. 26a BauG können von kommunalen Gestaltungsvorschriften Ausnahmen gewährt werden, wenn dies für die effiziente Energienutzung oder für die aktive oder passive Nutzung der Sonnenenergie erforderlich ist und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden.

d) Vorab ist erneut festzuhalten, dass keine Garantie besteht, dass der Raum im Dachaufbau dereinst überhaupt für die Technik einer Photovoltaikanlage genutzt werden wird. Ungeachtet dessen ist für die Technik einer solchen Anlage – wie ebenfalls schon

¹⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4.

erwähnt (E. 5c) – kein begehbare Raum über dem Attikageschoss notwendig. Die Unterbringung der Technik und damit die Realisierung der Photovoltaikanlage ist auch ohne Dachaufbau und ebenfalls ohne nachträgliche Dachdurchbrüche möglich. Es liegen daher keine technischen Gründe vor, welche die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG rechtfertigen könnten. Der blosse Wunsch nach einer optimalen Nutzung oder besseren Lösung vermag keine besonderen Verhältnisse im Sinne dieser Bestimmung zu begründen.¹⁵ Ebenso wenig kann die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass für die Personenlifte ein Dachaufbau bewilligt wurde, etwas zu ihren Gunsten ableiten. Wie bereits ausgeführt sind diese Aufbauten nicht vergleichbar mit dem hier realisierten Dachaufbau und es besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (E. 5d). Besondere Verhältnisse, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen könnten, lassen sich damit erst Recht nicht begründen. Dass der Dachaufbau nicht oder kaum einsehbar ist, stellt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ebenfalls keinen Ausnahmegrund dar. Allfällige weitere Gründe, welche besondere Verhältnisse im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BauG begründen könnten, werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht erkennbar. Da keine besonderen Verhältnisse vorliegen, erübrigt sich die Interessenabwägung im Sinne dieser Bestimmung. Es ist daher auch irrelevant, ob durch den Aufbau öffentliche Interessen beeinträchtigt sind oder nicht. Für den Dachaufbau erteilte die Vorinstanz zu Recht keine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG.

Weiter sind auch die Voraussetzungen von Art. 26a BauG nicht erfüllt. Zwar ist Art. 10 BO unter den Einordnungs- und Gestaltungsvorschriften eingeordnet. Nach dem Gesagten ist der Dachaufbau jedoch für die Photovoltaikanlage und damit für die Nutzung der Sonnenenergie nicht erforderlich (vgl. E. 5c). Eine Ausnahme lässt sich damit auch nicht auf diese Bestimmung abstützen.

e) Insgesamt sind die Voraussetzungen von Art. 26 und Art. 26a BauG für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht erfüllt. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

8. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

¹⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 5.

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe es unterlassen, den von ihr eventualiter beantragten Verzicht auf die Wiederherstellung zu prüfen. Der angefochtene Entscheid sei bereits aus diesem Grund aufzuheben.

Die Stadt hielt im vorinstanzlichen Entscheid fest, die Verfügung des rechtmässigen Zustands durch den Abbruch der Dachaufbaute sei kein derart einschneidender Eingriff, da die Dachaufbaute gar keinen Nutzen habe. Die Wiederherstellung innerhalb von 6 Monaten sei verhältnismässig (S. 14 Entscheid). Damit führte die Vorinstanz kurz aus, wieso die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands aus ihrer Sicht angezeigt ist. Sie war nicht verpflichtet, sich mit jedem Einwand der Beschwerdeführerin auseinanderzusetzen. Die Anforderungen an die Begründungspflicht werden damit erfüllt.

b) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sind die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung vorliegend nicht gegeben. Sie sei in guten Treuen davon ausgegangen, dass es sich beim realisierten Objekt um einen Dachaufbau für eine energietechnische Anlage gemäss Art. 10 Abs. 1 BO handle und diese zweifelsfrei bewilligungsfähig sei. Aufgrund der beiden bewilligten Liftaufbauten bei den Personenliften sei sie zudem davon ausgegangen, dass der ersatzweise erstellte Dachaufbau über dem Warenlift ebenfalls bewilligungsfähig sei. Im Weiteren habe sich gezeigt, dass sie die Vorinstanz von sich aus auf die Abweichungen zur Baubewilligung aufmerksam gemacht habe. Unter Berücksichtigung dieser Tatsachen gelte sie zweifelsfrei als gutgläubig. Weiter sei der Aufbau von der Frontseite nicht einsehbar. Das konkrete Interesse an der Wiederherstellung sei nicht erkennbar. Eine allfällige Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen sei zudem minimal. Auch könne nicht nur ein leerer Dachaufbau entfernt werden. Die Technik des Warenlifts rage zu 60 cm in den Dachaufbau hinein, weshalb auch diese entfernt werden müsste. Es drohe die Gefahr, dass der Warenlift in der heutigen Form nicht mehr benutzt werden könne. Auch sei die angeordnete Wiederherstellung mit unverhältnismässigen Kosten in der Höhe von Fr. 150'000.00 bis Fr. 200'000.00 verbunden; Geld, welches sonst im Rahmen des Gesellschaftszwecks für die behinderten Menschen genutzt werden könnte. Zudem müsste sie beim Rückbau des Aufbaus auf die Erstellung einer Photovoltaikanlage verzichten. Schliesslich sei auch die angeordnete Rückbaufrist von 6 Monaten zu kurz.

Mit Schreiben vom 20. April 2015 reichte die Beschwerdeführerin einen Kostenvoranschlag für den allfälligen Rückbau des Dachaufbaus in der Höhe von Fr. 270'000.00 ein. Am

11. Mai 2015 reichte sie zudem ein Schreiben des Liftbauers nach, wonach die eingebauten Komponenten im Maschinenraum eine Höhe von mindestens 2.20 m benötigten.

c) Es ist unbestritten, dass für den in Überschreitung der Baubewilligung vom 23. Oktober 2009 realisierten Dachaufbau nie eine Baubewilligung erteilt wurde und dieser damit formell rechtswidrig ist. Wie die vorangehenden Erwägungen (E. 5 bis 7) zeigen, ist auch die materielle Rechtswidrigkeit dieses Dachaufbaus (fehlende Bewilligungsfähigkeit) zu bejahen.

Kann ein bereits ausgeführtes Bauvorhaben nachträglich nicht bewilligt werden, so entscheidet die Baubewilligungsbehörde mit dem Bauabschlag zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG).

Die Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD). Die Anordnung darf nicht weiter gehen als zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des Pflichtigen muss durch ein genügend grosses öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes kann unterbleiben, wenn die verantwortliche Person in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des unrechtmässigen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt.¹⁶

d) Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bezüglich des hier umstrittenen Dachaufbaus ist im vorinstanzlichen Entscheid wie folgt umschrieben:

"Der Dachaufbau auf dem Attikageschoss über dem Bereich des Liftschachts ist innerhalb von 6 Monaten ab Rechtskraft dieses Gesamtentscheids vollständig bis auf das Niveau der anschliessenden Betondecke (Kote +13.78) abzubrechen. Die entstehende Aussparung ist den Regeln der Baukunde entsprechend zu schliessen, nach der Energiegesetzgebung zu wärmedämmen und mit einer extensiv begrünten Schutz-/Nutzschicht (Art. 7 BO) zu versehen. Für die vorgeschriebene Entrauchung des Liftschachts im Minimalmass von 5% des

¹⁶ BVR 2006 S. 444 E. 6.1.

Schachtquerschnittes und Maximalmass von 0.16 m² ist eine auf das brandschutztechnische Minimum zu begrenzende Dachaufbaute vorzusehen. Diese ist vor der Wiederherstellung vom Bauinspektorat aufgrund eines Detailplanes genehmigen zu lassen."

e) Die Beschwerdeführerin bringt vor, gutgläubig gehandelt zu haben. Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt (z.B. aufgrund einer mangelhaften Bewilligung oder Auskunft). Im Übrigen wird aber vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern.¹⁷ Die Bauherrschaft, welche die nach den Umständen zumutbare Aufmerksamkeit und Sorgfalt vermissen lässt, verdient keinen Schutz und kann sich gegenüber einer Wiederherstellungsverfügung nicht auf ihren guten Glauben berufen¹⁸.

Die Beschwerdeführerin konnte vorliegend nicht gutgläubig davon ausgehen, dass der umstrittene Dachaufbau ohne Baubewilligung erstellt werden darf. Sie bzw. ihr Architekt hätten bei gebotener Sorgfalt wissen müssen, dass der Dachaufbau keine Anlage zur Gewinnung erneuerbarer Energie im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. f BewD sein kann. Zudem hat sie selber ein nachträgliches Baugesuch / Ausnahmegesuch hierfür eingereicht, ging also selber nicht von der Bewilligungsfreiheit aus. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen des ursprünglichen Bewilligungsverfahrens für die Aufstockung des bestehenden Gewerbehauses um ein Stockwerk auch die später nicht realisierten Dachaufbauten der beiden Personenlifte in den Plänen eingetragen hat und damit auch für diese die Bewilligung beantragte. Ihr war damit der Verfahrensablauf bekannt und sie hätte wissen müssen, dass auch die Dachaufbaute des Warenlifts einer Baubewilligung bedarf. Die Beschwerdeführerin hat damit nicht gutgläubig gehandelt.

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, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.¹⁹

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b, mit Hinweisen.

¹⁸ VGE 100.2008.23496 vom 28. April 2009, E. 4.2.2.

¹⁹ BVR 2006 S. 444 E. 6.1.

f) Das öffentliche Interesse an der von der Vorinstanz angeordneten Wiederherstellungsmassnahme (Rückbau des Dachaufbaus) ist zu bejahen. So besteht an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell ein erhebliches öffentliches Interesse. Auch präjudizielle Gründe sprechen hier für eine Wiederherstellung. Der Bauherr, der sich nicht an die Baubewilligung hält oder ohne Baubewilligung baut, soll nicht besser gestellt werden, als ein Bauherr, der die Baubewilligung einhält. Dazu kommt, dass vorliegend nicht von einer vernachlässigbaren oder unbedeutenden Abweichung vom Erlaubten gesprochen werden kann. Schliesslich ist weder ersichtlich noch dargetan, dass die Wiederherstellung den Vertrauensgrundsatz verletzen würde. Eine Zusicherung der Stadt, die einen Vertrauenstatbestand hätte begründen können, liegt jedenfalls nicht vor.

g) Zu prüfen bleibt, ob die angeordnete Wiederherstellungsmassnahme verhältnismässig, also geeignet und erforderlich ist, um den mit der Wiederherstellung verfolgten Zweck zu erreichen. Geeignet ist eine Massnahme dann, wenn damit der gewünschte Erfolg herbeigeführt werden kann. Erforderlich sein bedeutet, dass die gewählte Massnahme nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes nötig ist. Ausserdem muss die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung der Pflichtigen für diese zumutbar sein, d.h. die Belastung für den Pflichtigen muss in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.²⁰

Gemäss der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung der Vorinstanz ist der Dachaufbau auf dem Attikageschoss vollständig bis auf das Niveau der anschliessenden Betondecke (Kote +13.78 = Oberkante des Attikageschosses) abzubrechen. Diese Massnahme ist geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Auch die Erforderlichkeit ist grundsätzlich zu bejahen. Nur durch den vollständigen Rückbau bis auf Höhe Oberkante des Attikageschosses kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erreicht werden; ein milderes Mittel für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist nicht ersichtlich.

Die öffentlichen Interessen (vgl. E. 8f) überwiegen die privaten Interessen der Beschwerdeführerin an der Erhaltung des aktuellen Zustands, zumal diese angesichts des

²⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c.

fehlenden guten Glaubens nicht oder nur in verringertem Mass zu berücksichtigen sind. Dies betrifft auch die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Vermögensinteressen. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Kostenvoranschlag für den Rückbau des Dachaufbaus über Fr. 270'000.00 (Beschwerdebeilage 11) wirft verschiedene Fragen auf: So fehlen etwa diverse Unternehmerofferten (für die Positionen Vorbereitungsarbeiten, Schuttmulden, Malerarbeiten, Baureinigung, Anpassungsarbeiten), so dass die dafür aufgeführten Beträge nicht verifiziert werden können; eine grössere Position des Stahlbauers (Position 3, Fr. 13'800.00) betrifft die Demontage und Entsorgung des Vordachs Attikaterasse, welche nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist; weiter führen sowohl der Spengler als auch der Dachdecker eine Position zur Notbedachung auf dem Gitterrost auf, so dass unklar ist, ob diese Position doppelt aufgeführt wurde. Letztlich können diese Fragen bzw. Unklarheiten offen bleiben, da selbst bei Rückbaukosten von Fr. 270'000.00 die finanzielle Belastung in Anbetracht der Bausumme von Fr. 2'800'000.00 für das gesamte Bauvorhaben (Aufstockung um ein Stockwerk und ein Attikageschoss mit Terrassen) zumutbar erscheint. Diese Kosten wiegen zwar nicht leicht. Im Lichte der Rechtsprechung²¹ bewegt sich dieser Betrag aber im Rahmen dessen, was noch als verhältnismässig angeschaut werden kann. Die finanzielle Belastung durch die Wiederherstellungsmassnahme ist damit für die Beschwerdeführerin zumutbar.

Allerdings stellt sich im Rahmen der Zumutbarkeit einer Wiederherstellungsmassnahme nicht nur die Frage, ob die finanzielle Belastung für den Pflichtigen tragbar ist. Die Massnahme und die damit verbundenen Kosten müssen auch in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass mit dem von der Vorinstanz geforderten Rückbau bis auf die Höhe Oberkante des Attikageschosses (Kote +13.78) nicht nur der Raum im Dachaufbau betroffen ist, sondern auch ein Teil des darunterliegenden Technikraums des Warenlifts, ragt doch dieser 30 cm in den Dachaufbau hinein (vgl. E. 3d). Ein Rückbau würde somit – entgegen der Ansicht der Stadt – auch eine Reduktion der Höhe des Technikraums auf 1.95 m zur Folge haben. Die Vorinstanz verhält sich diesbezüglich widersprüchlich, indem sie im Entscheid den Rückbau bis auf eine Kote von +13.78 verlangt, gleichzeitig aber im oberinstanzlichen Verfahren zu bekennen gibt, dass der Technikraum für den Warenlift mit einer Höhe von 2.25 m gemäss Bauentscheid nicht zurückzubauen sei (Schlussbemerkungen vom 5. Juni

²¹ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c mit weiteren Hinweisen.

2015, S. 2). Ebenso bestreitet die Stadt in diesem Zusammenhang nicht, dass die Technik des Liftes auf eine Raumhöhe von mindestens 2.25 m angewiesen ist, wie dies von der Beschwerdeführerin unter Einreichung einer Bestätigung des Liftbauers geltend gemacht wird. Es ist daher zumindest fraglich, ob die Vorinstanz den mit dem Entscheid angeordneten Rückbau, welcher auch 30 cm des Technikraums umfasst, überhaupt so beabsichtigt hat. So oder so ist das vernünftige Verhältnis zwischen dem angeordneten Rückbau und dem dadurch verfolgten Ziel im Zusammenhang mit dem Technikraum des Warenlifts – im Unterschied zum darüber liegenden Raum – zu verneinen. Im Technikraum sind die für den Warenlift benötigten Technikkomponenten eingebaut (vgl. Bild Beschwerdebeilage 7). Unabhängig von der Frage, ob diese Technik des Warenlifts in einem Raum mit einer Höhe von 1.95 m überhaupt noch untergebracht werden kann, würde die Reduktion der Raumhöhe um 30 cm auch eine Versetzung dieser Komponenten mit sich bringen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Kosten für den Rückbau deutlich reduziert werden können, wenn sich der Rückbau des Dachaufbaus nur auf den Raum oberhalb des Technikraums beschränkt. Demgegenüber ist der Nutzen eines Rückbaus des Technikraums Warenlift um 30 cm relativ bescheiden: Wird darauf verzichtet, so überragt der verbleibende Aufbau zwar die Oberkante des Attikageschosses um 30 cm (Kote +14.08), allerdings befindet sich dieser noch klar unter der Höhe der Dachkante des Attikageschosses (Kote +14.28) und ist damit kaum mehr wahrnehmbar. Auf dem von der Stadt Bern im Rahmen der Schlussbemerkungen vom 5. Juni 2015 eingereichten Foto etwa wäre der Aufbau unter diesen Umständen nicht mehr erkennbar.

Anders ist die Situation beim restlichen Dachaufbau, in welchem der vom Attikadach begehbare Raum untergebracht ist. Mit einer Höhe von insgesamt 2.90 m (Oberkante Gitterrost/Decke Technikraum +14.08 bis Oberkante Dachaufbau +16.98) macht dieser Bereich den grossen Teil des unbewilligten Dachaufbaus aus. Durch dessen Abbruch wird das verfolgte Ziel – Rückbau des wahrnehmbaren Dachaufbaus – zu grossen Teilen erreicht. Dazu kommt, dass die Technik einer allfälligen Photovoltaikanlage nach dem Gesagten nicht auf diesen Raum angewiesen ist, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht. Der Rückbau des restlichen Dachaufbaus und die damit verbundenen Kosten stehen in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel.

h) Insgesamt kommt die BVE zum Schluss, dass ein Rückbau des Dachaufbaus im Sinne der Verhältnismässigkeit nicht bis zur Kote +13.78 (Oberkante des Attikageschosses), sondern nur bis zur Kote +14.08 (Oberkante Gitterrost und damit Decke

des Technikraums Warenlift) zu verlangen ist, so dass der Technikraum des Warenlifts nicht davon betroffen ist. Der vorinstanzliche Entscheid wird – in teilweiser Gutheissung der Beschwerde – entsprechend angepasst.

i) Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, die angeordnete Rückbaufrist von 6 Monaten sei viel zu kurz. Aus technischen und tatsächlichen Gründen könne der Rückbau innert der angesetzten Frist jedenfalls nicht abgeschlossen werden.

Die Frist zur Wiederherstellung muss ebenfalls verhältnismässig sein.²² Die Wiederherstellungsfrist soll der pflichtigen Person die zur Vorbereitung und Durchführung der Massnahme notwendige Zeit einräumen. Die Frist ist so zu bemessen, dass die pflichtige Person nach allgemeiner Erfahrung ihre Pflicht bis zum Ablauf der Frist erfüllen kann.²³

Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht näher begründet, wieso für den Rückbau des Dachaufbaus eine Frist von 6 Monaten ab Rechtskraft des Entscheids nicht ausreichen sollte. Mit dieser Frist wird der Beschwerdeführerin genügend Zeit zur Vorbereitung und Durchführung des Rückbaus eingeräumt.

9. Zusammenfassung, Beweismittel und Kosten

a) Zusammenfassend hat die Stadt Bern dem Baugesuch der Beschwerdegegnerin hinsichtlich des Dachaufbaus über dem Liftschacht auf dem Attikadach zu Recht den Bauabschlag erteilt. Die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird jedoch insofern beschränkt, als dass ein Rückbau des Dachaufbaus im Sinne der Verhältnismässigkeit nicht bis zur Kote +13.78 (Oberkante des Attikageschosses), sondern nur bis zur Kote +14.08 (Oberkante Gitterrost und damit Decke des Technikraums Warenlift) verlangt wird. In diesem Punkt wird der vorinstanzliche Entscheid in teilweiser Gutheissung der Beschwerde angepasst. Im Übrigen wird der Entscheid der Stadt Bern vom 23. Januar 2015 bestätigt und die Beschwerde abgewiesen.

²² Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c.

²³ VGE 20916 vom 8. August 2000, E. 3d, in BVR 2001 S. 210 f.

b) Auf den beantragten Augenschein konnte verzichtet werden, waren von diesem Beweismittel doch keine weiteren, entscheidungsrelevanten Erkenntnisse zu erwarten.

c) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV²⁴).

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. Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin mit ihrem ersten Antrag auf Aufhebung des Bauabschlags für den Dachaufbau vollumfänglich. Hinsichtlich des zweiten Antrags (Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung betreffend den Dachaufbau) obsiegt sie teilweise. Zwar wird die Anordnung der Wiederherstellung hinsichtlich des Dachaufbaus nicht aufgehoben; die Wiederherstellungsmassnahme geht aber nun weniger weit als von der Vorinstanz angeordnet. Es rechtfertigt sich daher, der Beschwerdeführerin drei Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 1'200.00, aufzuerlegen. Die Stadt Bern ist nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten trägt deshalb der Kanton.

d) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei im oberinstanzlichen Beschwerdeverfahren die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Entsprechend den Ausführungen bei den Verfahrenskosten gilt die Beschwerdeführerin zu einem Viertel als obsiegend. Sie hat demzufolge Anspruch auf Ersatz eines Viertels ihrer Parteikosten.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote der Anwältin der Beschwerdeführerin

²⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

beläuft sich auf Fr. 10'567.80 (Honorar Fr. 9'500.00, Auslagen Fr. 285.00, Mehrwertsteuer Fr. 782.80).

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²⁵ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG²⁶). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als knapp durchschnittlich zu werten. Neben der Beschwerde und den darin aufgeführten, teilweise im Verlauf des Beschwerdeverfahrens nachgereichten Beweismitteln hatte die Beschwerdeführerin nur noch Schlussbemerkungen aufgrund eines kleineren Beweisverfahrens einzureichen. Auch die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses haben als höchstens durchschnittlich zu gelten. Insgesamt erscheint daher ein Honorar von Fr. 5'000.00 als angemessen.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist.²⁷ Sie kann somit die von ihrer Rechtsvertreterin auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Nach neuer Praxis des Verwaltungsgerichts ist deshalb die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.²⁸

Die Kostennote der Anwältin der Beschwerdeführerin wird daher auf Fr. 5'285.00 (Honorar Fr. 5'000.00, Auslagen Fr. 285.00) gekürzt. Die Stadt Bern wird demnach verpflichtet, der Beschwerdeführerin Parteikosten in der Höhe von Fr. 1'321.25 zu ersetzen. Die Stadt Bern ihrerseits hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 VRPG).

²⁵ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811).

²⁶ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

²⁷ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>.

²⁸ BVR 2014 S. 484 E. 6.

III. Entscheid

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der erste Satz von Lemma drei des Titels "Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands" im Gesamtentscheid der Stadt Bern vom 23. Januar 2015 wie folgt angepasst:

"Der Dachaufbau auf dem Attikageschoss über dem Bereich des Liftschachts ist innerhalb von 6 Monaten ab Rechtskraft dieses Gesamtentscheids bis auf die Höhe der Oberkante des Gitterrostes und damit der Decke des Technikraums (Kote +14.08) abzubrechen."

Im Übrigen wird der Gesamtentscheid der Stadt Bern vom 23. Januar 2015 bestätigt. Insofern wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Drei Viertel der Verfahrenskosten von Fr 1'600.00, ausmachend Fr. 1'200.00, werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die restlichen Verfahrenskosten trägt der Kanton.
3. Die Stadt Bern hat der Beschwerdeführerin Parteikosten in der Höhe von Fr. 1'321.25 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin X. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern, Bauinspektorat, eingeschrieben
- Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin