



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2020/208

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 28. April 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

und

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberburg, Gemeindeverwaltung,
Emmentalstrasse 11, Postfach 166, 3414 Oberburg**

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Nydegasse 11/13, 3011 Bern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberburg vom 26. Oktober 2020 (Baugesuch Nr. 418/2020/014; Abbruch Dachkonstruktion ab Estrichboden, Wiederaufbau mit geringfügiger Volumenerweiterung) sowie die Verfügung des Amts für Gemeinden und Raumordnung (AGR) vom 9. Oktober 2020 (G.-Nr. 2020.DIJ.2238)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin 2 ist Eigentümerin der Parzelle Oberburg Grundbuchblatt Nr. H._____. Die Parzelle befindet sich in der Landwirtschaftszone und wird von einem Landschaftsschongebiet und einem Ortsbildschutzgebiet überlagert. Die Parzelle ist zudem Teil einer Baugruppe. Nachdem die Gemeinde feststellte, dass die Beschwerdeführenden ohne Bewilligung mit der Vergrösserung der Dachkonstruktion bzw. des Dachgeschosses begonnen hatten, erliess sie am 30. Januar 2020 eine vorsorgliche Baueinstellungsverfügung für die nicht bewilligten Arbeiten. Zugleich gab sie den Beschwerdeführenden Gelegenheit zum Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs.

2. Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 teilten die Beschwerdeführenden zusammengefasst mit, entgegen den Ausführungen in der Baueinstellungsverfügung würden sie im Dachstock keinen zusätzlichen Wohnraum erstellen. Vielmehr werde lediglich das Dach erneuert und

energetisch saniert. Die Beschwerdeführenden stellten zudem das Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs in Aussicht.

3. Innert verlängerter Frist reichten die Beschwerdeführenden am 26. März 2020 bei der Gemeinde ein teilweise nachträgliches Baugesuch inkl. Ausnahmegesuch nach Art. 24 ff. RPG¹ ein für folgendes Vorhaben:

- «- Abbruch Dachkonstruktion ab Estrichboden. Wiederaufbau mit geringfügiger Volumenerweiterung.
- Energetische Wärmedämmung der bestehenden Fassaden im Wohnbereich und auf Estrichboden.
- Solar für Wasser und PV Anlage Stromerzeugung.
- Verbreiterung Balkon und Eingangspodest Wohnung Erdgeschoss.
- Nutzung: Dachgeschoss als Estrich.
- Begehbarkeit Balkon und Eingangspodest gewährleisten.»

Auf den Plänen ist zudem ersichtlich, dass der Estrichboden angehoben und mit Stroh isoliert werden soll.

4. Am 27. Mai 2020 reichten die Beschwerdeführenden eine Projektänderung ein, mit welcher sie namentlich auf die Balkonverbreiterung im Erdgeschoss verzichteten.

5. Mit Stellungnahme vom 22. Juni 2020 hielt das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) fest, der energetischen Aussenwärmedämmung der Fassaden, der Montage einer Photovoltaik- und Solaranlage sowie der Verbreiterung des Eingangspodests könne eine positive Beurteilung in Aussicht gestellt werden. Hingegen könne für den Abbruch und Wiederaufbau des Dachgeschosses sowie für die vorgesehene Volumenerweiterung keine Ausnahmegewilligung in Aussicht gestellt werden. Am 9. Oktober 2020 erliess das AGR eine diesen Ausführungen entsprechende Verfügung.

6. In der Folge erliess die Gemeinde am 26. Oktober 2020 eine Teilbaubewilligung für die energetische Aussenwärmedämmung der Fassaden, die Montage einer Solar- und Photovoltaikanlage sowie für die Verbreiterung des Eingangspodests um 20 cm. Für den Abbruch der Dachkonstruktion ab Estrichboden und den Wiederaufbau mit geringfügiger Volumenerweiterung erteilte die Gemeinde den Bauabschlag. Ausserdem ordnete sie die Wiederherstellung an und verfügte, das Dachgeschoss sei in den ursprünglichen Zustand zurückzubauen.

7. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 25. November 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Teilbauabschlags mit Wiederherstellung und die Erteilung der Baubewilligung. Hinsichtlich der Verfügung des AGR vom 9. Oktober 2020 verlangen sie ebenfalls die Aufhebung, soweit diese das Vorhaben abschlägig beurteilt, sowie die Erteilung einer Ausnahmegewilligung. Eventualiter beantragen die Beschwerdeführenden die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz.

8. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das AGR und die Gemeinde beantragen die Abweisung der Beschwerde. Nachdem das Rechtsamt die Vernehmlassungen mit Verfügung vom 27. Januar

¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

² 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)

2020 zugestellt hatte, reichten die Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 15. Februar 2020 eine unaufgeforderte Stellungnahme ein.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Baumentscheide – und mit ihnen zusammen Verfügungen des AGR nach Art. 24 ff. RPG – können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 und Art. 84 Abs. 4 BauG³). Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Entscheid zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen und Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen und Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden sind Baugesuchstellende sowie Verfügungsadressatin und -adressat. Die Beschwerdeführerin 2 ist überdies Eigentümerin der von der Wiederherstellung betroffenen Parzelle. Die Beschwerdeführenden sind damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde wird eingetreten.

2. Anfechtungsobjekt und Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt in einem Beschwerdeverfahren ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand bezeichnet denjenigen Teil des Anfechtungsobjektes, den die beschwerdeführende Partei von der Rechtsmittelinstanz überprüfen lassen will. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber nicht über dieses hinausgehen. Er wird mit dem Antrag und der Begründung in der Beschwerde festgelegt.⁴

b) Die Baubeschwerde richtet sich gegen die Ziffern 5.2, 5.3 und 5.4 der Verfügung der Gemeinde Oberburg vom 26. Oktober 2020 sowie gegen Ziffer 1 der Verfügung des AGR vom 9. Oktober 2020. Anfechtungsobjekt sind damit die Verfügungen der Gemeinde und des AGR. Streitgegenstand sind indes lediglich die angefochtenen Ziffern der Verfügungen. Die zu überprüfenden Ziffern betreffen die abschlägige Beurteilung inkl. Wiederherstellung der Arbeiten am Dachstock. Andere Elemente des Vorhabens beurteilten die Gemeinde und das AGR positiv. Diese übrigen Teile des Projekts sind nicht Streitgegenstand.

3. Bewilligungsfähigkeit

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Volumenerweiterung des Dachgeschosses erfolge ausschliesslich aufgrund einer energetischen Sanierung. Sie würden eine Dämmung des Estrichbodens mit Stroh vorsehen, was eine Erhöhung des Dachstocks um 50 cm bedinge. Eine Wohnnutzung im Dachgeschoss sei nicht beabsichtigt. Beim betroffenen Gebäude handle es sich

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

⁴ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 f. und Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 20a N. 28

um eine neurechtliche landwirtschaftliche Baute, die für die Landwirtschaft nicht mehr benötigt werde und dem nichtlandwirtschaftlichen Wohnen diene. Das Bauvorhaben lasse die bauliche Grundstruktur des Wohnhauses im Wesentlichen unverändert und sei für ein zeitgemässes Wohnen notwendig. Umfang und Intensität der bisherigen Wohnnutzung würden unverändert bleiben. Damit erfülle das Vorhaben die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24d RPG.

b) Demgegenüber halten die Gemeinde und das AGR fest, die bestehende Liegenschaft erfülle die Voraussetzungen für ein zeitgemässes Wohnen. Eine Volumenerweiterung im Dachgeschoss sei daher nicht bewilligungsfähig. Der Estrichboden müsse zudem nicht mit Stroh gedämmt werden. Es könne auch ein anderes Material verwendet werden, das keine Erweiterung des Volumens erforderlich mache. Ausserdem erlaube Art. 24d Abs. 1 RPG keinen freiwilligen Abbruch und Wiederaufbau. Der Abbruch und Wiederaufbau des Dachgeschosses sei auch aus diesem Grund unzulässig.

c) Das betroffene Grundstück wurde im Jahr 2018 vom landwirtschaftlichen Stammgrundstück Oberburg Grundbuchblatt Nr. I. _____ abparzelliert, befindet sich jedoch nach wie vor in der Landwirtschaftszone. Es ist unbestritten, dass das Vorhaben nicht landwirtschaftlich begründet und damit nicht zonenkonform gemäss Art. 16a RPG ist. Ebenfalls unbestritten ist, dass das gegenständliche Gebäude nach dem 1. Juli 1972 errichtet wurde und raumplanerisch als neuerechtlich gilt. Die Voraussetzungen für eine allfällige Ausnahmegewilligung richten sich daher nach Art. 24d RPG.⁵ Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung können in landwirtschaftlichen Wohnbauten, die in ihrer Substanz erhalten sind, landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen zugelassen werden. Die Norm bezweckt in erster Linie, Zweckänderungen von landwirtschaftlicher in nichtlandwirtschaftliche Wohnnutzung zu ermöglichen. Dabei sind die in Art. 24d Abs. 3 RPG genannten Voraussetzungen zu beachten. Insbesondere müssen die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert bleiben (Art. 24d Abs. 3 Bst. b RPG), es darf höchstens eine geringfügige Erweiterung der bestehenden Erschliessung notwendig sein (Bst. c) und es dürfen keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. e). Art. 42a Abs. 1 RPV⁶ bestimmt zudem, dass neben solchen Zweckänderungen generell auch all jene Erweiterungen zulässig sind, die für eine zeitgemässe Wohnnutzung unumgänglich sind.⁷ Ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens ist eine Erweiterung allerdings nur möglich, wenn im Gebäudeinnern keine Möglichkeiten vorhanden sind. Der Begriff «unumgänglich» ist restriktiv und stellt hohe Anforderungen an die Notwendigkeit einer solchen Erweiterung. Eine Erweiterung ist nur dann unumgänglich, wenn und soweit der aktuelle Zustand eine Vermietung oder einen Verkauf nicht zulassen würde und die Anforderungen an zeitgemässes Wohnen nicht erfüllt werden können. Der Massstab ist ein objektiver, auf die subjektiven Wünsche kommt es nicht an.⁸

d) Gemäss eigener Umschreibung planen die Beschwerdeführenden u.a. den Abbruch der Dachkonstruktion ab Estrichboden sowie den Wiederaufbau mit einer geringfügigen Volumenerweiterung.⁹ Aus den Plänen geht hervor, dass die Arbeiten an der Dachkonstruktion zunächst eine Erhöhung des Estrichbodens um 45 cm umfassen. Diese Erhöhung soll erfolgen, um unter dem Estrichboden Raum für die Strohballen zu schaffen. Damit verbunden soll der

⁵ Rudolf Muggli in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 24d N. 1, 9 und 14

⁶ Raumplanungsverordnung des Bundesrats vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

⁷ BGer 1C_391/2010 vom 19. Januar 2011 E. 4.3 und 4.3.2; Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Erläuterungen zu Artikel 42a der Raumplanungsverordnung, S. 3

⁸ Muggli, a.a.O., Art. 24d N. 18; Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Erläuterungen zu Artikel 42a der Raumplanungsverordnung, S. 3

⁹ Baugesuchformular 1.0, Vorakten, pag. 8.2; Projektanpassung vom 25. Mai 2020, Vorakten, pag. 14.3

Dachstock (Oberkante Kniewand) ab einer Höhe von 16 cm um 60 cm erhöht werden. Zwar machen die Beschwerdeführenden in ihrer Beschwerde eine Erhöhung um lediglich 50 cm geltend.¹⁰ Aus den Plänen geht jedoch eine Erhöhung von 60 cm hervor und auch im Ausnahmegesuch vom 25. März 2020 sprachen die Beschwerdeführenden noch von 60 cm.¹¹ Weiter sollen der Neigungswinkel des Dachs von ursprünglich 18° auf 20° angepasst, die Dachfläche vergrössert und der Dachfirst um 80 cm angehoben werden. Unter Berücksichtigung sämtlicher Änderungen beläuft sich die Höhe von der Oberkante des neuen Dachbodens bis zum angehobenen Dachfirst auf 2.18 m. Ursprünglich betrug diese Höhe lediglich 1.67 m. Die Arbeiten führen damit zu einer Erweiterung ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens, wie auch die Beschwerdeführenden einräumen. Eine solche Erweiterung ist unabhängig vom konkreten Ausmass nur zulässig, wenn sie für ein zeitgemässes Wohnen unumgänglich ist (Art. 42a Abs. 1 RPV). Im vorliegenden Fall ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern der frühere Zustand den Ansprüchen an ein zeitgemässes Wohnen nicht mehr genügt hätte. Dies wird von den Beschwerdeführenden auch nicht substantiiert dargelegt. Zwar müssen energetische Massnahmen auch ausserhalb der Bauzone grundsätzlich möglich sein.¹² Einerseits führen das AGR und die Gemeinde aber zu Recht aus, dass andere Isolationsmöglichkeiten als solche mit Stroh denkbar seien, die vollständig innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens erfolgen könnten. Andererseits ist die konkret vorgenommene Erweiterung selbst bei einer Isolation des Estrichbodens mit Stroh grösser als notwendig ausgefallen: Die Beschwerdeführenden planen neben der Erhöhung der Kniewand auch eine steilere Dachneigung sowie eine Dachvergrösserung. Die mit den Arbeiten am Dach verbundene Erweiterung des Volumens nach aussen ist für die Dämmung des Estrichbodens mit Stroh nicht notwendig. Die Beschwerdeführenden führen in ihrem Ausnahmegesuch selbst aus, der veränderte Neigungswinkel des Dachs diene dazu, eine Höhe zu erreichen, die zum Stehen genüge.¹³ Damit wird deutlich, dass sie nach einer Ideallösung streben, auf die sie in der Landwirtschaftszone keinen Anspruch haben. Die strittige Volumenerweiterung nach aussen ist für eine zeitgemässe Wohnnutzung nicht unumgänglich. Die Ausnahmevoraussetzungen von Art. 24d Abs. 1 und 3 RPG i.V.m. Art. 42a Abs. 1 RPV sind somit nicht erfüllt. Andere Ausnahmetatbestände gemäss Art. 24 ff. RPG kommen nicht in Betracht. Der bereits vorgenommene Abbruch der Dachkonstruktion ab Estrichboden sowie der Wiederaufbau mit Volumenerweiterung ist demnach nicht bewilligungsfähig. Im Übrigen ist auch fraglich, ob die Strohdämmung selbst, d.h. unabhängig von der Volumenerweiterung, bewilligt werden könnte: Die Beschwerdeführenden haben im Baubewilligungsverfahren keinen Energienachweis eingereicht und damit nicht nachgewiesen, dass die Isolation den Minimalanforderungen an einen winterlichen Wärmeschutz genügt (vgl. Art 61 i.V.m. Art. 14 KEnV¹⁴). Die Frage nach der Zulässigkeit der Strohdämmung kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren allerdings offen bleiben. Die Beschwerdeführenden haben die entsprechende Isolation noch nicht ausgeführt.¹⁵ Sie machen selbst geltend, es bestünde ein Zusammenhang zur nicht genehmigungsfähigen Volumenerweiterung und haben entsprechend auch keinen Antrag auf eine Teilbaubewilligung gestellt.

4. Wiederherstellung

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

¹⁰ Beschwerde vom 25. November 2020, S. 5

¹¹ Vorakten, pag. 8.10

¹² Vgl. BGer 1C_157/2011 vom 21. Juli 2011 E. 4.4

¹³ Vorakten, pag. 8.10

¹⁴ Kantonale Energieverordnung vom 26. Oktober 2011 (KEnV; BSG 741.111)

¹⁵ Verfügung der Gemeinde vom 26. Oktober 2020 Ziff. 3.7; Verfügung des AGR vom 9. Oktober 2020

Wiederherstellungsmassnahme muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD¹⁶). Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁷

b) Die Beschwerdeführenden machen geltend, es fehle an einem öffentlichen Interesse für die Wiederherstellung. Im Gegenteil habe das Gemeinwesen ein Interesse an der von der Bauherrschaft beantragten Sanierung mit Strohdämmung. Als positiver Nebeneffekt könne zudem mit der grösseren Dachfläche mehr Solarenergie erzeugt werden. Die steilere Dachneigung mit dem leicht grösseren Dachvorsprung würde sich auch in ästhetischer Hinsicht positiv auswirken. Der wiederherzustellende Zustand sei damit schlechter oder jedenfalls nicht besser als der jetzige.

Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist. Ausnahmsweise kann dieses Interesse im konkreten Fall jedoch fehlen, z.B. wenn das angestrebte Ziel gar nicht zu erreichen ist oder der rechtswidrige Zustand besser oder jedenfalls nicht schlechter ist als der rechtmässige oder die Wiederherstellung ein Gebiet stärker belasten würde als das Belassen des widerrechtlichen Zustands.¹⁸

Das vorliegende Vorhaben betrifft ein Gebäude ausserhalb der Bauzone. Dem konsequenten Vollzug des Baurechts ausserhalb des Baugebiets kommt besondere Bedeutung zu. Werden in der Landwirtschaftszone widerrechtlich errichtete Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, wird der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet in Frage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt. Rechtswidrige Bauten und Bauteile in der Landwirtschaftszone müssen daher grundsätzlich beseitigt werden.¹⁹ Somit besteht auch vorliegend ein gewichtiges öffentliches Interesse am Rückbau der nicht zonenkonformen Volumenerweiterung. Dabei ist es unerheblich, ob das neue Dach eine gute ästhetische Wirkung erzielt, zumal die vorbestehende Gestaltung bewilligt ist. Die Solar- und Photovoltaikanlage berechtigt die Beschwerdeführenden ebenfalls nicht dazu, rechtswidrige konstruktive Veränderungen am Gebäude vorzunehmen. Dies gilt umso mehr, als die betroffene südliche Dachhälfte gemäss dem öffentlich zugänglichen Solarrechner²⁰ auch im ursprünglichen Zustand «sehr gut» für die Nutzung von Sonnenenergie geeignet ist. Somit besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der vorliegenden Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

c) Die Beschwerdeführenden berufen sich weiter auf den Grundsatz von Treu und Glauben und machen geltend, sie hätten erst mit der Bauausführung begonnen, nachdem ihnen die Gemeinde per Mail mitgeteilt habe, das Vorhaben sei baubewilligungsfrei. Anlässlich eines Augenscheins habe ein Vertreter des AGR zudem die Aussage gemacht, das Bauvorhaben inklusive die Volumenerweiterung sei genehmigungsfähig. Gestützt auf diese mündliche Zusicherung hätten sie eine Projektänderung eingereicht. Sowohl die Gemeinde als auch das AGR seien auf ihre Aussagen zu behaften.

¹⁶ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁷ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

¹⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a; VGE 2012/230 vom 30.5.2013, E. 4.2; VGE 2014/197 E. 3.1; BGE 132 II 21 E. 6.4

¹⁹ Vgl. VGE 2018/122 vom 2. April 2019 E. 3.3

²⁰ <https://map.geo.admin.ch> --> Geokatalog --> Bevölkerung und Wirtschaft --> Energie --> Solarenergie: Eignung Dächer --> Objektinformationen zur Zimmerbergstrasse 46 --> sonnendach.ch

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes ist in Art. 9 BV²¹ geregelt und gibt Privaten einen Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden.²² Adressatinnen und Adressaten einer falschen behördlichen Auskunft haben Anspruch darauf, abweichend vom Gesetz behandelt zu werden, wenn die Auskunft für einen bestimmten Einzelfall aufgrund einer vollständigen und richtigen Darstellung des Sachverhalts vorbehaltlos erteilt wurde, die Amtsstelle zur Auskunftserteilung zuständig war oder gutgläubig als zuständig erachtet werden durfte, die Unrichtigkeit der Auskunft bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit nicht ohne weiteres erkennbar war, im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft unwiderrufliche oder nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen wurden und die Rechtslage sich seit der Auskunftserteilung nicht geändert hat. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ist ausserdem zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Anwendung des zwingenden Rechts nicht dennoch Vorrang vor dem Vertrauensschutz beansprucht. Dieselben Voraussetzungen müssen vorliegen, wenn Ansprüche aus einer falschen behördlichen Zusicherung geltend gemacht werden.²³

Die Beschwerdeführenden leiten aus dem Mailverkehr zwischen ihnen und der Gemeinde einen Vertrauenstatbestand ab. Sie sind mit E-Mail vom 16. Dezember 2018 mit folgenden Ausführungen an die Gemeinde herangetreten:²⁴

«[...] Bereits im Sommer haben wir uns zusammen mit Herrn A. _____ vom AGR und Herrn B. _____ auf dem Zimmerberg getroffen. Damals hiess es von seitens AGR das eine Volumenerweiterung nicht in Frage kommt, dies aus bekannten Gründen.

Nun wollen wir trotzdem eine energetische Sanierung vornehmen. Zwar betrifft dies:

Dach; Ersatz Asbest Schiefereternit durch Ziegel inkl. Isolierung Dach und Installation einer Solarthermie-Anlage

Fassade; Ersatz Fenster und Türen und Aussenisolation aller Aussenwände

Das äussere Erscheinungsbild des Gebäudes wird sich kaum ändern. Die Fassade wird wie gehabt in weiss verputzt und die Ziegel werden wenn nötig in einer Eternit ähnlichen Farbe gewählt.

Um unnötige Umstände zu vermeiden hoffen wir das kein Baugesuch für diese Massnahmen nötig ist. Die nötigen Formulare wie Entsorgung Asbest und Meldungen der Solaranlage werden wir natürlich einreichen. Hierzu bitten wir um Ihre Stellungnahme, dafür besten Dank [...]

Die Beschwerdeführenden stellten der Gemeinde also das Vorhaben vor und erkundigten sich über die Baubewilligungspflicht. Im weiteren Mailverkehr teilte die Gemeinde den Beschwerdeführenden mit, weil die Materialisierung des Dachs geändert würde, sei das Vorhaben baubewilligungspflichtig. Auch sei eine Beurteilung durch die kantonale Denkmalpflege notwendig, weil die Liegenschaft an ein K-Objekt angrenze. Weiter bedinge das Bauen ausserhalb der Bauzone eine Ausnahmegewilligung.²⁵ Die Beschwerdeführenden antworteten, sie würden auf die Materialänderung der Dacheindeckung verzichten.²⁶ Die Gemeinde hielt daraufhin zusammengefasst fest, somit seien keine bau- oder umweltrechtlichen Tatbestände betroffen. Die Dachsanierung und das Eindecken mit demselben Material, der Ersatz der Fenster und Eingangstüre sowie das Erstellen einer Aussenisolation mit gleicher Fassadenstruktur seien daher baubewilligungsfrei.²⁷

²¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²² Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N. 624

²³ BVR 2000 S. 170 E. 4.b

²⁴ Vorakten, pag. 3

²⁵ Mail vom 17. Dezember 2018, Vorakten pag. 3

²⁶ Mail vom 20. Dezember 2018, Vorakten pag. 3

²⁷ Mail vom 10. Januar 2019, Vorakten pag. 3

Wie aus dem zitierten Mail der Beschwerdeführenden vom 16. Dezember 2018 hervorgeht, wussten sie, dass eine Volumenerweiterung nicht zulässig ist bzw. «nicht in Frage kommt». Im Mail haben sie eine solche denn auch nicht erwähnt. Auf die «geringfügige Volumenerweiterung» und die beabsichtigte Isolation des Estrichbodens mit Stroh haben die Beschwerdeführenden erst hingewiesen, nachdem die Gemeinde aufgrund der Arbeiten an der Dachkonstruktion die sofortige Baueinstellung verfügt und Gelegenheit zum Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs gegeben hat. Die Beschwerdeführenden haben im Mailverkehr das Vorhaben somit nicht zutreffend umschrieben. Die gestützt auf die unvollständige Beschreibung erteilte Auskunft der Gemeinde zur Baubewilligungspflicht konnte bei ihnen daher zum vornherein kein berechtigtes Vertrauen in die Zulässigkeit ihres Vorgehens wecken. Aus der entsprechenden Korrespondenz mit der Gemeinde lässt sich keine Vertrauensgrundlage ableiten.

Weiter trifft es zwar zu, dass der Vertreter des AGR anlässlich des Augenscheins vom 5. Mai 2020 die Volumenerweiterung zunächst positiv beurteilt hat.²⁸ Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführenden gestützt auf diese Aussage eine Vertrauensbetätigung vorgenommen hätten, die der Wiederherstellung entgegenstünde. Namentlich haben sie keinen Weiterbau getätigt. Hierzu wären sie gestützt auf Art. 1a Abs. 3 BauG sowie die rechtskräftige Baueinstellungsverfügung vom 30. Januar 2020 auch nicht berechtigt gewesen. Die Beschwerdeführenden machen lediglich geltend, sie hätten aufgrund der Ausführungen des Vertreters des AGR eine Projektänderung eingereicht. Aus den Projektänderungsunterlagen geht hervor, dass die Beschwerdeführenden, soweit das Dach betreffend, die Pläne bloss mit zusätzlichen Beschriftungen versehen haben. Die Projektänderung betraf hauptsächlich die von der Vorinstanz bewilligten und vorliegend nicht streitgegenständlichen Arbeiten. Somit haben die Beschwerdeführenden gestützt auf die Aussagen des AGR keine schadensbegründenden Dispositionen getroffen. Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes sind nicht erfüllt.

d) Die Beschwerdeführenden machen schliesslich geltend, die Wiederherstellung sei unverhältnismässig. Ein Rückbau wäre nicht nur sinnlos und kontraproduktiv, sondern würde die Beschwerdeführenden auch in wirtschaftlicher Hinsicht in unzumutbarer Weise belasten. Im vorliegenden Fall genüge als Wiederherstellungsmassnahme zudem ein Benützungsverbot des Dachgeschosses als Wohnraum, zumal das Dachgeschoss wegen der hohen Strohdämmung, fehlender Heizung und Fenster sowie wegen des fehlenden Treppenzugangs für die Nutzung als Wohnraum unbrauchbar und die Einhaltung des Benützungsverbots somit ohne grossen Aufwand sogar von aussen kontrollierbar sei.

Verhältnismässig ist eine Anordnung dann, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich und für die Betroffenen zumutbar ist. Bei geringfügigen Abweichungen und wenn die Bauherrschaft im baurechtlichen Sinn gutgläubig handelte, kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private Interessen diese gebieten. Bei bösem Glauben 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 unverhältnismässig wäre. Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht hat gutgläubig sein können. Allgemein wird vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht bekannt ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden erkundigen. 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

²⁸ Vgl. Verfügung des AGR vom 9. Oktober 2020 S. 3; Aktennotiz vom 5. Mai 2020 in den Verfahrensakten des AGR

Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen. So fallen finanzielle Interessen kaum je ins Gewicht.²⁹

Der Rückbau der Dachkonstruktion ist geeignet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Ein definitives Benützungsverbot ohne bauliche Wiederherstellung stellt kein milderes Mittel dar. Einerseits ist ein reines Benützungsverbot auf Dauer meist mit einem unverhältnismässigen Kontrollaufwand verbunden.³⁰ Die Beschwerdeführenden machen zwar geltend, das Dachgeschoss sei u.a. wegen fehlender Fenster als Wohnraum unbrauchbar und das Benützungsverbot könne sogar von aussen kontrolliert werden. Entgegen ihren Ausführungen in der Beschwerde haben sie jedoch gemäss den Plänen an der Nordost- und Südostfassade jeweils ein Fenster von 90x45 cm vorgesehen. Auch auf den Fotos der eingestellten Bauarbeiten sind die geplanten Fenster ersichtlich.³¹ Damit ist ein Benützungsverbot nicht von aussen kontrollierbar. Zudem ist die streitbetreffende Volumenerweiterung rechtswidrig, weil sie für eine zeitgemässe Wohnnutzung nicht unumgänglich ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der erweiterte Dachstock als Wohnraum im engen Sinn genutzt werden soll oder nicht (vgl. E. 3). Ein blosses Verbot, den vergrösserten Dachstock zu Wohnzwecken zu nutzen, ist daher nicht geeignet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Der Rückbau ist somit erforderlich. Schliesslich ist er auch zumutbar: Wie dargelegt, wussten die Beschwerdeführenden bereits vor Baubeginn, dass eine Volumenerweiterung «nicht in Frage kommt». Dennoch haben sie eine solche vorgenommen, ohne die Erweiterung im dargelegten Mailverkehr mit der Gemeinde zu erwähnen. Damit können die Beschwerdeführenden nicht als gutgläubig im baurechtlichen Sinn gelten. Die Absicht, den Estrichboden später anheben und mit Stroh dämmen zu wollen, haben sie sodann erst geäussert, als sie sich aufgrund der verschwiegenen Volumenerweiterung erklären und ein nachträgliches Baugesuch einreichen mussten. Die vorliegende Wiederherstellungsmassnahme ist von gewichtigen öffentlichen Interessen getragen (vgl. E. 4.b). Wirtschaftliche Interessen der bösgläubigen Bauherrschaft haben daher kein ausschlaggebendes Gewicht. Die Rückbaukosten wären mit einer korrekten Umschreibung des Vorhabens denn auch zu verhindern gewesen. Somit ist die Wiederherstellung verhältnismässig.

5. Ersatzvornahme

a) Die Beschwerdeführenden verlangen die Aufhebung der im Entscheid angedrohten Ersatzvornahme. Zur Begründung machen sie geltend, mit der geforderten Aufhebung der Wiederherstellung werde die Ersatzvornahme gegenstandslos.

b) Die Gemeinde hat die Vollstreckungsverfügung in die Sachverfügung vom 26. Oktober 2020 integriert. Dieses Vorgehen ist gemäss Art. 116 Abs. 2 VRPG³² zulässig. Zudem sieht Art. 46 Abs. 2 BauG explizit vor, dass mit der Wiederherstellungsanordnung die Ersatzvornahme angedroht wird. Die Beschwerdeführenden machen einzig geltend, mit der Aufhebung der Wiederherstellung werde die Ersatzvornahme gegenstandslos. Dem Gesagten zufolge erweist sich der Wiederherstellungsbefehl allerdings als rechtmässig. Vor diesem Hintergrund ist weder ersichtlich noch dargetan, weshalb die Androhung der Ersatzvornahme unzulässig sein soll.

²⁹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 9b, 9c; Beat Stalder, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, Kapitel 8 N 192

³⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 10

³¹ Vorakten pag. 1 und 5; Fotos in den Verfahrensakten des AGR

³² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

6. Wiederherstellungsfrist

a) Die Beschwerdeführenden machen schliesslich geltend, die vorinstanzlich verfügte Wiederherstellungsfrist sei unverhältnismässig kurz, vor allem auch im Hinblick auf die Jahreszeit. Die Wiederherstellungsfrist sei auf mindestens ein Jahr zu verlängern.

b) Die Wiederherstellungsfrist muss angemessen sein (Art. 46 Abs. 2 BauG). Vorliegend umfasst die Wiederherstellung den Rückbau der Änderungen an der Dachkonstruktion. Am 30. Januar 2020 verfügte die Gemeinde aufgrund dieser Arbeiten den sofortigen Baustopp. Die aktenskundigen Fotos zeigen, dass die Bauarbeiten am 30. Januar 2020 noch nicht beendet waren. Die Dämmung des Estrichbodens mit Stroh haben sie zudem noch nicht vorgenommen. Seit der Baueinstellungsverfügung haben die Beschwerdeführenden nicht weitergebaut oder höchstens provisorische Übergangslösungen erstellt.³³ Die von der Gemeinde verfügte Wiederherstellungsfrist beträgt neunzig Tage ab Rechtskraft der Verfügung, d.h. unter Berücksichtigung der Rechtsmittelfrist rund vier Monate. Dies ist ausreichend, um die unfertigen Arbeiten rückgängig zu machen. Überdies rügen die Beschwerdeführenden in ihrer Beschwerde vom November 2020, die Wiederherstellungsfrist sei insbesondere aufgrund der Jahreszeit zu kurz. Der vorliegende Beschwerdeentscheid ergeht im Frühling, weshalb die klimatischen Bedingungen einer Vornahme von Rückbauarbeiten nicht entgegenstehen. Die Wiederherstellungsfrist von neunzig Tagen ab Rechtskraftdatum ist somit verhältnismässig.

7. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend erweist sich der Teilbauabschlag mit Wiederherstellungsanordnung als rechtmässig. Eine Rückweisung, wie dies die Beschwerdeführenden eventualiter beantragen, ist damit ebenfalls nicht angezeigt. Die Beschwerde ist abzuweisen und die Verfügungen der Vorinstanz und des AGR sind, soweit sie vorliegend angefochten sind, zu bestätigen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1300.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV³⁴). Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den Betrag. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1, 3 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Ziffern 5.2, 5.3 und 5.4 des Entscheids der Gemeinde Oberburg vom 26. Oktober 2020 sowie Ziffer 1 der Verfügung des AGR vom 9. Oktober 2020 werden bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1300.-- werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

³³ Vorakten, pag. 7, 16

³⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt E. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberburg, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per E-Mail

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.