



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2021/74

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 20. Oktober 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.** _____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E. _____

und

Herrn **F.** _____
Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt G. _____

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Oberdiessbach, Bauverwaltung, Gemeindeplatz 1,
Postfach 180, 3672 Oberdiessbach

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Oberdiessbach vom 26. August
2021 (Einbau einer zweiten Wohnung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin 2 ist Eigentümerin der Parzelle Oberdiessbach Grundbuchblatt Nr. I. _____. Diese liegt in der Arbeitszone 2. Auf dem Grundstück befindet sich ein mehrgeschossiges Gebäude, welches von den Beschwerdeführenden und ihrem Sohn bewohnt wird. Das Gebäude wurde am 1. Oktober 1999 durch das damals zuständige Regierungsstatthalteramt Konolfingen als Wohn- und Gewerbehäus mit Autospenglerei bewilligt. Im Jahr 2018 bauten die Beschwerdeführenden unter anderem eine Metalltreppe an die bestehende Terrasse im Obergeschoss an und bauten eine Nebeneingangstüre von der Terrasse in das Obergeschoss ein, nachdem die Gemeinde ihr entsprechendes Baugesuch bewilligt hatte.

Mit Schreiben vom 16. September 2020 informierte der Beschwerdegegner die Gemeinde, dass er Bauarbeiten auf der Nachbarparzelle, dem Grundstück der Beschwerdeführenden, festgestellt habe. Er verlangte einen sofortigen Baustopp und eine unangemeldete Baukontrolle. Daraufhin führte die Gemeinde am 21. September 2020 eine baupolizeiliche Kontrolle durch und stellte fest, dass der Beschwerdeführer in den Wochen zuvor im Obergeschoss eine Raumtrennwand aus Backstein eingebaut hatte. Weil die Gemeinde diese Arbeiten als nicht baubewilligungspflichtig erachtete, verzichtete sie auf baupolizeiliche Massnahmen. Am 8. Oktober 2020 erhob der Beschwerdegegner eine baupolizeiliche Anzeige. Daraufhin eröffnete die Gemeinde am 2. November 2020 ein baupolizeiliches Verfahren. Nach mehrfachem Schriftenwechsel forderte die Gemeinde die Beschwerdeführenden mit Wiederherstellungsverfügung vom 26. August 2021 auf, die Küche im Obergeschoss inkl. sämtlicher Wasser- und Abwasseranschlüsse bis am 31. Dezember 2021 zu entfernen (Ziff. 1). Gleichzeitig verfügte sie, dass nach Rechtskraft der Verfügung im Grundbuch ein Zweckentfremdungsverbot nach Art. 29 Abs. 2 BauG eingetragen werde (Ziff. 2). Ausserdem wies die Gemeinde die Beschwerdeführenden auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin und drohte die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an. Ein nachträgliches Baugesuch haben die Beschwerdeführenden nicht eingereicht.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 27. September 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

1. Die baupolizeiliche Verfügung vom 26. August 2021 sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei Ziff. 1 der baupolizeilichen Verfügung vom 26. August 2021 aufzuheben und auf die Anordnung von baulichen Wiederherstellungsmassnahmen sei zu verzichten, allenfalls seien diese auf das Notwendige zu beschränken.
3. Subeventualiter sei die baupolizeiliche Verfügung vom 26. August 2021 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Zur Begründung machen die Beschwerdeführenden insbesondere geltend, dass die Gemeinde die Kaffeeküche im Obergeschoss zu Unrecht als baubewilligungspflichtige Baute qualifiziere. An besagtem Ort sei seit der ursprünglichen Erstellung der Liegenschaft eine Kaffeeküche eingebaut gewesen. Der Beschwerdeführer habe diese einzig im Jahr 2003 durch eine günstig erworbene Küchenkombination ersetzt. Die Nutzung der Liegenschaft habe sich seit dem Einbau der neuen Küchenkombination nicht verändert. Eine Nutzungsänderung würden die Beschwerdeführenden auch in Zukunft nicht beabsichtigen. Die Beschwerdeführenden und ihr Sohn würden alle bewohnten Räumlichkeiten der Liegenschaft gemeinsam benutzen und gemeinsam einen Haushalt führen. Keine Teile der Liegenschaft würden an Dritte vermietet. Es sei ausserdem keine autonome Wohneinheit geschaffen worden. Mangels Baubewilligungspflicht liege keine formelle Baurechtswidrigkeit vor. Darüber hinaus seien die in der angefochtenen Verfügung angeordneten baupolizeilichen Massnahmen weder verhältnismässig noch angemessen. Die Beschwerdeführenden würden sich vorbehalten, für den Fall der Feststellung einer allfälligen Bewilligungspflicht, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde Oberdiessbach und der Beschwerdegegner beantragen in ihren Eingaben vom 7. Oktober 2021 bzw. vom 22. Oktober

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

2021, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen. Der Beschwerdegegner macht insbesondere geltend, dass mit den erfolgten baulichen Massnahmen (Einbau Aussentreppe, Einbau Küche, Einbau Trennwand, etc.) eine separate und autonom bewohnbare Wohnung geschaffen worden sei. Der Einbau einer zweiten Wohnung in der Arbeitszone der Gemeinde Oberdiessbach sei baubewilligungspflichtig. Daran ändere sich auch nichts, wenn die neu geschaffene Wohneinheit durch die Kinder der Beschwerdeführenden bewohnt und diese nicht extern an Dritte vermietet werde. Vorliegend werde kein Gewerbe betrieben, weshalb einem Baugesuch zum Einbau einer zweiten Wohnung der Bauabschlag zu erteilen wäre. Die Beschwerdeführenden hätten mit dem etappenweisen Vorgehen die Baubewilligungspflicht bzw. die Zonenvorschriften umgangen. Nur durch den Rückbau der Küche sowie die Eintragung eines Zweckentfremdungsverbots könne die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften sichergestellt werden. Die angefochtene Verfügung sei somit zu Recht erfolgt.

Danach führte das Rechtsamt am 3. März 2022 im Beisein der Verfahrensbeteiligten einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Anschliessend stellte das Rechtsamt den Parteien das Augenscheinprotokoll inkl. Fotodokumentation zu. Gleichzeitig eröffnete es den Parteien, dass es aufgrund einer summarischen Einschätzung davon ausgehe, dass – unabhängig davon, ob die im Obergeschoss realisierten Einzelvorhaben (Einbau Küche, Bau eines separaten Aussenzugangs, Einbau Raumtrennwand) zusammengenommen als zweite Wohnung zu qualifizieren seien – die im Obergeschoss im Jahr 2003 eingebaute Küche schon für sich alleine baubewilligungspflichtig sei (Brandsicherheit betroffen wegen Einbau von zusätzlichen Feuerstellen); soweit ersichtlich sei aber für diese eingebaute Küche nie ein Baugesuch eingereicht und ein solches nie bewilligt worden.

Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins und zur summarischen Einschätzung des Rechtsamts zu äussern. Die Gemeinde und der Beschwerdegegner halten in ihren Stellungnahmen vom 4. April 2022 bzw. vom 8. April 2022 an der Abweisung der Beschwerde fest. Die Beschwerdeführenden machen in ihrer Stellungnahme vom 23. Mai 2022 insbesondere geltend, dass die Kaffeeküche bereits seit der Bauphase im Jahr 1999 bestehe und daher Bestandsgarantie geniesse. Es sei ausschliesslich die Küchenkombination ersetzt und dabei ein Küchengerät (Backofen) ergänzt worden. Mit diesem Einbau sei keine zweite Wohneinheit geschaffen worden. Sollten wider Erwarten Wiederherstellungsmassnahmen zur Diskussion stehen, stehe die Verfügung eines Benützungsverbots und nicht der Rückbau im Vordergrund.

Die Parteien erhielten schliesslich Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Die Beschwerdeführenden und der Beschwerdegegner machten davon mit Eingaben vom 4. Juli 2022 Gebrauch.

4. Auf die Rechtsschriften sowie auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtswidrigkeit

a) Das Gebäude der Beschwerdeführenden wurde am 1. Oktober 1999 durch das damals zuständige Regierungsstatthalteramt als Wohn- und Gewerbehäus mit Autospenglerei bewilligt. Im Jahr 2003 bauten die Beschwerdeführenden im Obergeschoss eine Küchenkombination ein. Im Jahr 2018 bauten die Beschwerdeführenden unter anderem eine Metalltreppe an die bestehende Terrasse im Obergeschoss an und bauten eine Nebeneingangstüre von der Terrasse in das Obergeschoss ein (Aussenzugang zum Obergeschoss), nachdem die Gemeinde am 5. Dezember 2017 ihr entsprechendes Baugesuch bewilligt hatte. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführenden im Jahr 2020 im Obergeschoss eine Raumtrennwand aus Backstein eingebaut haben, ohne vorgängig ein entsprechendes Baugesuch einzureichen. Unbestritten ist weiter, dass die Beschwerdeführenden heute in der Liegenschaft kein Gewerbe betreiben, insbesondere keine Autospenglerei oder dergleichen. Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass sie die Liegenschaft nur mit ihrem Sohn bewohnen und keine weiteren Personen dort wohnhaft sind; es liegen diesbezüglich keine anderen Erkenntnisse vor und es ist davon auszugehen, dass diese Angaben zutreffen.

Aufgrund des Augenscheins vom 3. März 2022 zeigte sich insbesondere, dass das Gebäude über zwei Aussenzugänge verfügt, nämlich je eine Eingangstüre im Erdgeschoss und Obergeschoss. Über die Aussentreppe gelangt man zur Eingangstüre im Obergeschoss. Die Eingangstüre im Obergeschoss verfügt weder über eine Türklingel noch über ein Adress- oder Namensschild. Die Schlösser der Eingangstüren des Erd- und Obergeschosses sind nicht identisch und der Sohn der Beschwerdeführenden verfügt über einen eigenen Schlüssel für die Eingangstüre im Obergeschoss. Durch die Eingangstüre im Obergeschoss betritt man den Raum mit der Küchenkombination und der im Jahr 2020 neu erstellten Raumtrennwand aus Backstein; dieser Raum weist eine Länge von ca. 6 m und eine Breite von ca. 3.3 m auf. Die Küchenkombination verfügt über einen funktionierenden Kochherd, einen Backofen, eine Geschirrspülmaschine sowie einen Wasserhahn mit funktionierendem Wasser- und Abwasseranschluss. In diesem Teil der Räumlichkeiten befinden sich – neben dem Zimmer mit der Küche – zwei Schlafzimmer. Ein Schlafzimmer wird vom Sohn der Beschwerdeführenden bewohnt. Ein Badezimmer sowie eine Toilette sind in diesem Teil des Obergeschosses nicht vorhanden. Dieser Teil der Räumlichkeiten wird durch die im Jahr 2020 erstellte Raumtrennwand von den anderen Zimmern im Obergeschoss abgetrennt. Im Durchgang von diesem Teil der Räumlichkeiten zum anderen Teil gibt es keine Türe, sondern nur einen offenen Torbogen. Im anderen Teil der Räumlichkeiten im Obergeschoss befinden sich zwei Schlafzimmer (bewohnt von den Beschwerdeführenden), ein Badezimmer und die Treppen. Eine Treppe führt in den Estrich und die andere ins Erdgeschoss. Das Badezimmer ist mit zwei Handwaschbecken, einer Toilette, einer Dusche und einer Badewanne ausgestattet. Im Estrich sind keine Wohnräume vorhanden. Das Erd- und Obergeschoss sind mit einer Treppe verbunden und die beiden Stockwerke werden nicht von einer Türe getrennt. Das Wohnzimmer

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

befindet sich im Erdgeschoss. Ausserdem verfügt das Erdgeschoss über eine Küche und über ein Badezimmer, welches ein Handwaschbecken, eine Badewanne sowie eine Toilette enthält.³

Die Gemeinde hielt in ihrer Stellungnahme vom 4. April 2022 fest, dass für die Küche im Obergeschoss weder ein Baugesuch eingereicht noch eine Baubewilligung erteilt worden sei. Dies wird von den Beschwerdeführenden nicht bestritten. Sie machen jedoch geltend, dass eine Kaffeeküche bereits seit der Bauphase im Jahr 1999 bestanden habe; ob dies zutrifft, kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Unbestritten ist aber, dass die Beschwerdeführenden diese Kaffeeküche im Jahr 2003 durch eine Küchenkombination ersetzt haben. Es ist also davon auszugehen, dass die Beschwerdeführenden beim Ersatz der Kaffeeküche durch die Küchenkombination kein Baugesuch eingereicht haben und ihnen die aktuell eingebaute Küchenkombination nicht baubewilligt wurde.

Unbestritten ist ebenfalls, dass die Beschwerdeführenden nie ein Baugesuch für die Erstellung einer zweiten Wohnung im von ihnen bewohnten Gebäude eingereicht haben und somit eine solche nie bewilligt worden ist. Die Beschwerdeführenden sind jedoch, wie bereits festgehalten, der Ansicht, dass sie keine autonome Wohneinheit geschaffen haben und keine Baubewilligungspflicht gegeben ist.

b) Bauten und Anlagen dürfen grundsätzlich nur mit einer behördlichen Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 RPG⁴). Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG).⁵

Nicht nur Neubauten, sondern auch Änderungen von Bauten werden von der Baubewilligungspflicht erfasst. Die Änderung kann in einer baulichen Veränderung oder in einer Änderung der Nutzung bestehen. Für die Frage der Baubewilligungspflicht kommt es nicht nur auf den Umfang der Änderung an, sondern auch auf deren Auswirkungen, namentlich in Bezug auf die Nutzung, Erschliessung, Umwelt, Gesundheit oder Sicherheit.⁶ Keiner Baubewilligung bedürfen insbesondere 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 (Art. 1b Abs. 1 BauG). Art. 6 BewD⁷ enthält einen Katalog von Bauvorhaben, die nicht baubewilligungspflichtig sind. Bewilligungsfrei ist etwa das Unterhalten und Ändern (einschliesslich Umnutzen) von Bauten und Anlagen, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD). Zudem bedürfen laut Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD bauliche Änderungen im Gebäudeinnern keiner Baubewilligung, wenn sie nicht mit einer baubewilligungspflichtigen Nutzungsänderung verbunden sind und nicht die Brandsicherheit betreffen.

Gemäss ständiger Rechtsprechung kommt es bei der Beurteilung der Nutzung von Räumlichkeiten nicht allein auf die (Absichts-)Erklärungen der Bauherrschaft an; vielmehr ist die objektive Ausgestaltung der Räumlichkeiten relevant resp. die objektive Eignung eines

³ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 3. März 2022

⁴ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 1a N. 10 ff

⁶ Vgl. VGE 2015/42 vom 22.04.2015, E. 3.2.; Bernhard Waldmann/Peter Hänni, RPG-Kommentar, Bern 2006, Art. 22 N. 17; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 1a N. 21 und 24

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

Bauvorhabens für die Frage der Baubewilligungspflicht ausschlaggebend.⁸ Im Zweifelsfall ist die Baubewilligungspflicht zu bejahen.⁹

c) Mit der im Jahr 2003 eingebauten Küche im Obergeschoss wurden ein Herd und ein Backofen eingebaut. Der Einbau einer Küche mit Herd und Backofen hat Auswirkungen auf die Brandsicherheit. Entsprechend sieht auch die BSIG-Weisung Nr. 7/725.1/1.1 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (heute Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern) vom 25. April 2019 vor, dass eine Baubewilligungspflicht immer gegeben ist, wenn eine Änderung im Gebäudeinnern die Brandsicherheit betrifft, was sicher beim Einbau von zusätzlichen Feuerstellen (z.B. Cheminées, Kochherde, Warmluftheizungen) der Fall ist.¹⁰ Somit ist die Baubewilligungspflicht der Küche im Obergeschoss zu bejahen (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD). Für die Beurteilung der Brandsicherheit und der Baubewilligungspflicht ist in diesem Zusammenhang unerheblich, dass und ob dort schon vorher eine Kaffeeküche vorhanden war. Die Küche wurde nie bewilligt und ist damit formell rechtswidrig.

d) Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es aber als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen (sog. formelle Rechtswidrigkeit). In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird, hat die Rechtsmittelbehörde deshalb summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte (sog. materielle Rechtswidrigkeit).¹¹

Die Beschwerdeführenden haben die Küchenkombination im Jahr 2003 eingebaut. Gemäss dem im Jahr 2003 geltenden Gemeindebaureglement ist die Arbeitszone bzw. die Gewerbe- und Industriezone für Gewerbe-, Industrie-, Verkaufs- sowie Bürobauten und -anlagen bestimmt. Wohnungen für das betriebsnotwendige, an den Standort gebundene Personal sind nur zugelassen, sofern durch geeignete Vorkehren für wohnhygienisch einwandfreie Verhältnisse gesorgt wird. Pro Gebäude sind höchstens zwei Wohnungen zugelassen (Art. 32 GBR 2008¹²). Im neuen Gemeindebaureglement ist in Art. 3 GBR 2018¹³ für die Arbeitszone derselbe Wortlaut wie im alten Gemeindebaureglement festgehalten. Massgebend ist das Recht, das im Zeitpunkt der Ausführung des Bauvorhabens anwendbar war. Das spätere Recht ist jedoch anzuwenden, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist.¹⁴ Da das neue Recht für die Beschwerdeführenden nicht milder ist, kommt das alte Gemeindebaureglement vom 1. Juni 2008 zur Anwendung. Weil die Liegenschaft der Beschwerdeführenden in der Arbeitszone liegt und sie dort kein Gewerbe betreiben, ist es ihnen somit sowohl nach altem als auch nach neuem Recht nicht erlaubt, in dieser Liegenschaft eine zweite Wohnung einzubauen.

Der Begriff der Wohnung wird im Baugesetz nicht expliziert definiert. Das Baugesetz nennt in Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz nur einzelne Anforderungen (vgl. Art. 21 Abs. 2 BauG i.V.m. Art. 62 ff. BauV¹⁵). Der Begriff «Wohnräume» ist in Art. 63 BauV definiert als alle dauernd zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Zimmer wie Wohn- und Esszimmer,

⁸ Urteil des Bundesgerichts 1C_446/2017 vom 20.12.2017, E. 3.2; VGE 2014/304 vom 12.03.2015, E. 4.2; VGE 21762 vom 22.03.2004, E. 3.4; vgl. auch KPG-Bulletin 1/86, S. 15 ff., Ziff. 2.2.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 13 N. 8a/b und Art. 1a N. 23

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 1a N. 21

¹⁰ BSIG Nr. 7/725.1/1.1 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 25. April 2019, Ziff. 1 Bst. g

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 15a

¹² Baureglement der Gemeinde Oberdiessbach vom 1. Juni 2008 (GBR 2008), genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 13. Januar 2009

¹³ Baureglement der Gemeinde Oberdiessbach vom 18. Juni 2018 (GBR 2018), genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 15. März 2019

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 14a

¹⁵ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

Schlafzimmer, Kinderzimmer oder Zimmer für häusliche Arbeiten. Diese Räume müssen in verschiedener Hinsicht den wohnhygienischen Anforderungen genügen (Belichtung und Belüftung, Heizung, Isolation, minimale Raumgrössen, vgl. Art. 64 ff. BauV). Art. 68 BauV verlangt, dass Wohnungen mit zwei und mehr Zimmern mit eigenen Küchen auszurüsten sind. Art. 69 BauV verlangt sodann für jede Wohnung mindestens eine den hygienischen Anforderungen genügende Toilette. Eine Legaldefinition für den Begriff «Wohnung» findet sich im Zweitwohnungsgesetz. Gemäss Art. 2 Abs. 1 ZWG¹⁶ ist eine Wohnung eine Gesamtheit von Räumen, die für eine Wohnnutzung geeignet sind, eine bauliche Einheit bilden, einen Zugang von aussen oder einem gemeinsamen Bereich des Gebäudes (Treppenhaus) haben, über eine Kocheinrichtung verfügen und keine Fährnis darstellen. Massgebend ist, dass diese Raumgesamtheit eine selbständige Lebensführung erlaubt. Wenn die Kocheinrichtung oder die dafür nötigen Installationen fehlen, ist der Wohnungsbegriff nach ZWG nicht mehr erfüllt.¹⁷ Demnach ist eine Wohnung eine abgegrenzte bauliche Einheit mit einem eigenen Zugang, Wohnräumen (Zimmer), einer Küche oder Kocheinrichtung und in der Regel einer Toilette. Dies entspricht auch dem allgemeinen Verständnis einer Wohnung.

Wie sich anlässlich des Augenscheins zeigte, verfügt der durch die Raumtrennwand geschaffene Bereich im Obergeschoss der Beschwerdeführenden über alle genannten Kriterien, die es für eine Wohnung braucht, ausser über eine eigene Toilette: es hat einen eigenen Zugang durch die im Jahr 2018 erstellte Metalltreppe mit Nebeneingangstüre ins Obergeschoss; zwei Schlafzimmer, eine Küche mit Kochherd, eine Geschirrspülmaschine sowie ein Wasserhahn mit funktionierendem Wasser- und Abwasseranschluss sind ebenfalls vorhanden. Durch die im Jahr 2020 erstellte Raumtrennwand ist eine bauliche Einheit geschaffen worden, die vom restlichen Obergeschoss abgetrennt worden ist; zum Zeitpunkt des Augenscheins bestand ein offener Torbogen, welcher aber jederzeit ohne Weiteres mit einer Türe versehen werden kann. Neben dem Zimmer mit der Küche sind wie bereits festgehalten zwei Schlafzimmer in dieser Einheit. Auch wenn die Toilette fehlt, ist durch die realisierten Einzelvorhaben eine bauliche Einheit geschaffen worden, die als Wohnung zu qualifizieren ist. Mit der vorhandenen Einrichtung und Aufteilung ist in dieser Einheit durchaus eine selbständige Lebensführung möglich. Es bedarf ausserdem nicht viel Aufwand, um in dieser baulichen Einheit eine Toilette einzubauen. Durch die bereits vorgenommenen Einzelvorhaben wurde alles für die Schaffung einer eigenen Wohnung im Obergeschoss vorbereitet bzw. bereits realisiert. Das Missbrauchspotenzial für den Einbau einer Türe im Torbogen und den Einbau einer eigenen Toilette – vor allem, weil bereits eine Toilette mit den erforderlichen Anschlüssen im Obergeschoss vorhanden ist – ist gross. Eine summarische Prüfung ergibt somit, dass die im Obergeschoss mit den realisierten Einzelvorhaben (Einbau Küche, Bau eines separaten Aussenzugangs, Einbau Raumtrennwand) geschaffene bauliche Einheit als zweite Wohnung zu qualifizieren ist, welche in Anwendung von Art. 32 GBR 2008 in der Arbeitszone baubewilligungspflichtig ist, aber nicht bewilligungsfähig wäre und somit materiell rechtswidrig ist.

3. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist

¹⁶ Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702)

¹⁷ Fabian Mösching, in Kommentar ZWG, 2. Aufl., 2021, Art. 2 N. 7-8

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.¹⁸

b) Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist im Normalfall 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.¹⁹ Gründe, warum es bei der von der Vorinstanz angeordneten Entfernung der Küche am öffentlichen Interesse fehlen sollte, sind keine ersichtlich.

c) Die Anordnung, die Küche inkl. Wasser- und Abwasseranschlüsse zu entfernen, ist geeignet, um zukünftig die Nutzung der betreffenden Räume als eigenständige Wohnung zu verhindern (oder zumindest zu erschweren). Der vollständige Rückbau der Küche stellt vorliegend auch das mildeste Mittel dar, um die Nutzung der Räumlichkeiten als zweite Wohnung zu unterbinden. Ein alleiniges Verbot der Benutzung ist nicht von Nutzen, da die Einhaltung in den Innenräumen schwer überprüfbar ist. Auch ein Rückbau der Raumtrennwand statt der Rückbau der Küche ist nicht gleich geeignet, um eine widerrechtliche Wohnnutzung der Räumlichkeiten zu verhindern. Vielmehr würde sich eine Wohnnutzung der Räumlichkeiten als eigene Wohneinheit unter diesen Umständen weiterhin ohne grösseren Aufwand anbieten. Die Entfernung der Küche ist mit keinem übermässigen Aufwand verbunden. Die im angefochtenen Entscheid angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich daher als zumutbar. Zudem gibt es bereits eine Küche im Erdgeschoss, welche funktionsfähig ist und von den Beschwerdeführenden benutzt wird. Die angeordnete Entfernung der Küche ist unter den vorliegenden Umständen verhältnismässig und zu bestätigen.

d) Die angeordnete Grundbucheintragung des Zweckentfremdungsverbots ist dagegen nicht erforderlich, wenn die Beschwerdeführenden bereits die Küche mit den Wasser- und Abwasseranschlüssen entfernen müssen. Ohne eigene Küche kann dieser Teil der Räumlichkeiten nicht mehr als eigene Wohnung angesehen werden. Ein zusätzlicher Eintrag im Grundbuch ist nicht nötig und daher unverhältnismässig. Die Anordnung der Eintragung eines Zweckentfremdungsverbots ist daher aufzuheben.

e) Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung vom 26. August 2021 die Entfernung der Küche im Obergeschoss inkl. sämtlicher Wasser- und Abwasseranschlüsse bis am 31. Dezember 2021 angeordnet, also den Beschwerdeführenden eine Frist von gut vier Monaten gesetzt. Dies reicht ohne Weiteres für den Rückbau der Küche inkl. der Wasser- und Abwasseranschlüsse. Auch wenn für die Entfernung Dritthilfe benötigt wird, kann die Küche innert der angesetzten Frist problemlos entfernt werden. Da die von der Gemeinde am 26. August 2021 angesetzte Wiederherstellungsfrist während des Beschwerdeverfahrens abgelaufen ist, setzt sie die BVD neu bis 28. Februar 2023 an.

4. Ergebnis und Kosten

a) Mit der im Jahr 2003 eingebauten Küche im Obergeschoss wurde auch ein Herd sowie ein Backofen eingebaut. Weil damit die Brandsicherheit betroffen ist, ist die Baubewilligungspflicht der Küche zu bejahen. Diese Küche wurde aber nie bewilligt und ist damit formell rechtswidrig. Eine summarische Prüfung ergibt ausserdem, dass die im Obergeschoss mit den realisierten

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9a

Einzelvorhaben (Einbau Küche, Bau eines separaten Aussenzugangs, Einbau Rauntrennwand) geschaffene bauliche Einheit als zweite Wohnung zu qualifizieren ist, welche in Anwendung von Art. 32 GBR 2008 in der Arbeitszone baubewilligungspflichtig ist, aber nicht bewilligungsfähig wäre; somit ist sie auch materiell rechtswidrig. Die angeordnete Entfernung der Küche ist insgesamt verhältnismässig und zu bestätigen. Die Anordnung, im Grundbuch ein Zweckentfremdungsverbot nach Art. 29 Abs. 2 BauG einzutragen, ist dagegen nicht erforderlich und aufzuheben. Die Beschwerde der Beschwerdeführenden erweist sich damit als überwiegend unbegründet. Die Beschwerdeführenden obsiegen lediglich in Bezug auf die Aufhebung der Grundbucheintragung. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Beschwerdeführenden zu einem Fünftel als obsiegend zu betrachten. Demnach unterliegen sie zu vier Fünftel und der Beschwerdegegner unterliegt zu einem Fünftel.

b) 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 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 CHF 1200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁰). Für den Augenschein vom 3. März 2022 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von CHF 500.00 erhoben. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit CHF 1700.00. Weil die Beschwerdeführenden zu vier Fünftel unterliegen, haben sie vier Fünftel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 1360.00, zu tragen. Der Beschwerdegegner hat entsprechend seinem Unterliegen ein Fünftel der Verfahrenskosten zu tragen, ausmachend CHF 340.00.

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Anwalts der Beschwerdeführenden beläuft sich auf CHF 8031.40 (Honorar CHF 7240.00, Auslagen CHF 217.20, Mehrwertsteuer CHF 574.20); diejenige des Anwalts des Beschwerdegegners beläuft sich auf CHF 5831.00 (Honorar CHF 5320.00, Auslagen CHF 94.10, Mehrwertsteuer CHF 416.90). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²¹ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.00 bis CHF 11 800.00 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 KAG²²). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand aufgrund des Augenscheins als leicht überdurchschnittlich zu werten. Angesichts der Wiederherstellungskosten für die Beseitigung der Küche ist die Bedeutung der Streitsache als eher unterdurchschnittlich einzustufen. Die Schwierigkeit des Prozesses ist als durchschnittlich einzuordnen. Daher erscheint eine Ausschöpfung des Gebührenrahmens von 50 % und damit ein Honorar von CHF 6100.00 als angemessen. Entsprechend ihrem Unterliegen haben die Beschwerdeführenden dem Beschwerdegegner vier Fünftel der Parteikosten in der Höhe von CHF 5831.00 (Honorar gemäss Kostennote CHF 5320.00, Auslagen gemäss Kostennote CHF 94.10, Mehrwertsteuer CHF 416.90), ausmachend CHF 4664.80, zu ersetzen. Der Beschwerdegegner hat den Beschwerdeführenden entsprechend seinem Unterliegen ein Fünftel der Parteikosten in der Höhe

²⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²¹ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

²² Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

von CHF 6803.60 (gekürztes bzw. angemessenes Honorar CHF 6100.00, Auslagen gemäss Kostennote CHF 217.20, Mehrwertsteuer CHF 486.40), ausmachend CHF 1360.70, zu bezahlen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziffer 2 der Verfügung der Gemeinde Oberdiessbach vom 26. August 2021 (Grundbucheintragung eines Zweckentfremdungsverbots) wird aufgehoben.

Die Frist zur Entfernung der Küche im Obergeschoss inkl. sämtlicher Wasser- und Abwasseranschlüsse gemäss Ziffer 1 der Verfügung der Gemeinde Oberdiessbach vom 26. August 2021 wird neu angesetzt bis 28. Februar 2023.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen und die Verfügung der Gemeinde Oberdiessbach vom 26. August 2021 bestätigt.

2. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten im Betrag von CHF 1360.00 und dem Beschwerdegegner werden Verfahrenskosten im Betrag von CHF 340.00 zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den ihnen auferlegten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführenden haben dem Beschwerdegegner Parteikosten im Betrag von CHF 4664.80 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Der Beschwerdegegner hat den Beschwerdeführenden Parteikosten im Betrag von CHF 1360.70 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den ihnen auferlegten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt E. _____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt G. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Oberdiessbach, Bauverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.