



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2024/30

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 25. März 2025

in der Beschwerdesache zwischen

Frau C. _____
Beschwerdeführerin

und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Diemtigen, Gemeinderat, Diemtigalstrasse 15,
Postfach 13, 3753 Oey

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Diemtigen vom 3. Juni 2024
(Wiederherstellungsverfügung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Stockwerkeinheiten Diemtigen Grundbuchblatt Nrn. A. _____ und B. _____. Die beiden Stockwerkeinheiten umfassen gemäss Grundbucheintrag jeweils ein 1-Zimmerstudio im Dachgeschoss mit Nebenräumen. Mit E-Mail vom 8. November 2023 wandte sich der Sohn der Beschwerdeführerin an die Gemeinde. Darin führte er aus, die «ARA-Gebühr pro Einwohnergleichwert» sei für die Stockwerkeinheit Nr. B. _____ mit 3.0 Einheiten à CHF 65.00 verrechnet worden, wobei für die identischen Stockwerkeinheiten Nrn. A. _____, D. _____ sowie E. _____ lediglich 2.0 Einheiten verrechnet worden seien. Die Rechnung für die Wohnung der Beschwerdeführerin sei entsprechend anzupassen. Mit E-Mail vom 10. November 2023 teilte der Bauverwalter der Gemeinde Diemtigen der Beschwerdeführerin resp. ihrem Sohn mit, massgebend für die Erhebung der Gebühren sei die baurechtliche Situation vor Ort.

2. Am 6. Dezember 2023 fand eine Begehung in Anwesenheit der Eigentümerin und ihres Ehemanns, dem Bauverwalter sowie einer Sachbearbeiterin der Bauverwaltung der Gemeinde statt. Anlässlich der Begehung wurde festgestellt, dass die beiden Stockwerkeinheiten Nrn. A. _____ und B. _____ vor wahrscheinlich mehr als fünf Jahren mittels Wanddurchbruch miteinander verbunden worden sind und dass die Küche des einen Studios in ein Badezimmer umgebaut wurde. Sodann wurde der Fallschutz bei der Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. B. _____ durch eine (vollständige) Holzverkleidung ersetzt.

3. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 3. Juni 2024 verzichtete die Gemeinde auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Sie stellte überdies fest, dass die Liegenschaftsgebühren ab dem Jahre 2024 für eine Wohnung mit vier Zimmern in Rechnung gestellt würden. Sodann wies sie darauf hin, dass die Wiederherstellungsverfügung im Falle der Einreichung eines fristgerechten, nachträglichen Baugesuchs aufgehoben werde. Die Kosten des baupolizeilichen Verfahrens im Umfang von CHF 250.00 wurden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.

4. Gegen die Wiederherstellungsverfügung vom 3. Juni 2024 reichte die Beschwerdeführerin am 3. Juli 2024 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern ein. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung vom 3. Juni 2024 sowie die Stornierung der Rechnung über die Verfügungsgebühren. Weiter beantragt sie, dass die Liegenschaftsgebühren ab dem Jahre 2024 weiterhin für zwei Wohnungen (1-Zimmerstudio) zu verrechnen sind. Zur Begründung führt sie aus, die Gemeinde habe den Sachverhalt falsch festgestellt. Es treffe nicht zu, dass es sich um eine Wohnung mit 4 Zimmern handle. Trotz des erfolgten Wanddurchbruchs würden weiterhin zwei 1-Zimmerstudios vorliegen, weshalb die Liegenschaftsgebühr nicht für eine Wohnung mit 4 Zimmern in Rechnung gestellt werden dürfe. Sodann gebe es keinen rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, da die von ihr und der Voreigentümerschaft vorgenommenen baulichen Arbeiten allesamt baubewilligungsfrei seien. Weiter sei ihr zu keiner Zeit mitgeteilt worden, dass gegen sie ein Baupolizeiverfahren eröffnet worden sei. Auch von einer Kostenfolge sei nie die Rede gewesen. Entgegen der Darstellung der Gemeinde sei ihr bei der Begehung das rechtliche Gehör nicht gewährt worden.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Weiter teilte es den Verfahrensbeteiligten mit, dass es zur Behandlung des Rechtsbegehrens betreffend Festlegung der Abwassergebühren das Regierungsstatthalteramt als zuständig erachte und leitete die Beschwerde zur Behandlung des entsprechenden Begehrens an das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental weiter. Die Gemeinde beantragte in ihrer Stellungnahme vom 9. August 2024 die Abweisung der Beschwerde.

6. Da im Beschwerdeverfahren unter anderem umstritten ist, ob lediglich an einer der Galerien oder aber an beiden bauliche Veränderungen vorgenommen worden sind, forderte das Rechtsamt die Beschwerdeführerin zur Einreichung aktueller Fotos beider Galerien in den Stockwerkeinheiten Diemtigen Grundbuchblatt Nrn. A. _____ und B. _____ auf. Mit Verfügung vom 7. Januar 2024 teilte das Rechtsamt der Gemeinde mit, es gehe aufgrund der von der Beschwerdeführerin am 12. Dezember 2024 eingereichten Aufnahmen davon aus, dass lediglich an der Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. B. _____ bauliche Änderungen vorgenommen worden seien, nicht jedoch an der Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. A. _____. Die Gemeinde erhielt Gelegenheit, zu dieser Einschätzung des Rechtsamts Stellung zu nehmen. In ihrer Stellungnahme vom 29. Januar 2025 führte die Gemeinde aus, der Zustand in beiden Stockwerkeinheiten entspreche nicht einer Galerie, welche ursprünglich bewilligt worden sei. Es seien Zimmer anstelle einer Galerie erstellt worden.

7. Mit Verfügung vom 31. Januar 2025 gab das Rechtsamt der Gemeinde Gelegenheit, mit entsprechenden Belegen nachzuweisen, dass nicht nur die Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. B. _____, sondern auch die Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. A. _____ zwischenzeitlich baulich verändert wurde und nicht mehr dem ursprünglich bewilligten Zustand entspricht. Die Gemeinde führte dazu mit Stellungnahme vom 21. Februar 2025 aus, dass sich in ihrem Archiv keine weiteren Unterlagen zum bewilligten Projekt befinden würden. Jedoch sei das Bauvorhaben

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).

sowohl in den von der Beschwerdeführerin eingereichten Plänen als auch in den Plänen zum Umbau der Dachlukarne von 2003 als Galerie deklariert. Einzelheiten wie z.B. die Ausgestaltung der Absturzsicherung seien in den vorliegenden Dokumenten nicht ersichtlich. Ungenauigkeiten in den Baugesuchsunterlagen könnten jedoch nicht zu Gunsten der Bauherrschaft ausgelegt werden. Vielmehr wäre es Sache der Bauherrschaft nachzuweisen, dass der aktuelle Zustand dem bewilligten Projekt entspreche. Es werde nicht ausgeschlossen, dass die bauliche Ausführung der Galerie bereits bei der Erstellung der heutigen Situation entsprochen habe.

8. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

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 Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Der Antrag betreffend die Festlegung der Abwassergebühren gemäss Ziffer 3.2 der angefochtenen Verfügung wurde zuständigkeitshalber dem Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental zur Behandlung weitergeleitet. Auf den Antrag, ab dem Jahre 2024 seien die Liegenschaftsgebühren weiterhin für zwei Wohnungen zu verrechnen, wird mangels Zuständigkeit der BVD folglich nicht eingetreten. Im Übrigen ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten.

2. Sachverhaltsdarstellung Galerien

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde unter anderem vor, die Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. A._____ entspreche noch immer dem ursprünglichen baulichen Zustand, während in der Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. B._____ der Fallschutz durch die Voreigentümerin mit einer dünnen Holzverkleidung ersetzt worden sei. Die Gemeinde führt im angefochtenen Entscheid aus, beide Galerien seien vom übrigen Raum abgetrennt worden. Mit Verfügung vom 29. November 2024 forderte das Rechtsamt die Beschwerdeführerin zur Einreichung aktueller Fotos beider Galerien auf, da aus den Vorakten nicht hervorgeht, ob in beiden Galerien oder lediglich in einer Galerie bauliche Veränderungen vorgenommen worden sind. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Aufnahmen ergibt sich, dass die Galerie in der Stockwerkeinheit Diemtigen Grundbuchblatt Nr. A._____ gleich ausgestaltet ist wie die Galerie in der benachbarten Stockwerkeinheit Nr. D._____. Die Gemeinde stellt sich auf den Standpunkt, die strittige Fläche sei in den früheren Plänen klar als Galerie deklariert gewesen. Bewilligt worden sei demnach eine Galerie. Der heutige bauliche Zustand würde jedoch nicht einer Galerie entsprechen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die bauliche Ausführung der Galerie bereits bei der Erstellung der heutigen Situation entsprochen habe.

Anhand der Akten und den Ausführungen der Parteien lässt sich nicht eruieren, ob die Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. A._____ bereits bei ihrer Erstellung dem heutigen Zustand entsprochen hat, oder ob sie zwischenzeitlich baulich verändert wurde. Diese Frage kann vor dem Hintergrund der nachfolgenden Erwägungen jedoch offengelassen werden.

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

3. Baubewilligungspflicht: Grundsätze

Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegte Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen (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). 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 BewD³ enthält einen Katalog von Bauvorhaben, die nicht baubewilligungspflichtig sind. Keiner Baubewilligung bedürfen namentlich bauliche Änderungen im Gebäudeinnern, sofern sie nicht mit einer baubewilligungspflichtigen Nutzungsänderung verbunden sind und nicht die Brandsicherheit betreffen (Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD).

4. Baubewilligungspflicht: Wanddurchbruch

a) Unbestritten ist, dass die Wand zwischen den beiden Studios durchbrochen wurde und die Studios nun miteinander verbunden sind. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Küche im Studio Nr. B. _____ zu einem Badezimmer umgebaut wurde.

b) Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die vorgenommenen baulichen Veränderungen seien allesamt baubewilligungsfrei. Der Umbau der Küche zu einem Badezimmer sei durch eine frühere Eigentümerin vorgenommen und überdies ordentlich bewilligt worden. Die Gemeinde führt in ihrer Stellungnahme vom 9. August 2024 aus, die Zusammenlegung der beiden Studios durch Entfernung der Küche und Durchbruch in der Trennwand zwischen den Wohnungen sei baubewilligungspflichtig, da die Massnahmen Auswirkungen gegen aussen haben könnten und das Zweitwohnungsgesetz tangieren würden. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei keine Baubewilligung für den Umbau der Küche zu einem Badezimmer vorhanden. Aufgrund des Durchbruchs des Brandabschnitts sei sodann auch der Brandschutz betroffen.

c) Gemäss Art. 11 Abs. 2 ZWG⁴ dürfen altrechtliche Wohnungen innerhalb der Bauzone um maximal 30 Prozent der am 11. März 2012 vorbestehenden Hauptnutzfläche (HNF) erweitert werden, sofern keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen werden. Sobald dieses Erweiterungsmass überschritten wird oder neue Wohnungen geschaffen werden, ist die Art der Wohnnutzung nicht mehr frei, sondern es kommt eine Nutzungsbeschränkung zum Tragen (Art. 11 Abs. 3 ZWG). Als Wohnung im Sinne des ZWG gilt eine Gesamtheit von Räumen, die für die Wohnnutzung geeignet sind, eine bauliche Einheit bilden, einen Zugang entweder von aussen oder von einem gemeinsam mit anderen Wohnungen genutzten Bereich innerhalb des Gebäudes haben, über eine Kocheinrichtung verfügen und keine Fahrnis darstellen (Art. 2 Abs. 1 ZWG).

Nach Art. 3 FFG⁵ sind Gebäude, Anlagen und Betriebseinrichtungen so zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten, dass Feuerschäden bestmöglich verhütet werden, um die Sicherheit von Mensch und Tier zu gewährleisten. Art. 2 Abs. 1 FFV⁶ präzisiert, dass Bauten und Anlagen so zu

³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁴ Bundesgesetz über die Zweitwohnungen vom 20. März 2015 (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702).

⁵ Feuerschutz- und Feuerwehrgesetz vom 20. Januar 1994 (FFG; BSIG 871.11).

⁶ Feuerschutz- und Feuerwehrrverordnung vom 11. Mai 1994 (FFV, BSIG 871.111).

erstellen und zu betreiben sind, dass sie nach den anerkannten Regeln der Baukunde und der Technik gegen Feuer geschützt sind, der Entstehung und Ausbreitung von Bränden und Explosionen vorgebeugt wird und die Sicherheit von Personen und Tieren im Brandfall sowie der Rettungskräfte im Interventionsfall gewährleistet ist. Die anerkannten Regeln der Baukunde und der Technik hält nach Art. 2 Abs. 2 FFV ein, wer die Normen, Richtlinien, Merkblätter, Erläuterungen und Empfehlungen der in diesem Artikel aufgelisteten Fachorganisationen und -verbände umsetzt. Art. 2 Abs. 2 Bst. a FFV verweist unter anderem auf die Normen, Richtlinien, Merkblätter, Erläuterungen und Empfehlungen der Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen (VKF). Die VKF hat Brandschutzvorschriften herausgegeben. Diese bestehen aus der Brandschutznorm⁷ und den dazu gehörenden Brandschutzrichtlinien (Art. 4 Brandschutznorm). Die Brandschutzrichtlinien legen diverse Anforderungen an Bauten und Anlagen fest, so bspw. in Bezug auf die Flucht- und Rettungswege sowie die Brandabschnitte.

d) Diemtigen ist eine Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent.⁸ Die Gemeinde unterliegt damit den Nutzungsbeschränkungen der Zweitwohnungsgesetzgebung. Die streitigen Stockwerkeinheiten bestanden unbestrittenermassen bereits vor dem 11. März 2012 und gelten damit als altrechtlich im Sinne von Art. 10 ZWG. Die beiden Studios sind heute mittels Durchgang in der Trennwand miteinander verbunden und nur noch eines der Studios verfügt über eine Kocheinrichtung. Die Qualifikation als eigenständige Wohnung setzt gemäss Art. 2 Abs. 1 ZWG das Vorhandensein einer Kocheinrichtung voraus. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde davon ausgegangen ist, es liege nur noch eine Wohnung vor. Es besteht ein öffentliches Interesse an der vorgängigen Überprüfung, ob die Zusammenlegung der Studios zu einer Wohnung mit den Vorschriften der Zweitwohnungsgesetzgebung – insbesondere betreffend die Erweiterung altrechtlicher Wohnungen – vereinbar ist. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin geht die Verbindung der beiden Studios über den Rahmen einer baubewilligungsfreien Veränderung im Gebäudeinnern im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD hinaus. Überdies betrifft der Durchbruch der Wand zwischen den beiden Studios die Vorschriften über den Brandschutz. Denn bei der Zusammenlegung zweier Wohnungen muss geprüft werden, ob die Brandschutzsicherheit weiterhin gewährleistet ist oder ob allenfalls weitere Brandschutzmassnahmen getroffen werden müssen. Dies gilt umso mehr, als mit dem Wanddurchbruch gemäss den Angaben der Gemeinde ein Brandabschnitt durchbrochen worden ist.

Der Durchbruch der Wand zwischen den beiden Studios und damit die Verbindung der Studios unterliegt nach dem Gesagten der Baubewilligungspflicht.

5. Baubewilligungspflicht: Galerien

a) In den von der Beschwerdeführerin als Beschwerdebeilage eingereichten Plänen⁹ sowie den von der Gemeinde mit Stellungnahme vom 21. Februar 2025 eingereichten Plänen ist in den Stockwerkeinheiten Nrn. A._____ und B._____ jeweils eine als Galerie bezeichnete Fläche eingezeichnet. Wie die Galerien konkret ausgestaltet sind, d.h. ob sie bspw. gegen den Wohnraum hin vollständig offen sind oder ob sie über einen Fallschutz/eine Abgrenzung verfügen oder nicht, geht aus den Bauplänen nicht hervor. Weitere Unterlagen wie bspw. ein Protokoll zu einer allfälligen Bauabnahme liegen nicht vor. Den von der Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 12. Dezember 2024 eingereichten Aufnahmen kann entnommen werden, dass weder die Galerien in den beiden Stockwerkeinheiten der Beschwerdeführerin, noch die Galerien in den

⁷ Brandschutznorm vom 1. Januar 2015 der Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen.

⁸ Vgl. Karte «Wohnungsinventar» auf www.are.admin.ch > Raumentwicklung & Raumplanung > Raumplanungsrecht > Zweitwohnungen.

⁹ Vgl. Baupläne in Beilage Nr. 2 zur Beschwerde vom 3. Juli 2024.

im Dachgeschoss ebenfalls vorhandenen Stockwerkeinheiten Nrn. D. _____ und E. _____ gegen den Wohnraum hin vollständig offen sind. In der Stockwerkeinheit Nr. A. _____ ist ungefähr die Hälfte der Galerie gegen den Wohnraum hin vollständig geschlossen. Die andere Hälfte ist ebenfalls mit einer Holzverkleidung versehen, welche jedoch über zwei schmale Öffnungen verfügt. In der Stockwerkeinheit Nr. B. _____ wurde der Treppenaufgang, über welchen die Galerie erschlossen wird, geöffnet, so dass die Galerie nun komfortabler zu erreichen ist. Zudem wurde die Galerie gegen den Wohnraum hin vollständig geschlossen.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, es treffe nicht zu, dass die Galerien vom übrigen Raum abgetrennt worden seien, und somit als Zimmer gelten würden. Da die Galerien nicht beheizt seien und die Nutzfläche mit einer Höhe von mind. 1.50 m aufgrund der Dachschräge weniger als 5 m² betrage, könne bei den Galerien nicht von «Zimmern» bzw. «halben Zimmern» gesprochen werden. Die Gemeinde führt aus, für die Beurteilung der Galerien sei die Praxis des kantonalen Bauinspektorats angewandt worden. Gemäss diesen Bestimmungen müsse eine Galerie seitlich vollständig offen sein, wobei eine normgerechte Absturzsicherung vorhanden sein müsse. Dabei könne es sich jedoch nicht um einen vollständig geschlossenen «Fallschutz» handeln. Die Galerien würden deshalb neu als Zimmer zählen und damit als Hauptnutzfläche gelten. Die neuen Zimmer würden nicht als vorbestehende Hauptnutzungsfläche im Sinne des ZWG gelten. Da die Erweiterung der Hauptnutzfläche jedoch weniger als 30% betrage, habe die bauliche Massnahme keine Nutzungseinschränkung zur Folge. In ihrer Stellungnahme vom 21. Februar 2025 bringt die Gemeinde sodann vor, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die bauliche Ausführung der Galerie bereits bei der Erstellung der heutigen Situation entsprochen habe.

c) Wie bereits unter Erwägung 4.c ausgeführt, dürfen altrechtliche Wohnungen grundsätzlich um höchstens 30% der vorbestehenden Hauptnutzfläche erweitert werden, ohne dass dies eine Nutzungsbeschränkung zur Folge hat (Art. 11 Abs. 2 und 3 ZWG). Zur Bestimmung des Begriffs der Hauptnutzfläche ist auf die SIA-Norm 416 «Flächen und Volumen von Gebäuden» abzustellen. Danach gelten als Hauptnutzflächen die Flächen, welche der Zweckbestimmung und Nutzung des Gebäudes im engeren Sinn dienen.¹⁰ In Wohnhäusern sind dies die Flächen, die dem Wohnen im engeren Sinn dienen, also Wohnräume, Küche, Badezimmer etc. Estriche und Kellerräume gelten als Nebennutzflächen. Sie zählen also nicht zur Hauptnutzfläche. Dies bedeutet aber nicht, dass Flächen in einem Dach- oder Untergeschoss bei der Berechnung der Hauptnutzfläche generell ausgeklammert bleiben. Auch Flächen in einem Dach- oder Untergeschoss zählen zur Hauptnutzfläche, wenn sie objektiv zum Wohnen geeignet sind. Für den Begriff der Galerie kann sodann auf die Praxis zu Art. 93 Abs. 2 Bst. b aBauV abgestellt werden, wonach eine Galerie unter anderem gegen den Wohnraum seitlich vollständig offen sein muss, um nicht an die Bruttogeschossfläche angerechnet zu werden.¹¹

Die Gemeinde führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Galerien würden aufgrund ihrer Ausgestaltung (seitlich nicht vollständig geöffnet) neu als Hauptnutzfläche im Sinne des ZWG gelten. Daraus kann geschlossen werden, dass die Galerien bisher nicht zur Hauptnutzfläche gezählt wurden. Bewilligt wurde gemäss den vorliegenden Plänen eine Galerie. Die Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. B. _____ wurde gegen den Wohnraum hin komplett geschlossen. Auch jene in der Stockwerkeinheit Nr. A. _____ ist seitlich nicht vollständig offen. Diese Ausgestaltung entspricht nicht einer Galerie im obenerwähnten Sinne. Soweit Pläne unvollständig oder missverständlich sind, fallen die Mängel auf die Bauherrschaft zurück. Nur was aus den Plänen mit hinreichender Klarheit hervorgeht, kann bewilligt und rechtskräftig werden.¹² Aus der Tatsache, dass

¹⁰ SIA-Norm 416 «Flächen und Volumen von Gebäuden», Ziff. 2.1.1.1.

¹¹ Vgl. KPG-Bulletin 1+2/1989, S. 13 ff. sowie statt vieler BDE RA 110/2012/10 vom 31. Januar 2013, E. 8.

¹² VGE 22473 vom 25.01.2006, E. 5.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 34/34a N 19a.

die Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. A. _____ allenfalls noch dem ursprünglichen baulichen Zustand entspricht und daran seit ihrer Erstellung keine baulichen Änderungen vorgenommen worden sind, kann die Beschwerdeführerin als heutige Grundeigentümerin folglich nichts zu ihren Gunsten ableiten. Für die heute bestehende Situation liegt keine Baubewilligung vor, da ursprünglich lediglich eine Galerie bewilligt wurde und der heutige Zustand nicht einer Galerie entspricht. Dabei ist unerheblich, ob der heutige Zustand dem ursprünglichen baulichen Zustand entspricht oder ob dieser zwischenzeitlich verändert wurde. Beide Galerieflächen eignen sich aufgrund ihrer Ausgestaltung sodann ohne Weiteres zum Wohnen resp. werden auch tatsächlich als Wohnraum genutzt, wie sich aus den Aufnahmen zu den Galerien in den Stockwerkeinheiten der Beschwerdeführerin ergibt. Dass die Gemeinde unter diesen Umständen annahm, die strittigen Flächen seien zur Hauptnutzfläche zu zählen, erscheint nachvollziehbar und sodann auch angezeigt. Daran ändert nichts, dass die Galerien nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht alle Voraussetzungen an einen Wohnraum erfüllen.

Bei einer Erweiterung der Hauptnutzungsfläche hat die Baubewilligungsbehörde in einem Bewilligungsverfahren den Umfang der Erweiterung zu prüfen. Wird das Mass von Art. 11 Abs. 2 ZWG überschritten, hat sie eine Nutzungsbeschränkung zu verfügen. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde von der Baubewilligungspflicht der an der Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. B. _____ vorgenommenen Änderungen resp. der bestehenden baulichen Situation in der Stockwerkeinheit Nr. A. _____ ausgegangen ist. Ausschlaggebend für das vorliegende Verfahren ist lediglich die Bejahung der Baubewilligungspflicht aufgrund der Anrechnung der Galerieflächen an die Hauptnutzfläche. Für die Frage der Bewilligungspflicht unerheblich ist hingegen, ob die Galerien aufgrund ihrer Ausgestaltung als «Zimmer» gelten, welche für die Bestimmung der Höhe der Abwassergebühren von Bedeutung sind. Zur Beurteilung des Antrags 3 der Beschwerde betreffend Abwassergebühren ist vorliegend das Regierungsstatthalteramt zuständig.

6. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Weder für den Türdurchbruch noch für die bauliche Ausgestaltung der Galerien in den Stockwerkeinheiten Nrn. A. _____ und B. _____ liegt eine Baubewilligung vor. Die Gemeinde hat in der angefochtenen Verfügung jedoch auf die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen verzichtet, mit der Begründung, die Fünfjahresfrist gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG sei bereits abgelaufen und es seien keine zwingenden öffentlichen Interessen erkennbar, welche eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erfordern würden.

b) Die Beschwerdeführerin bringt vor, da der bauliche Zustand bereits heute rechtmässig sei, entfalle die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Da kein rechtswidriger Zustand gegeben sei, brauche es überdies auch keine nachträgliche Legalisierung des Zustandes.

c) 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). Nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG).

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es 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).¹³

d) Wie in den vorangehenden Erwägungen aufgezeigt wurde, sind die vorgenommenen baulichen Vorkehren baubewilligungspflichtig. Weder für den Wanddurchbruch noch für die Änderungen an der Galerie in der Stockwerkeinheit Nr. B. _____ liegt eine Baubewilligung vor. Der heute vorhandene Zustand in der Stockwerkeinheit Nr. A. _____ entspricht sodann nicht einer Galerie und somit nicht dem bewilligten Zustand. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin besteht demnach in beiden Stockwerkeinheiten ein formell rechtswidriger Zustand, weshalb grundsätzlich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verfügt werden muss. Vorliegend hat die Gemeinde unter Berufung auf die fünfjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG auf die Wiederherstellung verzichtet. Da der Verzicht von keiner Seite angefochten wurde, erübrigt es sich zu prüfen, ob die Gemeinde zu Recht auf die Wiederherstellung verzichtet hat.

7. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, entgegen den Ausführungen der Gemeinde in der angefochtenen Verfügung sei ihr das rechtliche Gehör anlässlich der Begehung nicht gewährt worden. Ihr sei zu keiner Zeit mitgeteilt worden, dass gegen sie ein baupolizeiliches Verfahren eröffnet worden sei. Die Gemeinde bringt vor, anlässlich der Begehung sei der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör gewährt worden. Ihr sei mitgeteilt worden, dass die Abweichungen vom bewilligten Zustand entweder durch ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren legalisiert werden können, oder dass die Gemeinde in einem Baupolizeiverfahren über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes befinden müsse. Aufgrund der Aussagen der Beschwerdeführerin sei davon ausgegangen worden, dass der vorliegende Fall unkompliziert mit einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren abgeschlossen werden könne. Da kein nachträgliches Baugesuch eingegangen sei, habe sich die Gemeinde telefonisch bei der Beschwerdeführerin erkundigt. Diese habe erklärt, dass sie nicht bereit sei, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Entsprechend sei sie darüber informiert worden, dass die Gemeinde in einer Verfügung über die Wiederherstellung des bewilligten Zustandes entscheiden und gleichzeitig die Grundlage für die Gebührenerhebung festlegen werde.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG¹⁴ 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 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. Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁵

c) Mit E-Mail vom 10. November 2023 teilte die Gemeinde der Beschwerdeführerin resp. ihrem Sohn mit, dass die rechtskräftige baurechtliche Situation vor Ort Grundlage für die Erhebung der Abwassergebühren sei. An der daraufhin durchgeführten Begehung war die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen anwesend. Sie führt in ihrer Beschwerde aus, sie sei anlässlich der Begehung darauf aufmerksam gemacht worden, dass es empfehlenswert sein könnte, mittels Baube-

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 15a.

¹⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹⁵ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21 und 39.

willigung eine Rechtssicherheit zu erlangen. Daraus konnte die Beschwerdeführerin schliessen, dass die Gemeinde von einem (formell) rechtswidrigen Zustand ausgeht resp. den bestehenden baulichen Zustand als baubewilligungspflichtig erachtet. Die Beschwerdeführerin musste folglich auch damit rechnen, dass allenfalls eine (kostenpflichtige) Wiederherstellungsverfügung ergeht, sofern kein nachträgliches Baugesuch eingereicht wird. Sie hatte an der Begehung grundsätzlich Gelegenheit, sich zur von der Gemeinde vor Ort festgestellten baulichen Situation zu äussern. Dennoch wäre es angezeigt gewesen, wenn die Gemeinde der Beschwerdeführerin nach Ausbleiben des nachträglichen Baugesuchs schriftlich den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung in Aussicht gestellt hätte. Dass die Gemeinde die Beschwerdeführerin telefonisch darüber informiert hätte, dass sie eine Wiederherstellungsverfügung erlassen werde, ergibt sich nicht aus den Vorakten und gilt daher nicht als belegt. Im Vorgehen der Gemeinde ist nach dem Gesagten eine Gehörsverletzung zu erachten. Diese wiegt jedoch insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Gemeinde auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet hat, nicht besonders schwer. Auf Grund der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung sowie der Stellungnahme der Gemeinde ist die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich über den entscheiderelevanten Sachverhalt informiert. Sie konnte sich dazu im vorliegenden Verfahren denn auch äussern. Da die BVD über dieselbe Kognition verfügt wie die Gemeinde, würde eine Rückweisung nur zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung führen. Die Gehörsverletzung kann daher im Beschwerdeverfahren geheilt werden, ist jedoch bei der Verlegung der Verfahrenskosten zu berücksichtigen.

Soweit sich die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs auch auf Ziffer 3.2 des angefochtenen Entscheids beziehen sollte (Festlegung Grundlage Abwassergebühren), ist für deren Behandlung das Regierungsstatthalteramt zuständig.

8. Tragung der Kosten des baupolizeilichen Verfahrens

a) Mit Ziffer 3.4 der angefochtenen Verfügung auferlegte die Gemeinde der Beschwerdeführerin die Kosten des baupolizeilichen Verfahrens in Höhe von CHF 250.00. Die Beschwerdeführerin moniert, ihr sei zu keiner Zeit mitgeteilt worden, dass gegen sie ein Baupolizeiverfahren eröffnet worden sei. Auch von einer Kostenfolge sei nie die Rede gewesen.

b) Die Gemeinden üben im Rahmen ihrer baupolizeilichen Zuständigkeit die Aufsicht über die Einhaltung der Bauvorschriften aus (vgl. Art. 45 Abs. 2 Bst. a BauG). Sie sind verpflichtet, im Rahmen dieser Zuständigkeit alle Massnahmen zu treffen, die zur Durchsetzung der Bauvorschriften erforderlich sind.¹⁶ Die zuständige Baupolizeibehörde hat von Amtes wegen ein Wiederherstellungsverfahren einzuleiten, sobald sie Kenntnis von wesentlichen baurechtswidrigen Zuständen erhält. Sie hat mindestens zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht und ob die Wiederherstellung zu verfügen ist.¹⁷ Falls ein rechtswidriger Zustand vorliegt, hat die Baupolizeibehörde ein Verfahren einzuleiten. Wer für einen baurechtswidrigen Zustand verantwortlich ist, gilt als Verursacherin oder Verursacher eines baupolizeilichen Verfahrens und hat gemäss dem im Verwaltungsverfahrenrecht geltenden Verursacherprinzip unabhängig von einem allfälligen Verschulden die Verfahrenskosten zu tragen.¹⁸ Das Verursacherprinzip allein genügt als gesetzliche Grundlage zur Auflegung von Verfahrenskosten indessen nicht. Gemäss Art. 69 Abs. 4 Bst. b KV¹⁹ sind der Gegenstand von Abgaben, die Grundsätze ihrer Bemessung und der Kreis der Abgabepflichtigen mit Ausnahme von Gebühren in geringer Höhe in einem Gesetz im formellen Sinn

¹⁶ BVR 2011 S. 400 E. 4.4.2.

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N.

¹⁸ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 107 N. 1 f.; Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, 2014, S. 308 Rz. 755 ff.

¹⁹ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

zu regeln. Diese Bestimmung gilt als verfassungsrechtlicher Grundsatz auch für Gemeinden.²⁰ Die Gemeinde muss daher ihre Gebühren in einem Gebührentarif regeln (Art. 51 Abs. 3 BewD). Die Gemeinde Diemtigen verfügt mit ihrem Gebührenreglement²¹ und der Gebührenverordnung²² über eine genügende gesetzliche Grundlage zur Erhebung von Gebühren. In Art. 7 GebR wiederholt die Gemeinde das Verursacherprinzip: Danach schuldet Gebühren und Auslagen, wer eine Dienstleistung veranlasst oder verursacht.

c) Zwar lässt sich den Akten nicht entnehmen, dass die Gemeinde die Beschwerdeführerin explizit über die Eröffnung eines baupolizeilichen Verfahrens informiert hätte. Im Zusammenhang mit der baulichen Situation wurde jedoch eine Begehung durchgeführt. Der Beschwerdeführerin wurde anlässlich dieser Begehung mitgeteilt, dass für die nicht bewilligten baulichen Veränderungen im Interesse der Rechtssicherheit ein nachträgliches Baugesuch eingereicht werden sollte. Wie bereits unter Erwägung 7.c festgehalten, musste die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen davon ausgehen, dass die Gemeinde den baulichen Zustand als baubewilligungspflichtig einstuft und allenfalls eine Wiederherstellungsverfügung erlassen wird, sollte sie kein nachträgliches Baugesuch einreichen.

Die Gemeinde hat anlässlich der Begehung einen baurechtswidrigen Zustand festgestellt und aufgrund dessen zu Recht ein baupolizeiliches Verfahren eingeleitet. Auch wenn sie schlussendlich auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet hat, musste sie die notwendigen Abklärungen durchführen und eine entsprechende Wiederherstellungsverfügung redigieren, wodurch ihr Verfahrenskosten entstanden sind. Selbst wenn die Beschwerdeführerin den baurechtswidrigen Zustand nur teilweise selbst verursacht hat, muss sie sich als heutige Grundeigentümerin und damit als Rechtsnachfolgerin der Voreigentümerschaft den baurechtswidrigen Zustand der Baute anrechnen lassen. Die Beschwerdeführerin hat demnach die Kosten der Wiederherstellungsverfügung zu tragen, und zwar unabhängig davon, ob die Wiederherstellung angeordnet oder darauf verzichtet wurde.

9. Ergebnis und Kosten des Beschwerdeverfahrens

a) Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde ist zu bestätigen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat demnach grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²³). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Gemeinde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hat und diese Verletzung im Beschwerdeverfahren geheilt werden musste. Dies stellt einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar.²⁴ Es rechtfertigt sich daher, für die Verletzung des rechtlichen Gehörs Verfahrenskosten im Umfang von CHF 200.– nicht zu erheben.

Da keine Partei anwaltlich vertreten war, sind keine Parteikosten zu sprechen.

²⁰ Vgl. dazu Ulrich Zimmerli, Gemeinden, in: Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, hrsg. von Walter Kälin/Urs Bolz, Bern 1995, S. 208.

²¹ Gebührenreglement der Gemeinde Diemtigen vom 1. Januar 2011.

²² Gebührenverordnung der Gemeinde Diemtigen vom 1. April 2015.

²³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

²⁴ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21.

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten, soweit sie sich gegen Ziff. 3.2 (Liegenschaftsgebühren) der Verfügung der Gemeinde Diemtigen vom 3. Juni 2024 richtet. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen und die Verfügung der Gemeinde Diemtigen vom 3. Juni 2024 bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 800.- werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau C. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Diemtigen, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, per E-Mail, zur Kenntnis

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 drei 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.