



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2023/53

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 2. April 2024

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **C.**_____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn D._____

und

Herrn **E.**_____
Beschwerdegegner 1

Frau **F.**_____
Beschwerdegegnerin 2

Frau **G.**_____
Beschwerdegegnerin 3

alle per Adresse Frau G._____

sowie

Baupolizeibehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, Industriestrasse 2, Postfach 145, 3602
Thun

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Thun vom 27. Juli 2023 (Umnutzung
Gemeinschaftsraum / Disponibel zu Wohnraum)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft I._____weg 8. Sie ist Eigentümerin einer Wohnung im zweiten Obergeschoss sowie eines als Gemeinschaftsraum resp. Disponibel bezeichneten Raumes im Untergeschoss der Liegenschaft I._____weg 8. Mit baupolizeilicher Anzeige vom 7. Juli 2022 machten die übrigen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer der Liegenschaft I._____weg 8 in Thun geltend, der im Untergeschoss des Mehrfamilienhauses vorhandene Disponibelraum mit der Parzellennummer Thun 1

Grundbuchblatt Nr. J. _____ werde entgegen der Baubewilligung von der Beschwerdeführerin nicht als Gemeinschaftsraum, sondern als Wohnraum genutzt.

2. Nach Eingang der baupolizeilichen Anzeige vom 7. Juli 2022 gewährte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27. Juli 2022 die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorwurf der Nutzungsänderung ohne resp. in Überschreitung einer Baubewilligung bezüglich des Disponibelraums im Keller des Mehrfamilienhauses am I. _____ weg 8. Mit Schreiben vom 26. August 2022 teilte die Tochter der Beschwerdeführerin, welche im 2. OG am I. _____ weg 8 wohnt, der Vorinstanz Folgendes mit:

«Hiermit teilen wir Ihnen (recte: mit), dass der besagte Disponibelraum nicht als Wohnraum benutzt wird, denn Mama wohnt jetzt auch bei uns!»

Das Schreiben wurde von der Beschwerdeführerin und deren Tochter unterzeichnet.

Mit E-Mail vom 5. September 2022 teilte die Einwohnerkontrolle der Stadt Thun der Vorinstanz mit, dass die Beschwerdeführerin wie auch ihre Tochter in der gleichen Wohnung im 2. OG rechts am I. _____ weg 8 gemeldet seien. Aufgrund der Angaben der Tochter der Beschwerdeführerin sowie der Einwohnerkontrolle der Stadt Thun erliess die Vorinstanz die verfahrensabschliessende Verfügung vom 7. Oktober 2022, in welcher sie die widerrechtliche Wohnnutzung des fraglichen Raums im Untergeschoss als aufgehoben und somit den rechtmässigen Zustand als wiederhergestellt erachtete. Die Vorinstanz hielt weiter fest, mit der Baubewilligung für den Neubau des Mehrfamilienhauses am I. _____ weg 8 sei der hier betroffene Raum als «Gemeinschaftsraum» baubewilligt und auf dem abgestempelten «Ausführungsplan für Baustelle» als «Disponibelraum» betitelt worden. Sie verfügte, der rechtmässige Zustand gelte mit dem Umzug der Beschwerdeführerin zur Tochter im 2. OG als wiederhergestellt. Weiter verfügte sie, der entsprechende Raum dürfe nicht zum Wohnen genutzt werden, wobei anderweitige Nutzungen frühzeitig auf ihre Baubewilligungspflicht und Baubewilligungsfähigkeit beim Bauinspektorat Thun prüfen zu lassen sei.

3. Mit E-Mail vom 23. Oktober 2022 teilte die Beschwerdegegnerin 3 der Vorinstanz mit, der Disponibelraum werde nach wie vor als Wohnraum benutzt. Sie berichtete von Beobachtungen, wonach abends der Lift vom 2. OG in den Keller gefahren und zuerst auf Seite der Nasszone Licht zu sehen gewesen sei, danach seien die drei Lamellenstoren heruntergekurbelt worden. Der Lift sei danach nicht wieder nach oben gefahren. Sie fügte der E-Mail Fotos der entsprechenden Fenster ohne und mit Licht bei.

4. Die Vorinstanz informierte die Beschwerdegegnerin 3 per E-Mail darüber, dass intern das weitere Vorgehen geprüft werde¹ und beantragte mit Schreiben vom 3. November 2022² beim Regierungsstatthalteramt Thun die Betretungsermächtigung gemäss Art. 45 Abs. 3 BauG³ für den Disponibelraum im Untergeschoss am I. _____ weg 8. Nach Erteilung der beantragten Ermächtigung⁴ nahm die Vorinstanz am frühen Morgen des 8. November 2022 einen Augenschein vor Ort vor, bei dem sie feststellte, dass der Raum im Untergeschoss tatsächlich zu Wohnzwecken benutzt wurde.

Gleichentags teilte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin 3 per E-Mail⁵ mit, dass die Beschwerdegegnerschaft am nächsten Tag eine Verfügung bezüglich des weiteren Vorgehens erhalten wür-

¹ vgl. Vorakten, pag. 000039

² vgl. Vorakten, pag. 000031

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

⁴ vgl. Vorakten, pag. 000028

⁵ vgl. Vorakten, pag. 000016

den. Mit E-Mail vom 9. November 2022⁶ teilte die Beschwerdegegnerin 3 der Vorinstanz mit, sie habe gegen die Verfügung vom 7. Oktober 2022 bereits am 8. November 2022 und somit vor Kenntnis der weiteren Sachverhaltsabklärung eine Beschwerde versandt.

5. Mit Entscheid vom 27. Februar 2023 hiess die BVD die Beschwerde vom 8. November 2022 teilweise gut und hob insbesondere Ziffer 1 der Verfügung vom 7. Oktober 2022 auf, wonach die widerrechtliche Wohnnutzung des Disponibelraumes mit dem Umzug der Beschwerdeführerin zur Tochter im 2. Obergeschoss aufgehoben sei und der rechtmässige Zustand als wiederhergestellt gelte. Zudem wurde die Ziffer bezüglich des Abschlusses des Verfahrens sowie die Ziffer zu den Kostenfolgen aufgehoben. Die Sache wurde zur Fortsetzung des baupolizeilichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

6. Die Vorinstanz nahm das Baupolizeiverfahren wieder auf, stellte den Parteien die Fotodokumentation und die Aktennotiz zum Augenschein vom 8. November 2023 zu und forderte die Beschwerdeführerin auf, die momentane Nutzung des fraglichen Raums zu erläutern. Die Beschwerdeführerin reichte eine Stellungnahme mit Fotodokumentation ein und bestritt, den Raum zu bewohnen. Mit Verfügung vom 16. Mai 2023 kündigte die Vorinstanz an, am 30. Mai 2023 einen Augenschein durchzuführen. Die Aktennotiz und die Fotodokumentation wurden den Parteien zugestellt, die Beschwerdeführerin nahm dazu Stellung und die Parteien erhielten Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen.

7. Mit Verfügung vom 27. Juli 2023 entschied die Vorinstanz wie folgt:

«1. Gestützt auf die vorgenannten Erwägungen werden folgende Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angeordnet:

- a) Die sanitären Anlagen, namentlich die Duschinstallation, das WC und das Lavabo im Nebenraum zum Disponibel Thun 1 (Thun) Gbbl.-Nr. J. _____ sind bis am 30. September 2023 zu entfernen, wo nötig innert gleicher Frist fachmännisch zu plombieren und der Abfluss der Dusche zu schliessen.
- b) Der Wasseranschluss des Spülbeckens im Disponibel Thun 1 (Thun) Gbbl.-Nr. J. _____ ist bis am 30. September 2023 zu entfernen und innert gleicher Frist fachmännisch zu plombieren.

2. Bis am 13. Oktober 2023 ist dem Bauinspektorat der Stadt Thun eine Vollzugsbestätigung für die Massnahmen gemäss Ziff. 1 einzureichen. Eine Kontrolle vor Ort bleibt vorbehalten.

3. Die Verfahrenskosten werden wie folgt festgelegt und der Verhaltensstörerin auferlegt:

Grundgebühr Verfügungen	Fr.	100.00
Gebühr Baupolizeiverfahren ab 27. Juli 2022 (Aufwand im Zeittarif)	Fr.	2560.00
Total Gebühren	Fr.	<u>2660.00</u>

Die Rechnungsstellung erfolgt nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung mit separater Post.

4. Werden die Massnahmen gemäss Ziffer 1 innert der gesetzten Frist nicht vollständig umgesetzt, wird die Baupolizeibehörde zur Ersatzvornahme schreiten und die angeordneten Massnahmen auf Kosten der Eigentümerin durch Dritte ausführen lassen.

(...))»

⁶ vgl. Vorakten, pag. 000006

8. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 29. August 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

«Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung sei aufzuheben und das baupolizeiliche Verfahren gegen die Beschwerdeführerin sei einzustellen.

Eventualbegehren:

Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung sei aufzuheben und es sei für den strittigen Raum (Thun 1 (Thun)-Gbbl. Nr. J._____) ein Benützungsverbot als Wohnraum und/oder Büro-/Gewerberaum zu verfügen und im Grundbuch anzumerken.

Subeventualbegehren:

Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung sei aufzuheben und das Verfahren sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.»

9. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁷, holte bei der Vorinstanz die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz beantragte in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der Wiederherstellungsverfügung vom 27. Juli 2023. Der Beschwerdegegner 1, die Beschwerdegegnerin 2 und die Beschwerdegegnerin 3 (nachfolgend Beschwerdegegnerschaft) beantragen in ihrer Beschwerdeantwort vom 2. Oktober 2023 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde. Mit Eingabe vom 20. November 2023 reichte die Beschwerdegegnerschaft Kopien von Anzeigen der Beschwerdegegnerin 3 sowie eines weiteren Stockwerkeigentümers gegen die Beschwerdeführerin wegen Nachtruhestörung sowie Nötigung zu den Akten.

10. Die Parteien erhielten mit Verfügung vom 5. Januar 2024 Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Mit gleicher Verfügung teilte das Rechtsamt mit, dass die BVD im Falle einer Bestätigung der Wiederherstellungsverfügung der Vorinstanz beabsichtige, diese allenfalls mit einem Benützungsverbot (Verbot Wohnnutzung und gewerbliche Nutzung) zu ergänzen.

11. Mit Eingabe vom 9. Januar 2024 verwies die Vorinstanz auf ihre Stellungnahme vom 2. Oktober 2023 sowie die Vorakten und verzichtete auf weitergehende Schlussbemerkungen. Die Beschwerdeführerin bringt in ihren Schlussbemerkungen vom 26. Januar 2024 vor, es entstehe aufgrund der Verfügung vom 5. Januar 2024 der Verdacht, dass der Entscheid bereits vor Erhalt und Studium der Schlussbemerkungen gefällt worden sei, was unzulässig sei. Die Beschwerdeführerin bestätigte ihre Beschwerdeschrift vom 29. August 2023 und die darin gestellten Rechtsbegehren.

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

⁷ 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)

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁸ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Begründungsdichte in der Wiederherstellungsverfügung vom 27. Juli 2023 in Bezug auf die Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung sei ungenügend und die Überlegungen der Vorinstanz würden sich nicht schlüssig erkennen lassen. Die möglichen milderen Massnahmen, die Geeignetheit sowie die Zumutbarkeit der Wiederherstellung handle die Vorinstanz lapidar in knapp drei Zeilen ab, womit die Verhältnismässigkeit nicht rechtsgenügend begründet sei. Der Vertrauensgrundsatz und das öffentliche Interesse würden mit keinem Wort näher begründet.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG⁹ gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG¹⁰). Die 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.¹¹

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.¹² Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹³

⁸ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁰ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹¹ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

¹² BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 9 bis 11

¹³ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21 und 39

c) In ihrer Wiederherstellungsverfügung vom 27. Juli 2023 äussert sich die Vorinstanz kurz zum öffentlichen Interesse und zur Verhältnismässigkeit des verfügten Rückbaus der sanitären Anlagen und des Wasseranschlusses im Küchenbereich. Sie äussert sich zudem kurz dazu, dass keine gleichermassen geeigneten mildernden Massnahmen ersichtlich seien und die verfügte Massnahme auch zumutbar sei. Sie äussert sich zwar knapp, bezieht aber zu den wesentlichen Punkten Stellung und es ist ersichtlich, aus welchen Gründen sie die Wiederherstellungsmassnahmen als verhältnismässig einstuft. Wie die vorliegend zu behandelnde Beschwerde zeigt, war es der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin denn auch ohne weiteres möglich, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Der Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin ist nicht verletzt.

3. Protokoll

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, der in den frühen Morgenstunden vom 8. November 2022 durchgeführte Augenschein in Begleitung der Polizei sei in Anbetracht des Alters und der gesundheitlichen Situation der Beschwerdeführerin unverhältnismässig und damit widerrechtlich gewesen. Sie beantragt, das Protokoll der Betretung vom 8. November 2022 aus den Akten zu weisen.

b) Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Sie bestimmen Art und Umfang der Ermittlungen, ohne an die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein (Art. 18 Abs. 1 und 2 VRPG). Es ist somit Sache der Behörden, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen vollständig und richtig abzuklären.¹⁴ Den Parteien bleibt es unbenommen, Beweisanträge zu stellen. Die Behörde ist jedoch nicht daran gebunden, sondern sie kann und muss den Sachverhalt in eigener Verantwortung feststellen und die sachdienlichen Beweismittel auch ohne entsprechendes Begehren beiziehen.¹⁵ Bei der Erhebung und Abnahme von Beweisen steht der Behörde ein weiter Ermessensspielraum zu. Diesen hat sie nach pflichtgemäsem Ermessen auszufüllen.

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV¹⁶ hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Dieser damit verankerte Grundsatz der Verfahrensgerechtigkeit ist insbesondere auch für die Frage der Verwertbarkeit unrechtmässig erlangter Beweise massgebend. Widerrechtlich erlangte Beweismittel dürfen grundsätzlich nicht verwertet werden. Dieses Verwertungsverbot gilt jedoch nicht absolut; wo im Vergleich überwiegende Interessen an der Durchsetzung des öffentlichen Rechts vorliegen, kann ausnahmsweise auch ein rechtswidrig erlangter Beweis verwendet werden.¹⁷

c) Die Baupolizeibehörde hat nach Ermächtigung¹⁸ durch das Regierungsstatthalteramt gemäss Art. 45 Abs. 3 BauG am 8. November 2022 in den frühen Morgenstunden einen unangekündigten Augenschein in Beisein zweier Polizeibeamter durchgeführt. Um zu überprüfen, ob ein Raum zum Wohnen genützt wird, ist ein angekündigter Augenschein in der Regel untauglich, da den betroffenen Personen damit die Möglichkeit geboten wird, Gegenstände und Möbel aus dem Raum zu entfernen und die Nacht anderswo zu verbringen. Fotos oder Aussagen der Eigentümerinnen und Eigentümer haben nicht die gleiche Aussagekraft. Auch ein Augenschein tagsüber lässt keine Überprüfung zu, ob der Raum als Schlafmöglichkeit genutzt wird oder nicht. Bei einem unangekündigten Augenschein ist die Anwesenheit der Polizei nicht unüblich und der

¹⁴ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 1

¹⁵ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 24

¹⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV)

¹⁷ BGer 8C_7/2020 vom 3. November 2020, E. 3.2.2

¹⁸ Vorakten, pag. 000028

Beizug der Polizeibeamten wurde zudem von der Vorinstanz entsprechend begründet.¹⁹ Die Beweiserhebung mittels Augenschein vom 8. November 2022 weist keine Mängel auf und der Antrag, das Augenscheinprotokoll sei aus den Akten zu weisen, wird abgewiesen.

4. Formelle und materielle Rechtswidrigkeit

a) Die Beschwerdeführerin führt aus, ein Gemeinschafts-/Disponibelraum dürfe als Raum zur Ausübung von Hobbies, als Kinoraum/Fernsehzimmer oder auch als Fitnessraum benützt werden. Weiter sei auch die Lagerung erlaubt. Der Raum dürfe über eine Heizung verfügen. In neueren Baureglementen verschiedener Gemeinden seien die Gemeinschaftsräume als dem Wohnen gleichgestellt. Dies zeige, dass eine wohnähnliche Nutzung in Gemeinschaftsräumen durchaus zulässig sei. Während der gesamten Verfahrensdauer sei der Ausbauzustand bzw. dessen Legalität nicht angezweifelt oder bemängelt worden. Der aktuelle Ausbauzustand mit abgetrennter Nasszelle sowie Anschlussmöglichkeit für die Küche sei zudem baubewilligungsfrei umsetzbar. Der Ausbauzustand widerspreche somit den baubewilligten Plänen von 2003 nicht und könne als legal und öffentlich-rechtlich bewilligt beurteilt werden. Strittig sei somit die Nutzung des Gemeinschafts-/Disponibelraums. Der Beschwerdeführerin sei mittlerweile bewusst, dass eine Wohnnutzung des Raums ausgeschlossen sei. Jedoch dürfe der Raum für die Ausübung stiller bzw. allgemeinverträglicher Hobbies genutzt werden. Die Beschwerdeführerin dürfe dort Fernsehen, Zeitung lesen, Fotoalben ansehen, Stricken, Musik hören, Bekannte/Familie empfangen, Malen sowie sporadisch Kaffee-Kränzchen halten. Das schwere Bettgestell hätten die betagte Beschwerdeführerin und ihre Tochter ohne weitere Hilfe nicht aus dem Raum schaffen können. Durch das Entfernen der Matratze sei jedoch bereits nachgewiesen worden, dass die Beschwerdeführerin ihre Nächte und damit ihren Lebensmittelpunkt nicht im Gemeinschafts-/Disponibelraum verbringe. Seit Mitte August 2023 sei das Bettgestell überdies nicht mehr im Raum, womit es dort keine Übernachtungsmöglichkeit mehr gebe. Die Beschwerdeführerin schlafe in der von ihrer Tochter bewohnten Wohnung im Obergeschoss.

Der aktuelle Ausbauzustand, die aktuelle Einrichtung und die skizzierte Nutzung des Gemeinschafts-/Disponibelraums ohne Übernachten und lebensmittelpunktähnlichem Aufenthalt sei legal und bewilligt. Der verfügte Rückbau sei damit nicht zulässig. Das Kochen und (sich) Waschen sei in einem Gemeinschafts-/Disponibelraum zulässig und auch das Verhindern dieser Tätigkeiten würde die Nutzungsmöglichkeiten des Raums zum Wohnen nicht ausschliessen. Die Wohnnutzung sei durch die Entfernung der Matratze und nun des Bettgestells ausgeschlossen.

b) Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 RPG²⁰). Mit der Ausführung von Bauvorhaben, die eine Baubewilligung benötigen, darf erst begonnen werden, wenn sie rechtskräftig bewilligt sind oder der Baubeginn vorzeitig gestattet worden ist (Art. 1a Abs. 3 BauG, Art. 2 Abs. 1 BewD). Die Baupolizeibehörde hat dafür zu sorgen, dass im Bauwesen die gesetzliche Ordnung eingehalten wird. Erhält sie Kenntnis von unbewilligten Bauten und Nutzungen, hat sie von Amtes wegen einzuschreiten und ein Wiederherstellungsverfahren durchzuführen. Sie hat mindestens zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht und ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verfügen ist.²¹ Die Wiederherstellungsverfügung setzt voraus, dass ein unrechtmässiger Zustand besteht. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Bauherrschaft ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben ausgeführt hat, ohne im Besitz einer Baubewilligung dafür zu sein (Art. 45 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 BauG).

¹⁹ Vorakten, pag. 000031 f.

²⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 2

Die Baubewilligungspflicht soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf die räumlichen Folgen vor der Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen.²² Massstab dafür ist die Frage, ob mit der Realisierung des Vorhabens im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.²³ Die Baubewilligungspflicht hat eine präventive Funktion; sie soll vorsorglich verhindern, dass die massgebenden Vorschriften verletzt werden. Sie muss daher greifen, bevor feststeht, dass dies der Fall ist.²⁴ Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), 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). Baubewilligungspflichtig sind auch die Zweckänderung und der Abbruch von Bauten, Anlagen und Einrichtungen sowie wesentliche Terrainveränderungen (Art. 1a Abs. 2 BauG).

c) Die Liegenschaft I. _____weg 8 wurde mit Gesamtbauentscheid vom 7. Februar 2003 bewilligt. Aus den baubewilligten Plänen geht hervor, dass der vorliegend in Frage stehende Raum als Gemeinschaftsraum (Pläne «Grundriss Untergeschoss 1:100» sowie «Schnitte A + B») resp. als Disponibel 1 (Ausführungsplan «Grundriss Untergeschoss 1:50/1:10») bezeichnet wurde. Auf den Plänen ist ebenfalls ersichtlich, dass links neben der Eingangstür zum Gemeinschafts-/Disponibelraum ein Lavabo vorgesehen und bewilligt wurde. Bewilligt sind auch die drei Fenster.

Auf den Plänen sind hingegen weder eine Nasszelle, noch ein Anschluss für Kücheneinrichtungen vorgesehen und somit auch nicht bewilligt. Damit steht auch fest, dass die Wohnnutzung des Gemeinschafts-/Disponibelraums nicht bewilligt ist. Bis zum Zeitpunkt der baupolizeilichen Anzeige durch die Beschwerdeführenden hat das Bauinspektorat Thun keine Kenntnis über eine Büronutzung gehabt und daher auch nichts dagegen unternommen. Gemäss Ausführungen der Vorinstanz stimmte der Ausbauzustand anlässlich der Schlussabnahme vom 13. Oktober 2004 mit den bewilligten Projekt- und Ausführungsplänen überein und es sei keine Wohnnutzung erkennbar gewesen. Der Raum wurde anschliessend umgebaut und über längere Zeit als Büro vermietet. Es liegt ein formell rechtswidriger Zustand vor.

Zwar verfügt der Raum über bewilligte Fenster, er befindet sich jedoch unter dem fertigen Terrain in ebenem Gelände, weshalb er gestützt auf Art. 66 Abs. 2 BauV nicht zur Wohnnutzung zugelassen ist.

Der Gemeinschafts-/Disponibelraum ist folglich aus wohnhygienischen Gründen nicht zur Wohnnutzung zugelassen. Als Wohnräume im Sinne von Art. 67 BauV gelten alle dauernd zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Zimmer, wie Wohn- und Esszimmer, Schlafzimmer, Kinderzimmer oder Zimmer für häusliche Arbeiten (Art. 63 Abs. 1 BauV). Diese Räume müssen in verschiedener Hinsicht den wohnhygienischen Anforderungen genügen (Belichtung und Belüftung, Heizung, Isolation, minimale Raumgrössen, vgl. Art. 64 ff. BauV). Der Raum verfügt im aktuellen Ausbauzustand über ein abschliessbares Badezimmer mit Dusche, WC und Lavabo. Auch verfügt der Raum über eine Anschlussmöglichkeit für eine Küche, womit die Möglichkeit besteht, längere Zeit dort zu verbringen. Die konkrete Nutzung von Gemeinschaftsräumen resp. Disponibelräumen ist nicht explizit gesetzlich geregelt. Sie sind jedoch nicht zum dauerhaften Aufenthalt vorgesehen. Sie werden in der Regel als Hobbyräume genutzt, beispielsweise zum Üben eines Instruments oder

²² BGE 139 II 134 E. 5.2; BVR 2015 S. 541 E. 3.1; vgl. auch BVR 2019 S. 550 (VGE 2017/220 vom 6. August 2019) nicht publ. E. 3.3

²³ BGE 139 II 134 E. 5.2

²⁴ BVR 2015 S. 541 E. 3.3 mit Hinweisen

zum Absolvieren von Fitnessübungen. Die von der Beschwerdeführerin vorgesehene Nutzung des Raumes zum Fernsehen, Zeitung lesen, Fotoalben ansehen, Stricken, Musik hören, Bekannte/Familie empfangen, Malen und Kaffee-Kränzchen abhalten, deutet auf eine dauerhafte Nutzung als «Wohnzimmer» hin. Auch wenn die Beschwerdeführerin den Raum nicht mehr zum Übernachten benutzt, geht die vorgesehene und bewilligte Nutzung über die für einen Gemeinschaftsraum zulässige Nutzung hinaus.

5. Guter Glaube / Vertrauensschutz

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe den Disponibelraum am 18. März 2008 gemeinsam mit der Wohnung im 2. Obergeschoss gekauft, wobei der Raum in der Verkaufsdokumentation als «Büro, Hobby, Fitnessraum etc., beheizt, mit Dusche, WC, Lavabo» bezeichnet gewesen sei. Der Raum sei bereits damals und bis Ende März 2022 während 17 Jahren als Büroräumlichkeit vermietet gewesen, ohne Widerspruch der Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer. Beim Kauf sei der Raum bereits mit einer abgetrennten Nasszelle (WC/Dusche/Lavabo), Lamellenstoren, Türklingel/Signalanlage, beheizt und gedämmt, Fensterfläche von 10% der Bodenfläche sowie mit Anschlüssen (Grundleitungsanschluss/Warm- und Kaltwasseranschlüsse für eine Kücheninstallation mit Waschbecken) ausgestattet gewesen. Der langjährige Mieter bestätige, dass seit seinem Einzug im Jahre 2005 keine baulichen Massnahmen am Disponibelraum vorgenommen worden seien. Dieser sei im Rahmen eines Augenscheins im vorliegenden Verfahren als Zeuge zu befragen. Auch ein beigezogener Architekt bestätige, dass die Bodenheizung im Unterlagsboden eingelegt und der Heizverteilkasten in der Wanddämmung eingelassen sei, was bei korrekter und vollständiger Bauabnahme nicht habe später erstellt werden können. Wäre die Nasszelle erst unmittelbar nach der Schlussabnahme eingebaut worden, hätte gegenüber den bewilligten Plänen ein versetzter Grundleitungsanschluss sowie eine in die Decke eingelassene Lüftung eindeutig auf die Bauabsicht hindeuten müssen. Dies lasse den Schluss zu, dass der Disponibelraum bei der Schlusskontrolle vom 13. Oktober 2004 im heutigen Zustand ausgebaut bzw. sichtlich vorbereitet gewesen und so abgenommen worden sei. Die Beschwerdeführerin sei somit gutgläubig und habe davon ausgehen dürfen, dass der Ausbauzustand als legal und bewilligt beurteilt werde. Auch die Baubewilligungspläne würden zeigen, dass der Disponibelraum vollständig gedämmt sowie ausgestattet mit einem Lavabo und einer Fensterfläche von 10 % der Bodenfläche bewilligt worden sei.

Zwar sei für den strittigen Raum keine Wohnnutzung bewilligt worden. Für die Beschwerdeführerin sei aufgrund der jahrelangen gewerblichen Nutzung und aufgrund des Kaufpreises von rund CHF 100'000.00 nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen, dass der Raum nicht als vorübergehendes Studio zum gelegentlichen Verweilen und vielleicht sporadischem Schlafen zu Nachtstunden genutzt werden dürfe. Mittlerweile sei ihr jedoch bewusst, dass der Raum nicht als Wohnraum und zum Übernachten genutzt werden dürfe. Seit Herbst 2022 nutze die Beschwerdeführerin den Raum auch nicht mehr als Übernachtungsgelegenheit und zum Verbringen des Lebensmittelpunktes.

b) Formell rechtswidrige Bauten, welche nicht nachträglich bewilligt werden können, müssen grundsätzlich beseitigt werden.²⁵ Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen sie gebieten. Guter Glaube ist anzunehmen, wenn die Bauherrschaft bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt. Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht hat gutgläubig sein können. Grundsätzlich wird vorausgesetzt, dass die Bewilligungs-

²⁵ BGE 136 II 359 E. 6 S. 364; BGer 1C_332/2020 vom 22. April 2021 E. 7.1

pflicht für Bauvorhaben bekannt ist und dass sich, wer bauen und nutzen will, um die Zulässigkeit erkundigen muss. Weiter muss sich die Bauherrschaft das Wissen(müssen) beigezogener Fachpersonen wie beispielsweise Architekten und dasjenige ihrer Rechtsvorgänger anrechnen lassen. Käufer können sich keine bessere Rechtsposition erwerben, als die Verkäuferschaft innehatte. Sie können demnach nichts aus dem (rechtswidrigen) Verhalten des Verkäufers für sich ableiten und sich nicht auf gutgläubigen Erwerb berufen. Bauarbeiten, welche nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, gelten grundsätzlich als nicht bewilligt. Die Beweislast für das Vorhandensein einer Baubewilligung liegt bei der Bauherrschaft.²⁶

c) Vorliegend ist unbestritten, dass die Wohnnutzung des Gemeinschafts-/Disponibelraums nicht bewilligt ist und auch nicht bewilligungsfähig ist.

Die Beschwerdeführerin hat am 28. Februar 2022 bei der Stadt Thun ein Baugesuch²⁷ für den Einbau einer Küche und für die Wohnnutzung des Disponibelraums eingereicht. Das Bauinspektorat der Stadt Thun teilte der Tochter der Beschwerdeführerin, welche als Projektverfasserin auftrat, mit, das Bauvorhaben sei nicht baubewilligungsfähig, da im ebenen Gelände die Fussböden der Wohnräume nicht unter dem fertigen Terrain liegen dürfen. Zudem könne auch keine Ausnahme in Aussicht gestellt werden. Mit Mitteilung vom 4. März 2022 gab das Bauinspektorat der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Anpassung des Baugesuchs, andernfalls gelte das Baugesuch als zurückgezogen²⁸. Die Tochter der Beschwerdeführerin zog mit E-Mail vom 12. März 2022²⁹ das Baugesuch zurück, worauf das Bauinspektorat am 31. März 2022 das Baugesuch für die Umnutzung des Büros zu einer Studiowohnung vom Geschäftsverzeichnis abschrieb. Anlässlich der Stockwerkeigentümersversammlung vom 4. April 2022 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag zur temporären Umnutzung des Disponibelraums. Die Tochter der Beschwerdeführerin erklärte, sie habe einen Juristen für die Abklärung mit den zuständigen Behörden hinzugezogen. Daraufhin beschloss die Stockwerkeigentümersversammlung, die Bewilligung der zuständigen Baubehörde der Stadt Thun abzuwarten, bevor über den Antrag der Umnutzung abgestimmt werde.³⁰ Gemäss baupolizeilicher Anzeige der übrigen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern vom 7. Juli 2022 habe die Beschwerdeführerin den Disponibelraum per 1. Juli 2022 bezogen und habe ihn als Wohnraum genutzt.

Spätestens ab der Mitteilung des Bauinspektorats Thun vom 4. März 2022 war der Beschwerdeführerin bewusst, dass der Gemeinschafts-/Disponibelraum nicht zur Wohnnutzung zugelassen war. Nichtsdestotrotz hat die Beschwerdeführerin den Raum im Sommer 2022 zur Wohnnutzung bezogen – und die Stockwerkeigentümergeinschaft offenbar nicht über das bereits anhängig gemachte und zurückgezogene Baugesuch informiert. Das baupolizeiliche Verfahren und sogar ein unangekündigter Augenschein haben die Beschwerdeführerin nicht dazu bewegt, die ihr bekannte unrechtmässige Nutzung des Gemeinschafts-/Disponibelraums aufzugeben.

Der Raum wurde vom vormaligen Stockwerkeigentümer offensichtlich ohne Bewilligung in einen Wohn- und Arbeitsraum umgebaut. Eine Zeugenbefragung des ursprünglichen Mieters zum Ausbauzustand ändert daran nichts, der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerin wird abgewiesen. Die Beschwerdeführerin hätte sich beim Kauf der Stockwerkeinheit entsprechend informieren müssen, zu welcher Nutzung diese bewilligt wurde. Dies gilt umso mehr, als das Benutzungs- und Verwaltungsreglement der Stockwerkeigentümergeinschaft die Benutzung der in Sonderrecht oder Sondernutzung stehenden Teile regelt und in 9 a/bb die Disponibelräume als zur Ausübung von im Untergeschoss zonenkonformen Tätigkeiten oder als Lagerraum deklariert.

²⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b

²⁷ Vorakten, pag. 000060 ff.

²⁸ Vorakten, pag. 000070

²⁹ Vorakten, pag. 000071

³⁰ Vorakten, pag. 000130

Die Beschwerdeführerin kann sich damit nicht auf den guten Glauben berufen. Daran ändert auch der für den Disponibelraum bezahlte Kaufpreis von rund CHF 100'000.00 nichts. Die Käuferin oder den Käufer einer Liegenschaft trifft die Pflicht, sich über die zulässigen Nutzungsmöglichkeiten zu informieren. Auch dass der Raum bereits vor dem Kauf durch die Beschwerdeführerin zu gewerblichen Zwecken genutzt wurde, entlastet sie nicht von dieser Pflicht.

6. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Erlassen eines Benützungsverbots mit anschließender Anmerkung im Grundbuch würde vorliegend ausreichen und wäre im Sinne der Verhältnismässigkeit. Der von der Vorinstanz erwähnte unverhältnismässige Aufwand zur Überprüfung resp. Kontrolle der Durchsetzbarkeit erhele im Lichte der bisherigen Geschehnisse nicht, da die restliche Stockwerkeigentümergeinschaft diese Kontrolle bisher wahrgenommen habe und allfällige Auffälligkeiten und Widerrechtlichkeiten jeweils dem Bauinspektorat gemeldet hätten. Der Rückbau der Nasszelle und der Küchenanschlüsse, welche in einem Gemeinschafts-/Disponibelraum zulässig seien, würde zu direkten (Demontearbeiten) und auch zu indirekten Kosten (getätigte und bezahlte Arbeiten sowie im Kaufpreis berücksichtigte Installationen) führen. Der Raum würde zudem auch einen massiven Wertverlust erfahren. Diese Kosten würden in keinem Verhältnis zur stichprobenartigen Kontrolle/Überprüfung der tatsächlichen Nutzung stehen. Im Sommer/Herbst 2022 habe aufgrund einer familiären Notsituation tatsächlich unabsichtlich eine kurzzeitig widerrechtliche Nutzung des Gemeinschafts-/Disponibelraums stattgefunden. Im November 2022 habe die Tochter der Beschwerdeführerin dieser in der Wohnung im Obergeschoss das Galeriezimmer zum Schlafen eingerichtet. Dieses habe anlässlich des Augenscheins vom 30. Mai 2023 auch besichtigt werden können. Das Galeriezimmer gelte als Estrich, weshalb die Vorinstanz ein weiteres Verfahren gegen die Beschwerdeführerin eröffnet habe. Sie habe einen Architekten beigezogen und setze alles daran, damit das Galeriezimmer legal als Wohnraum genutzt werden könne und damit rechtsgenügend bewiesen werden könne, dass der Gemeinschafts-/Disponibelraum nicht mehr zum Wohnen gebraucht werde.

b) 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 BauG³¹). 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.³²

Es ist zu beachten, dass an sich zulässige, aber einer rechtswidrigen Nutzung zugeführte Räume durch wirksame bauliche Massnahmen für diese Nutzung unbrauchbar zu machen sind. Ein reines Benützungsverbot genügt in aller Regel nicht, da ein solches auf Dauer meist nur mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand kontrollier- und durchsetzbar wäre. Gemäss verwaltungsgerichtlicher Praxis sind daher womöglich immer objektive Tatsachen zu schaffen, welche die rechtswidrige Nutzung verunmöglichen oder jedenfalls erheblich erschweren. Zur Verhinderung oder zumindest Erschwerung einer widerrechtlichen Wohnnutzung, d.h. zum Unbewohnbarmachen von

³¹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

³² 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

Räumen, fallen namentlich das Entfernen der Kücheneinrichtung oder der Badezimmerinstallationen oder von Installationen und Einrichtungen in Betracht.³³

Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann unverhältnismässig sein, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang, und ihre Fortsetzung nicht gewichtigen öffentlichen Interessen widerspricht.³⁴ Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch ein Bauherr berufen, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er 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 dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen.³⁵

An der Durchsetzung des materiellen Baurechts und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die den materiellen Bauvorschriften widersprechen, besteht, selbst wenn es sich nicht um Bauten ausserhalb der Bauzone handelt, ein generelles öffentliches Interesse. Entscheidend sind unter anderem auch präjudizielle Aspekte. Es soll nicht der Eindruck vermittelt werden, dass einfach vollendete Tatsachen geschaffen werden können und die Wiederherstellung unterbleiben kann, wenn sich die Nachbarn nicht daran stören bzw. sich nicht vehement dagegen wehren.³⁶

c) Um die zukünftige widerrechtliche Nutzung des Gemeinschafts-/Disponibelraums zu unterbinden, verfügt die Vorinstanz in ihrer Wiederherstellungsverfügung vom 27. Juli 2023 Folgendes:

«Ein reines Benützungsverbot würde im vorliegenden Fall nicht ausreichen, um auf Dauer sicherzustellen, dass der Gemeinschafts- respektive Disponibelraum nicht als Wohnraum genutzt wird.

Damit der Gemeinschafts- respektive Disponibelraum im Untergeschoss nicht als Studiowohnung oder als Satellitenwohnraum zu einer Wohnung im Gebäude I. _____ weg 8 genutzt werden kann, müssen die Möglichkeiten zum Kochen oder Waschen unterbunden werden. Die sanitären Anlagen, namentlich die Duschinstallation, das WC und das Lavabo sind zu entfernen, wo nötig fachmännisch zu plombieren und der Abfluss der Dusche zu verschliessen. Zudem ist der Wasseranschluss im Küchenbereich zu entfernen und fachmännisch zu plombieren.

Es bestehen im vorliegenden Fall keine mildereren Massnahmen, welche gleichsam geeignet sind, die Wohnnutzung wirksam zu unterbinden. Zudem sind die Massnahmen zumutbar, zumal der Raum nach wie vor als Abstell- oder Hobbyraum genutzt werden kann.»

Diese Einschätzung der Vorinstanz überzeugt. Die Beschwerdeführerin hat bereits vor ihrem Einzug in den Gemeinschafts-/Disponibelraum beim Bauinspektorat Thun am 28. Februar 2022 und damit mehrere Monate vor dem tatsächlichen Bezug des Disponibelraums als Aufenthalts- und Schlafraum im Sommer 2022 ein Baugesuch für die Umnutzung eingereicht. Dieses wurde zurückgezogen, da das Bauinspektorat keine Bewilligung und auch keine Ausnahmbewilligung in Aussicht stellen konnte. Der Beschwerdeführerin war somit spätestens mit der Mitteilung des Bauinspektorats vom 4. März 2022 bewusst, dass der Gemeinschafts-/Disponibelraum nicht als Wohnraum genutzt werden darf. Trotzdem hat die Beschwerdeführerin den Raum ab Juli 2022 zur Wohnnutzung bezogen. Anlässlich des Augenscheins vom 8. November 2022 wurde die Be-

³³ vgl. zum Ganzen: VGE 2017/11 vom 30. Juni 2017, E. 5.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10 mit weiteren Hinweisen

³⁴ BGE 132 II 21 E. 6 mit Hinweis

³⁵ BGE 132 II 21 E. 6.4 mit Hinweis

³⁶ BGer 1C_209/2023 vom 16. November 2023 E. 3.2.3

schwerdeführerin im Gemeinschafts-/Disponibelraum aus dem Schlaf gerissen, was beweist, dass sie den Raum zu Wohnzwecken genutzt hat. Auch die anlässlich des Augenscheins gemachten Fotos zeigen, dass sich im Raum Kleidung, Fotos und persönliche Gegenstände der Beschwerdeführerin befanden. Im Raum befanden sich neben dem Bett auch ein Tisch, Schränke und Regale, ein Fernseher, zwei Sessel sowie eine Mikrowelle, ein Wasserkocher und diverse Lebensmittel. Der Raum wurde offensichtlich als Studiowohnung genutzt. Am 30. Mai 2023 führte die Vorinstanz nach der Fortsetzung des baupolizeilichen Verfahrens erneut einen – diesmal angekündigten – Augenschein im Gemeinschafts-/Disponibelraum durch. Der einzige Unterschied zum Augenschein vom 8. November 2022 war, dass die Matratze hinter dem Bett aufgestellt wurde und das Bettgestell als Ablagefläche für einen Koffer, Kleidung, Schuhe und weitere Gegenstände genutzt wurde. Auf den Fotos ist ersichtlich, dass sich die persönlichen Gegenstände wie Kleidung, Fotos, Unterlagen, Bücher und Toilettenartikel immer noch im Gemeinschafts-/Disponibelraum befanden. Anlässlich des Augenscheins vom 30. Mai 2023 wurde auch die Schlafgelegenheit der Beschwerdeführerin im Galeriegeschoss der Wohnung im 2. Stock besichtigt. Auf den Fotos des Galeriegeschosses ist ersichtlich, dass sich dort praktisch keine persönlichen Gegenstände der Beschwerdeführerin befinden.

Die von der Beschwerdeführerin als ausreichend betrachtete Entfernung der Matratze vom Bettgestell verhindert eine Wohnnutzung des Raums keinesfalls. Diese könnte jederzeit wieder auf das Bett gelegt und benutzt werden. Auch kann von der Baupolizeibehörde nicht verlangt werden, dass sie regelmässige Kontrollgänge vornimmt, um eine allfällige widerrechtliche Nutzung festzustellen. Mit der Entfernung der sanitären Anlagen im Badezimmer des Gemeinschafts-/Disponibelraums wird ein längerer und dauerhafter Aufenthalt erschwert. Auch die Entfernung der Anschlüsse für eine Kücheneinrichtung erfüllt diesen Zweck. Die angeordneten Massnahmen sind somit geeignet, um die konforme Nutzung des Raums durchzusetzen. Dass die Beschwerdeführerin trotz Kenntnis der nicht bewilligten Wohnnutzung über mehrere Monate im Gemeinschafts-/Disponibelraum ihre Tage und auch ihre Nächte verbrachte, zeigt, dass die mildere Massnahme eines einfachen Benützungsverbots nicht ausreicht. Die Entfernung der entsprechenden Einrichtungen ist folglich auch erforderlich. Da die Beschwerdeführerin offensichtlich bereits wusste, dass die Wohnnutzung gemäss den bewilligten Plänen nicht möglich ist – ansonsten hätte sie kein Baugesuch eingereicht – und sie die Pflicht trifft, sich vor dem Kauf einer Liegenschaft über deren Nutzungsmöglichkeiten resp. -beschränkungen zu informieren, ist der Rückbau der entsprechenden Einrichtungen auch unter Anbetracht der direkten wie auch indirekten Kosten zumutbar. Wie die Vorinstanz in ihrer Wiederherstellungsverfügung zutreffend ausführt, ist das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands generell gegeben, um die Durchsetzung der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmung und die konsequente Verhinderung von der baurechtlichen Ordnung widersprechenden Bauten gross ist. Dies ist auch vorliegend der Fall.

Bewilligt wurde mit Bauentscheid vom 7. Februar 2003 ein Gemeinschaftsraum mit einer Bruttogeschossfläche von 43.56 m² und einer Fensterfläche von 4.41 m². Nicht bewilligt wurde das aktuell vorhandene, abgetrennte Badezimmer mit Dusche und WC. Bewilligt wurde einzig ein Lavabo neben der Eingangstüre. Das Vorhandensein eines Lavabos in einem Gemeinschafts-/Disponibelraum schliesst die rechtmässige Nutzung des Raumes nicht aus. In einem Hobby- oder Bastelraum ist das Vorhandensein eines Wasseranschlusses nicht unüblich. Die Entfernung des ursprünglich bewilligten Lavabos ist für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vorliegend vorerst nicht notwendig. Die Ziffern 1 a) und b) der Wiederherstellungsverfügung vom 27. Juli 2023 werden entsprechend angepasst. Sollte die Baupolizeibehörde zukünftig wieder eine widerrechtliche Nutzung des Gemeinschafts-/Disponibelraumes feststellen, könnte diese aber auch die Entfernung des ursprünglichen Wasseranschlusses prüfen.

Um auch eine zukünftige widerrechtliche Nutzung durch allfällige neue Eigentümerinnen und Eigentümer des Gemeinschafts-/Disponibelraumes zu verhindern, wird zudem ein Benützungsver-

bot zu gewerblichen und zu Wohnzwecken verhängt. Dieses Benützungsverbot ist im Grundbuch einzutragen. Das Rechtsamt der BVD hat die Absicht, im Falle der Bestätigung der Wiederherstellungsverfügung der Vorinstanz zusätzlich ein Benützungsverbot zu erlassen – im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs – angekündigt. Damit wurde kein Entscheid vorweggenommen und die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin wurden berücksichtigt.

Die Wiederherstellungsfrist und die Frist zur Einreichung einer Vollzugsbestätigung sind während des Beschwerdeverfahrens abgelaufen. Praxisgemäss sind daher neue Fristen anzusetzen. Die von der Gemeinde angesetzte Frist von rund zwei Monaten bzw. zweieinhalb Monaten wird nicht bestritten und erscheint als verhältnismässig.

7. Zusammenfassung, Kosten

- a) Gemessen an den Rechtsbegehren unterliegt die Beschwerdeführerin bei diesem Verfahrensausgang zwar nur teilweise. Sie dringt jedoch mit ihrem Hauptanliegen der Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung nicht durch. Die Wiederherstellungsverfügung wird nur in einem marginalen Punkt zu Gunsten der Beschwerdeführerin angepasst, indem von der Entfernung des bewilligten Lavabos abgesehen wird. Die Wiederherstellungsverfügung wird in Bezug auf das verfügte Benützungsverbot aber auch verschärft. Es rechtfertigt sich unter den gegebenen Umständen nicht, für die teilweise Gutheissung der Beschwerde Kosten auszuscheiden. Die Beschwerdeführerin gilt damit für die Kostenverteilung als vollständig unterliegend. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 2200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁷).
- b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen, als Ziffer 1 Buchstabe a der Wiederherstellungsverfügung der Stadt Thun vom 27. Juli 2023 wie folgt angepasst wird:

«Die sanitären Anlagen, namentlich die Duscheinrichtung, und das WC ~~und das Lavabo~~ im Nebenraum zum Dispenibel Thun 1 (Thun) Gbbl.-Nrn. J. _____ (...)»

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Ziffer 1 Buchstaben a und b der Wiederherstellungsverfügung der Stadt Thun vom 27. Juli 2023 wird neu angesetzt auf den **14. Juni 2024**. Die Frist zur Einreichung einer Vollzugsbestätigung gemäss Ziffer 2 der Wiederherstellungsverfügung der Stadt Thun vom 27. Juli 2023 wird neu angesetzt auf den **28. Juni 2024**.
3. Im Übrigen wird die Wiederherstellungsverfügung der Stadt Thun vom 27. Juli 2023 mit folgenden Ergänzungen bestätigt:

Die Nutzung des als Gemeinschaftsraum bewilligten Raumes Thun 1 (Thun) Gbbl.-Nrn. J. _____ zu gewerblichen Zwecken und zu Wohnzwecken wird verboten (Benützungs-

³⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

verbot). Dieses Benützungsverbot ist im Grundbuch anzumerken. Eine Kopie der Grundbuchanmeldung für diese Anmerkung ist der Stadt Thun bis **28. Juni 2024** zuzustellen.

4. Die Verfahrenskosten von CHF 2200.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn D. _____, eingeschrieben
- Frau G. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Stadt Thun, 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.