

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2015/54

Bern, 22. Februar 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Zollikofen, Gemeindeverwaltung,
Wahlackerstrasse 25, Postfach 366, 3052 Zollikofen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Zollikofen vom 14. August 2015 (Register-Nr. 37.101.38; Wohnnutzung Dachgeschoss)

I. Sachverhalt

1. Infolge eines Brandfalles in der Liegenschaft Zollikofen Grundbuchblatt Nr. C. _____ im Dezember 2014 wurde die Gemeinde auf eine nicht bewilligte Wohnnutzung im Dachgeschoss aufmerksam. Am 10. März 2015 führte die Gemeinde einen Augenschein vor Ort durch. Dabei stellte sie fest, dass im Dachgeschoss neben zwei bewilligten Mansardenzimmern noch weitere Einbauten (Küche, Nassbereich, Spülbecken) bestehen. Sie gewährte dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör.

2. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 14. August 2015 traf die Gemeinde folgende Anordnungen:

- "1. Der Estrichteil des Dachgeschosses, Stand Plan vom November 1951, darf nicht für Wohnzwecke genutzt werden (Benützungsverbot nach Art. 46 Abs. 1 BauG¹).
2. Die Einbauten im Estrichteil des Dachgeschosses sind auf die gemäss Plan vom November 1951 bewilligten Flächen zurückzubauen (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nach Art. 46 Abs. 2 BauG)."

Die Gemeinde wies in weiteren Ziffern auf die Straffolgen und die Ersatzvornahme bei Nichtbefolgung sowie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin. Der Beschwerdeführer reichte kein nachträgliches Baugesuch ein.

3. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 11. September 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt die Aufhebung der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Zur Begründung führt er aus, die Wiederherstellungsverfügung sei ungenügend begründet, die Nutzung sei bewilligt und die Wiederherstellung infolge Zeitablaufs nicht mehr zulässig und auch nicht verhältnismässig.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², holte die Vorakten und eine Stellungnahme bei der Gemeinde ein. Die Gemeinde beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Mit Verfügung vom 30. September 2015 erteilte das Rechtsamt der Beschwerde gegen Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung.

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

¹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

² 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)

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Der Beschwerdeführer rügt, in der Wiederherstellungsverfügung werde nicht genau umschrieben, weshalb die wohnhygienischen Verhältnisse nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen sollten. Es fehle damit an einer klaren Begründung und es liege eine Gehörsverletzung vor.

b) Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG⁴ muss eine Verfügung eine Begründung enthalten. Eine Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.⁵

c) Die Gemeinde hat in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung festgehalten, dass die wohnhygienischen Voraussetzungen für eine Wohnnutzung im Estrichteil des Dachgeschosses nicht erfüllt seien und in Klammern auf Art. 62 ff. BauV⁶ hingewiesen. In Art. 62 ff. BauV sind unter dem Titel "Gesundheit" die minimalen Anforderungen an Wohn- und Arbeitsräume geregelt.⁷ Demnach müssen Wohnräume unter anderem unmittelbar von

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

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

⁵ BVR 2013 S. 10 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5

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

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 21 N. 18 f.

aussen genügend Licht und Luft erhalten (Art. 64 Abs. 1 BauV) und mit einer Heizeinrichtung oder -möglichkeit versehen und genügend gegen Wärmeverlust isoliert sein (Art. 65 BauV). Die Begründung betreffend Wohnhygiene ist in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung zwar knapp, aber es geht hinreichend klar hervor, in welcher Hinsicht die Einbauten im Dachgeschoss den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen. Dem Beschwerdeführer war es auch ohne weiteres möglich, die Wiederherstellungsverfügung sachgerecht anzufechten. Die Gemeinde hat ihre Begründungspflicht nicht verletzt.

3. Bewilligter Zustand

a) Es ist unbestritten, dass im Dachgeschoss zwei Mansardenzimmer bestehen. Weiter hat die Gemeinde am Augenschein vom 10. März 2015 festgestellt, dass neben den Mansarden auch eine Küche sowie ein WC mit Dusche eingebaut sind.⁸ Diese Nutzungen befinden sich nach den Feststellungen der Gemeinde ausserhalb der bewilligten Mansarden, was aufgrund der Fotos in den Vorakten nachvollziehbar und auch nicht bestritten ist. Im Estrichbereich befinden sich Sofas und ein Lavabo/Waschtisch und es sind auch Badetücher aufgehängt. Es ist damit auch erstellt, dass der Vorraum zu den Mansarden als Wohnraum benützt wird.

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, es treffe nicht zu, dass für die Umnutzung des Estrichs und für die damit verbundenen Einbauten die erforderliche Baubewilligung fehle. Die Renovation der Liegenschaft im Jahr 1993 sei sehr umfangreich gewesen und es sei undenkbar, dass die renommierte Baufirma D. _____ AG ein solches Projekt ausführe, ohne die hierfür erforderlichen Bewilligungen einzuholen. Entsprechende Dokumente seien bei der Gemeinde zu edieren und der damalige Bauführer sei als Zeuge einzuvernehmen.

c) Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, gelten grundsätzlich als nicht bewilligt. Es ist Sache der Bauherrschaft, diese Vermutung zu zerstören. Die Beweislast für das Vorhandensein einer Baubewilligung liegt somit bei der Bauherrschaft.⁹

⁸ Vorakten, pag. 11 ff.

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. c

d) Das Mehrfamilienhaus des Beschwerdeführers wurde am 11. September 1951 bewilligt (Vorakten, Beilage 1). Nach den bewilligten Plänen sind im Dachgeschoss die Nutzung als Estrich sowie auf der Ost- und Westseite je eine Mansarde mit einem Grundriss von 4,21 m auf 3,80 m bewilligt.¹⁰ Neben den Mansarden und der Estrichnutzung sind im Dachgeschoss keine weiteren Nutzungen eingetragen bzw. bewilligt, insbesondere sind weder eine Küche noch ein WC oder eine Dusche eingetragen und auch kein weiterer Wohnraum. 1963 wurde nach den Unterlagen der Gemeinde sodann ein Garagentrakt mit sieben Boxen bewilligt (Vorakten, Beilage 2). Weitere Baugesuche oder Bewilligungen sind bei der Gemeinde nach ihren Angaben nicht aktenkundig. Hinweise für eine Bewilligung von Küche, WC und weiteren Wohnraum gibt es auch aus den vorliegenden Unterlagen damit nicht.

Der Beschwerdeführer kann selbst ebenfalls keine Baubewilligung vorweisen. In der vom Beschwerdeführer eingereichten Rechnung der D. _____ vom 6. Dezember 1993 ist unter dem Titel Ausbau- und Sanierungsarbeiten gemäss Werkvertrag vom 25. Mai 1993 "WC/Dusche Mansarde" vermerkt. Dies deutet darauf hin, dass die Einbauten mit der Renovation der Liegenschaft vorgenommen wurden. Einen Beweis dafür, dass eine Baubewilligung besteht, stellt diese Rechnung jedoch nicht dar. Auch die beantragte Befragung des damaligen Bauleiters als Zeuge kann einen solchen Beweis nicht erbringen. Auf die Befragung kann daher verzichtet werden. Damit steht fest, dass die Umnutzung von einem Teil des Estrichs in Wohnraum sowie der Einbau von Küche, Bad und Dusche nicht bewilligt sind. Es liegt ein formell rechtswidriger Zustand vor.

4. Wiederherstellung, summarische Prüfung der materiellen Rechtswidrigkeit

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet (sog. formelle Rechtswidrigkeit), so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Mit der Wiederherstellungsverfügung ist dem Betroffenen Gelegenheit zur Einreichung eines

¹⁰ Vorakten, Beilage 1, Plan Estrich vom November 1951

nachträglichen Baugesuchs zu geben.¹¹ Aber auch beim Fehlen eines nachträglichen Baugesuchs haben die Rechtsmittelinstanzen wenigstens summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben gegen einschlägige Vorschriften verstösst (sog. materielle Rechtswidrigkeit). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen.¹²

b) Vorliegend steht fest, dass ein Teil des Estrichs für eine Wohnnutzung verwendet wird. Es handelt sich dabei um eine bewilligungspflichtige Nutzungsänderung (Art. 1a Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer hat kein nachträgliches Baugesuch eingereicht und er macht auch nicht geltend, die Nutzungsänderung könne bewilligt werden. Dennoch ist summarisch zu prüfen, ob die Umnutzung zu einer Wohnnutzung bewilligungsfähig ist.

c) Die gesundheitspolizeilichen Vorschriften in Art. 62 ff. BauV legen die minimalen Anforderungen an Wohn- und Arbeitsräume, Küchen und sanitäre Einrichtungen fest.¹³ Wohnräume müssen unmittelbar von aussen genügend Licht und Luft erhalten. Die Fensterfläche soll mindestens einen Zehntel der Bodenfläche betragen und zu jeder Zeit zu einem genügend grossen Teil geöffnet werden können (Art. 64 Abs. 1 BauV).¹⁴

Der Estrichbereich wird nach den Feststellungen der Gemeinde durch sechs Dachflächenfenster mit einer maximalen Grösse von je 0,5 m² belichtet. Die im Dachgeschoss als Estrich bewilligte und nun zum Wohnen genutzte Fläche beträgt gemäss Gemeinde rund 74,5 m², so dass insgesamt Fensterflächen von 7,45 m² vorhanden sein müssten. Die Dachflächenfenster weisen insgesamt jedoch nur eine Fläche von etwa 3 m² auf. Die Feststellungen der Gemeinde sind anhand der Pläne und der Fotodokumentation in den Vorakten nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was zu einer anderen Einschätzung führen müsste. Es steht damit fest, dass die vorhandenen Dachflächenfenster für eine ausreichende Belichtung der zum Wohnen genutzten Fläche nicht ausreichend sind.

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 3 und 14 ff.

¹² BVR 2000 S. 416 E. 3a; vgl. ferner die weiteren Hinweise bei Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 21 N. 18 f.

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 21 N. 19 a

d) Wohnräume müssen weiter mit einer Heizeinrichtung oder -möglichkeit versehen und genügend gegen Wärmeverlust isoliert sein (Art. 65 BauV).¹⁵ Die Gemeinde macht geltend, im ganzen als Estrich bewilligten Dachgeschoss fehle eine Heizung, wie auch eine ordentliche Isolation. Heizleitungen oder Anschlüsse für Heizkörper seien keine vorhanden. Die Unterkonstruktion des Daches sei sichtbar und eine Isolation zwischen den Sparren oder auf den Sparren sei nicht vorhanden. Die Ausführungen der Gemeinde können aus der Fotodokumentation nachvollzogen werden. Zudem bestreitet der Beschwerdeführer die mangelnde Heizung und Isolation nicht. Es steht damit fest, dass auch die Anforderungen an die Heizung und Isolation nach Art. 65 BauV nicht eingehalten sind. Fraglich ist bei dieser Ausgangslage zudem, ob die Anforderungen der Energiegesetzgebung erfüllt wären (vgl. Art. 37 KEnG¹⁶ in Verbindung mit Art. 14 KEnV¹⁷).

e) Die Ausnützungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche (BGF) der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche (aArt. 93 Abs. 1 BauV). Als anrechenbare Bruttogeschossfläche gilt die Summe aller dem Wohnen oder dem Gewerbe dienenden oder hierfür verwendbaren ober- und unterirdischen Geschossflächen einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte. Nicht angerechnet werden unter anderem zu Wohnungen gehörende Keller- und Dachräume, sofern sie nicht als Wohn- oder Arbeitsräume gemäss Art. 63 BauV verwendbar sind (aArt. 93 Abs. 2 Bst. a BauV). Die Art. 93 bis 98 BauV wurden mit der BMBV¹⁸ am 1. August 2011 aufgehoben. Dennoch ist vorliegend zur Berechnung der Ausnützungsziffer auf aArt. 93 BauV abzustellen. Massgebend für die Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit ist das Recht, das im Zeitpunkt der Ausführung des Bauvorhabens bzw. der Nutzungsänderung anwendbar war. Späteres Recht ist anwendbar, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist als das alte.¹⁹ Aufgrund der Akten muss davon ausgegangen werden, dass die Einbauten und die Nutzungsänderung 1993 und damit unter altem Recht erfolgten. Aber auch unter neuem Recht ist weiterhin auf aArt. 93 BauV abzustellen, weil die Gemeinde Zollikofen ihre baurechtliche Grundordnung noch nicht den Bestimmungen der BMBV angepasst hat (Art. 34 Abs. 1 und 2 BMBV).

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 21 N. 19 b

¹⁶ Kantonales Energiegesetz vom 15. Mai 2011 (KEnG; BSG 741.1)

¹⁷ Kantonale Energieverordnung vom 26. Oktober 2011 (KEnV; BSG 741.111)

¹⁸ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14a

Das Grundstück Zollikofen Grundbuchblatt Nr. C. _____ lag bereits unter der Geltung des Gemeindebaureglements vom 15. September 1977 (aGBR 1977) in der Wohnzone 3 und es befindet sich auch heute noch in dieser Zone. Während für die Wohnzone 3 nach Art. 40 aGBR 1977 eine Ausnützungsziffer von 0,5 galt, ist heute eine solche von 0,6 anwendbar (Art. 42 ff. GBR²⁰ in Verbindung mit Art. 85 GBR). Das aktuelle Recht ist damit für den Beschwerdeführer günstiger, weshalb von der aktuellen Ausnützungsziffer von 0,6 auszugehen ist. Bei einer anrechenbaren Grundstücksfläche von 979 m² ergibt sich eine zulässige Ausnützung von 587,4 m². Bei einem Grundriss von 20 m auf 10,9 m ergibt sich – abzüglich der Balkone (2 mal 1,3 m auf 4,24 m) – eine anrechenbare Bruttogeschossfläche von 206 m² pro Etage. Für das Erdgeschoss sowie das erste und zweite Obergeschoss resultiert damit bereits eine anrechenbare Bruttogeschossfläche von 618 m². Die zulässige Bruttogeschossfläche von 587,4 m² ist damit bereits ohne die Mansarden und ohne die nicht bewilligte Nutzung deutlich überschritten. Die Gemeinde kommt in ihrer Stellungnahme – wenn auch nicht mit denselben Zahlen – im Ergebnis ebenfalls zu diesem Schluss. Weitere anrechenbare Bruttogeschossfläche kann damit nicht bewilligt werden.

f) Nach summarischer Prüfung verstösst die ohne Bewilligung aufgenommene Wohnnutzung im Estrichteil des Dachgeschosses gegen die Vorschriften über die Gesundheit bzw. Wohnhygiene und überschreitet zudem die zulässige Ausnützungsziffer. Eine Bewilligung kann für die Wohnnutzung nicht erteilt werden. Sie ist damit auch materiell rechtswidrig. Offen bleiben kann, ob die Brandschutzvorschriften eingehalten sind, was aufgrund der Fotodokumentation in den Vorakten zumindest als fraglich erscheint.

5. Ablauf der Frist für die Wiederherstellung

a) Der Beschwerdeführer bringt vor, die (bestrittene) Rechtswidrigkeit sei bereits im Jahr 1993 ersichtlich gewesen, als die Baubehörden den Umbau abgenommen hätten. Die Nutzung als Wohnraum hätte zudem aufgrund von äusseren Erscheinungen (z.B. Klingel am Haus, Beschriftung der Briefkästen) erkannt werden können und die Nutzung der Mansarden hätte auch durch die Einwohnerkontrolle der Gemeinde festgestellt werden

²⁰ Baureglement der Einwohnergemeinde Zollikofen vom 2. Dezember 2001

können, da die Personen, welche den Wohnraum benutzen, ja bei der Gemeinde angemeldet sein müssten. Die Wohnnutzung hätte daher bereits seit Langem ohne Probleme erkannt werden können, was der Wiederherstellung entgegenstehe. Ohnehin sei die Wiederherstellung nicht mehr möglich, weil die Nutzung seit mehr als 30 Jahren erfolge.

Die Gemeinde bringt vor, bei der Wiederherstellung gehe es um den Teil des Dachgeschosses, welcher mit Bewilligung aus dem Jahr 1951 als Estrich bezeichnet worden sei und heute der Wohnnutzung diene. Die widerrechtliche Wohnnutzung im Dachgeschoss sei erst mit dem Vorfall vom 22. Dezember 2014 erkennbar geworden. Mit Schreiben vom 16. Februar 2015 habe sie den Beschwerdeführer darauf aufmerksam gemacht, dass diverse Einbauten, ohne die dafür notwendige Bewilligung vorgenommen worden seien. Sowohl die Frist von 5 als auch von 30 Jahren sei gewahrt.

b) Nach Art. 46 Abs. 3 BauG kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern. Die Frist von Art. 46 Abs. 3 BauG soll verhindern, dass Behörden und Nachbarschaft einen erkennbaren gesetzwidrigen Zustand während Jahren ausdrücklich oder stillschweigend billigen, um dann plötzlich einzugreifen, wenn die betroffene Person nicht mehr damit rechnen musste (Verbot des widersprüchlichen Verhaltens). Sie dient demnach der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz. Die Frist greift aber nur, sofern keine zwingenden öffentlichen Interessen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erfordern. Als zwingend erscheint die Wiederherstellung, wenn für die Öffentlichkeit untragbare Verhältnisse bewirkt werden, wie Beeinträchtigungen der Umwelt, Störungen des Ortsbildes, Eingriffe in eine schutzwürdige Landschaft und dergleichen. Die Wiederherstellung kann längstens bis zum Ablauf von 30 Jahren seit Beendigung der rechtswidrigen Arbeiten verlangt werden.²¹

Die Frist beginnt nicht bereits mit dem Bau der rechtswidrigen Baute zu laufen. Die Frist nach Art. 46 Abs. 3 BauG beginnt aber auch nicht erst dann zu laufen, wenn die Behörde tatsächlich Kenntnis von der Baurechtsverletzung erhält. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt vielmehr, dass die Rechtswidrigkeit „erkennbar“ ist, das heisst seitens der Behörde bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden müssen.²²

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11

²² Vgl. BGer 19.9.2001, in ZBI 2002 S. 188 E. 3a mit Hinweis auf BGE 107 Ia 121 E. 1c

c) Die Nutzungsänderung tritt nach aussen nicht in Erscheinung. Der Beschwerdeführer bringt selbst vor, die Wohnnutzung sei von ausserhalb des Gebäudes nicht ersichtlich und es bestünden keine übermässigen Emissionen. Die allenfalls bestehende Anschrift des Briefkastens oder einer Klingel führen allein noch nicht zur Erkennbarkeit der Wohnnutzung.²³ Auch eine allfällige Anmeldung von Mietern bei der Einwohnerkontrolle würde daran nichts ändern. Angestellte der Einwohnerkontrolle müssen nicht von jeder angegebenen Adresse wissen, ob und in welchem Geschoss eine Wohnung bewilligt ist. Die pflichtgemässe Sorgfalt bezieht sich bei der Einwohnerkontrolle auf die korrekte Anmeldung und Eintragung der Person im Einwohnerregister, nicht auf baupolizeiliche Sachverhalte.²⁴ Die rechtswidrige Wohnnutzung war für die Gemeinde damit vor dem Brandfall vom Dezember 2014 nicht erkennbar. Daran ändert auch die vom Beschwerdeführer erwähnte Renovation von 1993 nichts. Es ist aufgrund der Fotos in den Vorakten nicht glaubhaft, dass die Gemeinde die nicht bewilligte Wohnnutzung anlässlich einer Abnahme bemerkt bzw. diese Nutzung sogar ohne weitere Abklärungen abgenommen hätte. Der Beschwerdeführer reicht auch keine Belege für seinen Standpunkt ein. Der Fristenlauf hat damit frühestens im Dezember 2014 begonnen. Die Frist von fünf Jahren nach Erkennbarkeit des rechtswidrigen Zustands nach Art. 46 Abs. 3 BauG ist damit nicht abgelaufen.

d) Keine Anhaltspunkte bestehen sodann dafür, dass die Frist von 30 Jahren abgelaufen wäre. Der Beschwerdeführer bezieht sich auch hier lediglich auf die längerdauernde Wohnnutzung der Mansarden, welche vorliegend weder umstritten noch Thema der Wiederherstellungsverfügung ist. Belege für eine bereits mehr als 30 Jahre dauernde Nutzung des Estrichbereichs als Wohnraum reicht der Beschwerdeführer hingegen nicht ein. Die Rechnung der D. _____ vom 6. Dezember 1993 lässt sodann eher darauf schliessen, dass der Einbau von WC/Dusche im Dachgeschoss im Rahmen der Sanierung der Liegenschaft erfolgte. Sie spricht damit gegen den Ablauf der Frist von 30 Jahren. Der Fristenlauf steht damit einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht entgegen.

6. Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung

²³ BVR 2004 S. 440 E. 4.4

²⁴ BDE 120/2013/32 vom 1. April 2014 E. 3e

a) Die Gemeinde untersagt in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung die Wohnnutzung und verlangt den Rückbau der Einbauten.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Wiederherstellung sei nicht verhältnismässig. Die Nutzung als Wohnraum sei von ausserhalb des Gebäudes nicht ersichtlich und es bestünden keine übermässigen Emissionen. Die Belastung des Beschwerdeführers für einen neuerlichen Umbau stünde in keinem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel.

b) Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. 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.²⁵

Sind bewilligte Räume einer unrechtmässigen Nutzung zugeführt worden, so sind sie durch wirksame bauliche Massnahmen (Zumauern, Verkleinern von Fenstern, Entfernen von Installationen und Einrichtungen usw.) für diese Nutzung unbrauchbar zu machen. Ein blosses Benützungsverbot genügt in der Regel nicht, weil es auf Dauer nur mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand kontrolliert und durchgesetzt werden kann. Es sind soweit als möglich objektive Tatsachen zu schaffen, die eine rechtswidrige Nutzung verunmöglichen oder jedenfalls erheblich erschweren.²⁶ Um Räume unbewohnbar zu machen, fallen das Entfernen der Kücheneinrichtung, der Badezimmerinstallationen, des Teppichbelags, der Betten und des Wasserhahns, das Beseitigen oder Zumauern von Fenstern und das Entfernen von elektrischen Anschlüssen in Betracht.²⁷

c) An der Einhaltung der Bauvorschriften besteht nach ständiger Rechtsprechung allgemein ein erhebliches öffentliches Interesse. Vorliegend sind die wohnhygienischen Vorschriften nicht eingehalten und es ist die zulässige Ausnützungsziffer überschritten. Darüber hinaus ist die Einhaltung der Brandschutzvorschriften fraglich. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands liegt damit im öffentlichen Interesse.

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

²⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10

²⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

Die Gemeinde hat in Ziffer 1 der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung ein (sofort vollstreckbares) Benützungsverbot erlassen und mit Ziffer 2 den Rückbau der nicht bewilligten Einbauten verlangt. Die Anordnung eines Benützungsverbots gestützt auf Art. 46 Abs. 1 BauG ist als potentiell schwerwiegender Eingriff nur angezeigt, wenn die Verhältnisse es erfordern.²⁸ Das Rechtsamt der BVE hat mit Verfügung vom 30. September 2015 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und damit bereits festgehalten, dass die Voraussetzungen für ein sofort vollstreckbares Benützungsverbot nicht gegeben sind. Ein Benützungsverbot kann aber auch als definitive Wiederherstellungsmassnahme angeordnet werden. Da die umstrittene Wohnnutzung nicht bewilligt und nicht bewilligungsfähig ist, ist ein solches definitives Benützungsverbot angezeigt. Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung wird entsprechend angepasst.

Ein blosses Benützungsverbot könnte jedoch nur mit regelmässigen Kontrollen und daher mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand durchgesetzt werden. Ein Benützungsverbot ist für die Unterbindung der nicht bewilligten und nicht bewilligungsfähigen Wohnnutzung ohne zusätzliche Massnahme daher nicht geeignet. Es sind – wie in Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung vorgesehen – die nicht bewilligten Bauteile zu entfernen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die unrechtmässige Wohnnutzung wirksam verhindert wird. Andere gegenüber dem Rückbau mildere Massnahmen sind nicht ersichtlich. Zudem dürfte der Rückbau – d.h. das Entfernen der nicht bewilligten Installationen – mit relativ geringem Aufwand möglich sein. Die Wiederherstellung ist dem Beschwerdeführer angesichts der schwerwiegenden Verstösse gegen die Bauvorschriften (Ausnützung, Wohnhygiene, ev. Brandschutz) zumutbar. Die Wiederherstellungsverfügung steht damit im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung und ist zu bestätigen.

d) Die Gemeinde hat für die Wiederherstellung keine Frist gesetzt. Es rechtfertigt sich, von Amtes wegen eine Frist für die Wiederherstellung anzusetzen.

Die Wiederherstellungsfrist soll der pflichtigen Person die zur Vorbereitung und Durchführung der Massnahme notwendige Zeit einräumen und deutlich machen, ab wann sie mit der Vollstreckung durch die Behörde zu rechnen hat. Die Frist ist so zu bemessen,

²⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 7

dass die pflichtige Person nach allgemeiner Erfahrung ihre Pflicht bis zum Ablauf der Frist erfüllen kann.²⁹ Vertragliche Vereinbarungen der Bauherrschaft mit Dritten stehen einer Wiederherstellung nicht entgegen. Hingegen sind gesetzliche Minimalfristen (Kündigungsfristen) bei der Festsetzung der Wiederherstellungsfrist zu beachten.³⁰

Angesichts der offenbar bestehenden Mietverhältnisse³¹ rechtfertigt es sich, die Wohnnutzung ab 30. Juni 2016 zu verbieten. Die Frist für den Rückbau der nicht bewilligten Einbauten wird auf den 31. Juli 2016 festgelegt.

7. Kosten

Die Verfahrenskosten werden 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 (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV³²). Für die Zwischenverfügung vom 30. September 2015 wird zusätzlich eine Gebühr von Fr. 300.00 erhoben.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer mit seinem Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Ansetzung einer Frist für die Wiederherstellung durch die BVE rechtfertigt keine andere Kostenverteilung. Der Beschwerdeführer obsiegt jedoch insoweit als das Rechtsamt der Beschwerde gegen Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung erteilt bzw. das vorsorgliche Benützungsverbot aufgehoben hat. Der Beschwerdeführer hat damit die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 zu tragen. Der Gemeinde können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG), so dass der Kanton die Kosten der Zwischenverfügung trägt.

²⁹ BVR 2001 S. 207 E. 3d; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. a

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a mit Hinweisen

³¹ vgl. E-Mail vom 27. Februar 2015, Vorakten, pag. 3

³² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei 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). Die Gemeinde hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten betreffend den Antrag um Entzug der aufschiebenden Wirkung zu bezahlen. Dabei ist zu beachten, dass dem Beschwerdeführer aus der Antragstellung und Begründung im Rahmen der Beschwerde kaum zusätzlicher Aufwand entstanden ist. Der Parteikostenanteil, den die Gemeinde dem Beschwerdeführer zu bezahlen hat, wird gestützt auf den Rahmentarif und die Bemessungskriterien gemäss Art. 41 KAG³³ i.V.m. Art. 11 PKV³⁴ auf pauschal Fr. 300.00 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) festgelegt.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Zollikofen vom 14. August 2015 wird mit folgenden Ergänzungen bestätigt:
 - "1. Der Estrichteil des Dachgeschosses, Stand Plan vom November 1951, darf nicht für Wohnzwecke genutzt werden (Benützungsverbot nach Art. 46 Abs. 2 BauG). Die gegenwärtig bestehende Wohnnutzung ist bis 30. Juni 2016 einzustellen.
 2. Die Einbauten im Estrichteil des Dachgeschosses sind bis 31. Juli 2016 auf die gemäss Plan vom November 1951 bewilligten Flächen zurückzubauen (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nach Art. 46 Abs. 2 BauG)."
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Gemeinde Zollikofen hat dem Beschwerdeführer Parteikosten im Betrag von Fr. 300.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

³³ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

³⁴ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Zollikofen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin