

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 1. Februar 2017**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichter Daum und Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiberin Seiler

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt ...  
Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **und C.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt ...  
Beschwerdegegnerschaft

und

**Einwohnergemeinde Sigriswil**  
Baubewilligungsbehörde, Kreuzstrasse 1, 3655 Sigriswil

sowie

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern**  
Reiterstrasse 11, 3011 Bern



betreffend Baubewilligung für Ausbau Dachgeschoss (Entscheid der Bau-,  
Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 23. März 2016;  
RA Nr. 110/2015/147)

## **Sachverhalt:**

### **A.**

A.\_\_\_\_\_ ist Eigentümer der Parzelle Sigriswil Gbbl. Nr. 1\_\_\_ an der D.\_\_\_\_\_strasse 2\_\_\_ in Gunten, welche mit einem denkmalgeschützten Wohnhaus überbaut ist (schützenswertes K-Objekt). Am 29. Dezember 2014 stellte er ein Baugesuch für den Ausbau des Dachgeschosses zu einer Einzimmerwohnung (Loft). Am 1. Juni 2015 reichte er geänderte Pläne ein. Gegen das Bauvorhaben und die Projektänderung erhoben B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ Einsprache. Sie sind Eigentümer und Eigentümerin des Wohnhauses an der D.\_\_\_\_\_strasse 3\_\_\_ und 4\_\_\_, das mit demjenigen von A.\_\_\_\_\_ zusammengebaut ist. Mit Gesamtentscheid vom 24. September 2015 erteilte der Regierungsstatthalter Thun die Baubewilligung, verfügte ein Zweckentfremdungsverbot gemäss dem Erstwohnungsanteilplan (EWAP) und wies die Einsprache ab.

### **B.**

Gegen diesen Entscheid führten B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ am 23. Oktober 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Mit Entscheid vom 23. März 2016 hiess diese das Rechtsmittel gut, hob den Gesamtentscheid auf und verweigerte die Baubewilligung für das Vorhaben (Bauabschlag).

**C.**

Dagegen hat A. \_\_\_\_\_ am 25. April 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er stellt folgende Anträge:

- «1. Der Entscheid der BVE vom 23. März 2016 [...] sei aufzuheben.
2. Dem Beschwerdeführer sei die Baubewilligung für sein Bauvorhaben gemäss Baugesuch vom 29. Dezember 2014 mit Projektänderung vom 1. Juni 2015 (Baueingabe Ausbau Dachgeschoss 1:100) zu erteilen (Bestätigung des Gesamtbauentscheids des Regierungsstatthalters Thun vom 24. September 2015 ohne Auflage gemäss Dispositiv Ziff. 3.3 betreffend «Erstwohnung/Zweckentfremdungsverbot»).
3. *Eventualiter* sei der Entscheid der BVE vom 23. März 2016 aufzuheben und es sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die BVE (Vorinstanz), *subeventualiter* an das Regierungsstatthalteramt Thun (erste Instanz), zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge»

B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ schliessen mit Beschwerdeantwort vom 24. Mai 2016 auf Abweisung der Beschwerde. Die Einwohnergemeinde (EG) Sigriswil beantragt mit Stellungnahme vom 19. Mai 2016, es sei das Rechtsmittel mit Ausnahme der Forderung betreffend Aufhebung der EWAP-Pflicht gutzuheissen und der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalters Thun vom 24. September 2015 mit allen Auflagen zu bestätigen. Mit Vernehmlassung vom 19. Mai 2016 beantragt die BVE, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Der Instruktionsrichter hat in der Folge die Akten ergänzen lassen. A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ haben sich nochmals zur Sache geäußert und an ihren Anträgen festgehalten; die BVE hat auf weitere Ausführungen verzichtet.

**Erwägungen:**

**1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des

Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Baugesuchsteller durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 40 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Auf das form- und fristgerecht eingereichte Rechtsmittel ist grundsätzlich einzutreten (vgl. aber E. 1.2 hiernach).

**1.2** Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit der Beschwerdeführer beantragt, ihm sei die Baubewilligung ohne Auflage betreffend den Erstwohnungsanteil zu erteilen bzw. es sei der Gesamtentscheid des Regierungsrats vom 24. September 2015 ohne die entsprechende Dispositivziffer zu bestätigen: Der Beschwerdeführer hat den Gesamtentscheid selber nicht angefochten. Die Auflage ist damit nicht (mehr) Gegenstand des Verfahrens. Das Verwaltungsgericht kann – im für den Beschwerdeführer günstigsten Fall – nur den angefochtenen Entscheid aufheben und den Gesamtentscheid des Regierungsrats bestätigen (vgl. VGE 2015/271 vom 31.5.2016 E. 4.4, 20116 vom 20.10.1997 E. 4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 60 N. 6, Art. 69 N. 3, Art. 74 N. 8).

**1.3** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

## **2.**

**2.1** Der Beschwerdeführer beabsichtigt, den Dachstock seines Hauses zu einer Wohnung auszubauen. Im älteren nordöstlichen Teil sollen der Eingangsbereich mit WC, der Wohnbereich, die Küche und eine Loggia erstellt werden, im neueren südwestlichen Teil anstelle der bestehenden Mansarde ein Schlaf- sowie ein offenes Badezimmer. Das Bauvorhaben ergibt sich ohne weiteres aus den Projektplänen, weshalb ein Augenschein zur weiteren Klärung der örtlichen Verhältnisse nicht notwendig ist (dazu auch hinten E. 3.5). Die Vorinstanz ging von dem so umschriebenen Vor-

haben aus, weshalb ihr nicht vorzuwerfen ist, sie habe diesbezüglich den Sachverhalt unrichtig erhoben.

**2.2** Die BVE hat den Bauabschlag damit begründet, dass die minimale Grösse nach Art. 67 der Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1) für das geplante Schlafzimmer nicht eingehalten sei (angefochtener Entscheid E. 4c). Gemäss dieser Bestimmung müssen Wohn- und Arbeitsräume wenigstens eine lichte Höhe von 2,3 m aufweisen (Art. 67 Abs. 1 BauV). Als Wohnräume gelten nach Art. 63 BauV alle dauernd zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Zimmer, wie Wohn- und Esszimmer, Schlafzimmer, Kinderzimmer, Zimmer für häusliche Arbeiten. Es wird kein dauernder Aufenthalt in diesen Räumen vorausgesetzt, sondern es genügt, wenn die Räume objektiv dauernd zu diesen Zwecken bestimmt oder verwendbar sind. Dazu gehören auch Räume, die bloss zeitweise und ferienhalber benützt werden (BVR 1987 S. 356 E. 7b; VGE 2014/304 vom 12.3.2015 E. 4.3, 21039 vom 29.4.2002 E. 5a). In abgeschrägten Räumen muss die Mindesthöhe wenigstens über zwei Dritteln, bei Einfamilienhäusern über der Hälfte der anrechenbaren Bodenfläche vorhanden sein (Art. 67 Abs. 2 BauV). Raumteile mit einer lichten Höhe unter 1,5 m werden nicht an die Bodenfläche angerechnet (Art. 67 Abs. 3 BauV). – Nach den Angaben in den Plänen hat das geplante Schlafzimmer eine Fläche von 15,48 m<sup>2</sup>, wobei die anrechenbare Bodenfläche nach der Vorinstanz 8,28 m<sup>2</sup> beträgt (Raumhöhe über 1,5 m). Die vorgeschriebene lichte Höhe von 2,3 m wird nur über einer Bodenfläche von rund 2,5 m<sup>2</sup> eingehalten und besteht damit über deutlich weniger als zwei Dritteln der anrechenbaren Fläche. Soweit der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen, die Wohnung sei «loftartig» ausgestaltet, geltend machen will, der nordöstliche Wohnraum sei in die Berechnung einzubeziehen, kann ihm nicht gefolgt werden; das geplante Schlafzimmer ist baulich von den übrigen Räumen der Wohnung abgetrennt (bewilligte Pläne, Ansicht Dachgeschoss, act. 4B1).

**2.3** Der Beschwerdeführer bestreitet die Berechnungen der BVE denn auch nicht. Ursprünglich hatte er eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG beantragt. Auch vor der Vorinstanz stützte er sich noch auf diese Bestimmung (Vorakten BVE, act. 4A pag. 40 f.). Vor Verwaltungsgericht

bringt er erstmals vor, nach der Projektänderung vom Juni 2015 sei er auf eine Ausnahmegewilligung nicht mehr angewiesen, da sich die Zulässigkeit des Ausbaus aus dem Besitzstandsschutz ergebe, den die bestehende Mansarde und ihre Nutzung als Wohnraum geniessen würden (Beschwerde S. 9). Er hat damit deutlich zum Ausdruck gebracht, am Gesuch um eine Ausnahmegewilligung nicht mehr festzuhalten. Eine solche steht folglich nicht mehr zur Diskussion, da von Amtes wegen keine Ausnahmegewilligung erteilt wird (BVR 2009 S. 87 E. 4.3). Abgesehen davon wären die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 26 BauG bzw. eine Ermächtigung nach Art. 62 Abs. 2 BauV soweit ersichtlich nicht erfüllt (vgl. angefochtener Entscheid E. 5).

### **3.**

**3.1** Vor Verwaltungsgericht bringt der Beschwerdeführer vor, die lichte Höhe sei einzig im Schlafbereich unterschritten. Dort bestehe bereits heute eine Mansarde, die zu Wohnzwecken genutzt werde. Der geplante Schlafraum entspreche ihr mehr oder weniger, weshalb der Umbau mit Blick auf den Besitzstandsschutz bewilligt werden könne. Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung darauf hingewiesen, der Besitzstandsschutz sei im Verfahren vor der BVE kein Thema gewesen. Der geplante Ausbau falle ohnehin nicht unter die Besitzstandsgarantie, da er eine neubauähnliche Umgestaltung darstelle (act. 4).

**3.2** Aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen werden in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt (Art. 3 Abs. 1 BauG). Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (Art. 3 Abs. 2 BauG). Davon nicht gedeckt sind der Abbruch und Wiederaufbau einer Baute oder Anlage sowie deren neubauähnliche Umgestaltung (BVR 2009 S. 514 E. 3.3; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 3a). Denn die Norm bezweckt den Schutz der ursprünglichen, unter altem Recht getätigten baulichen Investition und kommt dort nicht zum Tragen, wo diese bereits vernichtet worden ist (BVR 2001 S. 125 E. 3; VGE 2016/52 vom 20.12.2016 E. 4.4.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3

N. 3b). Damit der Besitzstandsschutz überhaupt angerufen werden kann, muss die Baute bewilligt worden sein, wobei nicht vorausgesetzt ist, dass die Bewilligung seinerzeit materiell rechtmässig war. Geschützt wird auch eine Baute, die zwar nicht bewilligt wurde (formell rechtswidrig), aber hätte bewilligt werden können (materiell rechtmässig; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2 mit Hinweisen). Wenn das Recht nicht geändert hat, wendet die Gerichtspraxis auf bewilligte Bauten, die von Anfang an materiell rechtswidrig waren, Art. 3 BauG analog an (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2c mit Hinweisen u.a. auf BVR 2009 S. 514 E. 5.1).

**3.3** Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest (sog. Untersuchungsgrundsatz; Art. 18 Abs. 1 VRPG). Sie sind gehalten, den rechtserheblichen Sachverhalt von sich aus richtig und vollständig abzuklären (vgl. BVR 2016 S. 65 E. 2.3, 2013 S. 311 E. 5.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 1). Der Untersuchungsgrundsatz wird durch die Pflicht der Parteien begrenzt, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken, wenn sie aus einem Begehren eigene Rechte ableiten (sog. Mitwirkungspflicht; Art. 20 Abs. 1 VRPG). Kann die Behörde den Sachverhalt nach Massgabe dieser Grundsätze nicht mit genügender Klarheit erstellen, kommt die allgemeine Beweislastregel zum Zug, wonach zu Ungunsten derjenigen Person zu entscheiden ist, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können (vgl. Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]; BVR 2016 S. 65 E. 2.8.1, 2013 S. 497 E. 4.6, je mit Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 6).

**3.4** Es ist unklar, wann die Mansarde erstellt wurde. Fest steht, dass das heute vorhandene Dachfenster, die einzige Lichtquelle der Mansarde, erst nach 1995 eingebaut wurde (vgl. Fotoaufnahmen der Beschwerdegegnerschaft, act. 5A Beilage 2). Es ist daher davon auszugehen, dass die Mansarde zeitgleich und damit nach Inkrafttreten von Art. 67 BauV (1.1.1986) erstellt wurde. Die vom Beschwerdeführer eingereichten Fotografien aus dem frühen 20. Jahrhundert vermögen das Gegenteil nicht zu beweisen, sind darauf im Dachgeschoss doch höchstens kleine Dachluken zu erkennen (act. 17A Beilagen 1-3), die 1995 offensichtlich nicht mehr bestanden. Selbst wenn um 1909 Dachfenster bestanden haben sollten,

könnte der Besitzstandsschutz nach ihrer Entfernung nicht mehr angerufen werden (vorne E. 3.2). Der Innenausbau der Mansarde lässt ebenfalls den Schluss zu, dass diese jüngerer Datums ist (Beschwerde S. 6). Da sie nach Angabe des Beschwerdeführers zu Wohnzwecken genutzt worden ist und objektiv dazu genutzt werden kann (vorne E. 2.2), hätte sie bereits bei ihrem Einbau die lichte Höhe einhalten müssen. Sie war daher von Beginn weg materiell rechtswidrig. Der Einbau des Dachflächenfensters war so- dann – unabhängig von seiner Grösse – bewilligungspflichtig, da es sich um ein besonders schutzwürdiges Gebäude handelt (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. c des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1] in der ursprünglichen Fassung [BAG 94-77] im Umkehrschluss; sodann dieselbe Bestimmung in der Fas- sung vom 6.9.2000 [BAG 00-128] und im heutigen Art. 6 Abs. 1 Bst. g i.V.m. Art. 7 Abs. 2 BewD). Seit der Revision vom 6. September 2000 ist zudem die Änderung von Raumstrukturen in erhaltens- und schützenswer- ten Baudenkmalern bewilligungspflichtig (Art. 4 Abs. 2 Bst. b und c BewD in der Fassung vom 6.9.2000; heute: Art. 6 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Art. 7 Abs. 2 BewD). Der Besitzstandsschutz kann folglich nur dann angerufen werden, wenn die Mansarde und das Dachfenster formell bewilligt worden sind.

**3.5** Der Beschwerdeführer hat keine Baubewilligung für die Mansarde eingereicht. Auf die Aufforderung des Instruktionsrichters hin, die Akten sämtlicher bisheriger Baubewilligungs- und Baupolizeiverfahren betreffend die Parzelle Nr. 1\_\_\_ einzureichen, hat die Gemeinde die Akten zu den Baugesuchen Nr. 938/003-2015 (vorliegendes Umbauprojekt) sowie Nr. 938/080-2002 (vorab Umbau des zweiten Obergeschosses) vorgelegt. Der Beschwerdeführer bringt hierzu vor, er habe die Liegenschaft erst 2013 gekauft. Sie sei lange zuvor mehrfach umgebaut worden, wofür er keine sachdienlichen Dokumente habe. Auch die Gemeinde scheine nur unvoll- ständig dokumentiert zu sein, da die «teilweise grösseren Umbauten [...] sicher nicht ohne Baubewilligung erfolgt seien». Es sei deshalb nicht mehr nachvollziehbar, was wann genau bewilligt worden sei. Die Mansarde müs- se seit Jahren bestehen und aus dem Umstand, dass ältere Baubewilli- gungsakten fehlten, dürfe nicht geschlossen werden, dass der bestehende Mansardenbereich ohne Bewilligung erstellt worden sei (Replik vom 27.9.2016 Ziff. 2 und 4). Diese Ausführungen überzeugen nicht: Gemein-

den müssen Baubewilligungsakten seit mindestens 1999 dauernd aufbewahren (vgl. Weisungen des Amtes für Gemeinden und Raumordnung zu den Gemeindearchiven und zur Aktenaufbewahrung in der Gemeinde vom 10.6.1999 und vom 24.9.2007 [BSIG Nr. 1/170.111/3.1; in Kraft bis zum 31.12.2014]; Art. 11 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes vom 31. März 2009 über die Archivierung [ArchG; BSG 108.1] i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 4. November 2009 über die Archivierung [ArchV; BSG 108.111] und Ziff. 7.9 Anhang 1 zu Art. 6 Abs. 1 der Direktionsverordnung vom 20. Oktober 2014 über die Verwaltung und Archivierung der Unterlagen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften nach Gemeindegesetz und deren Anstalten [ArchDV Gemeinden; BSG 170.711]; vgl. dazu auch BVR 2015 S. 557 E. 3.6). Auch wenn nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass zwischen 1995 und 2002 ein Baugesuch gestellt wurde, welches im Gemeindearchiv nicht (mehr) vorhanden ist, so ist jedenfalls nicht erstellt, dass für die Mansarde und das Dachfenster jemals eine Baubewilligung erteilt wurde. Wie der Beschwerdeführer selber ausführt, bringen die Baugesuchsakten aus den Jahren 2002/2003 keine Erkenntnisse für das vorliegende Verfahren (Replik vom 27.9.2016 Ziff. 4). Ein Augenschein verspricht hierzu keine weiteren Erkenntnisse. Ebenso wenig erlaubt eine Instruktionsverhandlung mit Befragung der Parteien oder Dritter zuverlässige Rückschlüsse auf die bewilligte Situation; die entsprechenden Beweisanträge werden abgewiesen (vgl. zur sog. antizipierten Beweiswürdigung statt vieler BVR 2015 S. 557 E. 3.8, 2012 S. 252 E. 3.3.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 9 f.).

**3.6** Unter diesen Umständen wäre es am Beschwerdeführer gewesen, die Bewilligung aufzutreiben und einzureichen. Nach den Regeln der Beweislast hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (vorne E. 3.3). Die Unterschreitung der lichten Höhe kann folglich nicht gestützt auf den Besitzstandsschutz bewilligt werden, weshalb der Bauabschlag schon aus diesem Grund zu bestätigen ist. Ausführungen zum Parkplatznachweis, zur Erschliessung oder zu den Brandschutzvorschriften erübrigen sich damit. Auch die Vorinstanz musste nach dem Gesagten keine weiteren Abklärungen treffen. Sie hat weder den Untersuchungsgrundsatz noch den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt.

**4.**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Er hat der Beschwerdegegnerschaft die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerschaft die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf Fr. 3'866.40 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
  - dem Beschwerdeführer
  - der Beschwerdegegnerschaft
  - der Einwohnergemeinde Sigriswil
  - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bernund mitzuteilen:
  - dem Regierungsstatthalteramt Thun

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.