

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2016/103 vom 11.10.2016).

RA Nr. 110/2015/167

Bern, 15. März 2016

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **C.** _____
Beschwerdeführer 3

Herrn **D.** _____
Beschwerdeführer 4

Frau **E.** _____
Beschwerdeführerin 5

Herrn **F.** _____
Beschwerdeführer 6

Frau **G.** _____
Beschwerdeführerin 7

Herrn **H.** _____
Beschwerdeführer 8

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt I. _____

und

Herrn **J.** _____
Beschwerdegegner 1

Frau **K.** _____
Beschwerdegegnerin 2



sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wilderswil, Bauverwaltung, Kirchgasse 31,
3812 Wilderswil

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wilderswil vom
17. November 2015 (4.301.02154/02; Umnutzung der Dachgeschosse)

I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Wilderswil stellte anlässlich der Bauabnahme vom 10. Juli 2014 fest, dass die Ausführung der beiden Zweifamilienhäuser von der erteilten Baubewilligung abwich. Am 11. Juli 2014 reichte die Beschwerdeführerin 1 ein nachträgliches Baugesuch ein für die Balkone an den Südfassaden sowie die Umnutzung der Dachgeschosse als Wohnräume. Für das Unterschreiten der Raumhöhe gemäss Art. 67 BauV¹ beantragte sie eine Ausnahmegewilligung. Die Gebäude liegen auf Parzelle Wilderswil Grundbuchblatt Nr. L._____ am M._____weg in Wilderswil. Die Parzelle befindet sich in der Mischzone B. In dieser Zone sind maximal zwei Geschosse zulässig. Gegen das Bauvorhaben erhoben die Beschwerdegegner Einsprache. Die Gemeinde führte mit der Beschwerdeführerin 1 verschiedene Besprechungen und holte beim Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli einen Amtsbericht ein zur Frage, ob für das Bauvorhaben eine Ausnahme von Art. 67 Abs. 2 BauV bewilligt werden könnte. Mit Schreiben vom 18. Mai 2015 teilte die Gemeinde Wilderswil den Parteien mit, dass sie beabsichtige, keine Ausnahme zu Art. 67 Abs. 2 BauV zu erteilen. Mit Verfügung vom 6. Juli 2015 und 26. August 2015 beteiligte die Gemeinde die neuen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer von Amtes wegen am Verfahren.

2. Mit Entscheid vom 17. November 2015 erteilte die Gemeinde für die Balkone an den Südfassaden die nachträgliche Baubewilligung. Für die Umnutzung der unbewohnten Nebenräume in Wohnräume verfügte sie den Bauabschlag. Zur Begründung führte sie aus, die Räume erfüllten mit einer anrechenbaren Fläche von 39.5 m², von welcher nur 17.3 m² die Minimalhöhe von 2.3 m einhalten, die Anforderungen von Art. 67 Abs. 2 BauV an Wohn- und Arbeitsräume nicht. Eine Ausnahmegewilligung könne nicht erteilt werden.

¹ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

Dementsprechend ordnete sie den Einbau von Trennwänden an, so dass die Mindesthöhe von 2.3 m über der Hälfte der anrechenbaren Bodenfläche eingehalten ist. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme an.

3. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 17. Dezember 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Umnutzung des Dachgeschosses sei ganz oder zumindest teilweise zu bewilligen. Eventualiter sei auf die Wiederherstellung zu verzichten. Zudem seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens auf maximal Fr. 2'297.– zu reduzieren.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², holte die Vorakten sowie die Stellungnahme der Vorinstanz ein. Diese beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegner verlangen sinngemäss ebenfalls die Bestätigung des angefochtenen Entscheids sowie die Abweisung der Beschwerde.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Angefochten sind ein Bauentscheid und eine Wiederherstellungsverfügung. Nach Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG³ können Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Gemäss

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191).

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721).

Art. 46 Abs. 2 BauG ist eine Wiederherstellungsverfügung (auch) an die Grundeigentümer zu richten, selbst wenn sie die Störung nicht selber verursacht haben. Als notwendige Partei sind sie daher ebenfalls zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerdeführerin 1, deren nachträgliches Baugesuch abgewiesen wurde, sowie die Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer sind durch den vorinstanzlichen Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden rügen, sie hätten bei der Vorinstanz verlangt, dass beim kantonalen Bauinspektor des Amts für Gemeinden und Raumordnung (AGR) ein Bericht zur Handhabung von Art. 67 Abs. 2 BauV eingeholt werde. Diesen Beweisantrag habe die Vorinstanz nicht behandelt und damit ihr rechtliches Gehör verletzt.

b) Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist eine grundlegende Verfahrensgarantie.⁴ Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung verpflichtet er die Behörden grundsätzlich, rechtzeitig und formangebrachte Beweise abzunehmen soweit diese für den Entscheid wesentlich sind.⁵ Eine Verfügung muss die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe enthalten, auf die sie sich stützt (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG).⁶ Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid sachgerecht anfechten können. Deshalb muss die Behörde mindestens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Sie muss sich dabei nicht ausdrücklich mit jeder Behauptung zum Sachverhalt und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.⁷

c) Die Gemeinde hat bereits in ihrem Schreiben vom 6. Juli 2015 ausgeführt, weshalb sie das Einholen einer Stellungnahme beim Bauinspektor als nicht sinnvoll erachte. Der

⁴ Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. April 1999 (BV; SR 101); Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 18 N. 10.

⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁷ BGE 134 I 83 E. 4.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 52 N. 6 ff.

Entscheid setzt sich mit den wesentlichen Argumenten der Beschwerdeführenden auseinander. Die Gemeinde legt anschaulich dar, weshalb sie zum Schluss kommt, dass Art. 67 Abs. 2 BauV weiterhin anwendbar ist und weshalb die Nutzung des gesamten Dachraumes als Wohnraum dieser Norm widerspricht. Die Beschwerdeführenden konnten den Entscheid auch gehörig anfechten. Indem sich die Gemeinde in ihrem Entscheid mit dem Beweisantrag nicht im Speziellen auseinandersetzte und ihn nicht förmlich ablehnte, verletzte sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden nicht. Die Rüge erweist sich als unbegründet.

3. Gültigkeit von Art. 67 Abs. 2 BauV

a) Gemäss Artikel 67 Abs. 2 BauV muss die Mindesthöhe (von 2.3 m) in abgeschrägten Räumen bei Einfamilienhäusern über der Hälfte der anrechenbaren Bodenfläche vorhanden sein. Die Beschwerdeführenden machen geltend, Art. 67 Abs. 2 BauV dürfe nicht mehr angewendet werden, da der Kanton Bern der interkantonalen Vereinigung für die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB) beigetreten sei und diese keine Vorschriften zur Mindesthöhe von Wohn- und Arbeitsräume festlege.

b) Die IVHB definiert die Baubegriffe sowie die Messweisen im Bauwesen. Bei deren Ausarbeitung standen insbesondere die Harmonisierung der Gebäudedimensionen, der Abstandsvorschriften und deren Differenzierung nach Gebäudetypen sowie des Verhältnisses von Gebäudegrössen zu Grundstücken im Fokus. Auch nach dem Beitritt zu dieser Vereinigung sind die Konkordatskantone und ihre Gemeinden hingegen weiterhin für die Festlegung der konkreten Masse zuständig.⁸ Bei den gesundheitspolizeilichen Vorschriften gemäss Art. 62 ff. BauV, wozu auch Art. 67 Abs. 2 BauV gehört, handelt es sich weder um Baubegriffe noch um Messweisen, sondern um materiell-rechtliche Baubestimmungen. Diese werden von der IVHB nicht umfasst. Der Beitritt des Kantons Bern zur IVHB beeinflusst die Anwendbarkeit von Art. 67 Abs. 2 BauV nicht.

⁸ Vortrag der Justiz-, Gemeinden und Kirchendirektion an den Regierungsrat zur Verordnung über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV), S. 2 f.

4. Auslegung von Art. 67 Abs. 2 BauV

a) Die Beschwerdeführenden vertreten die Auffassung, Art. 67 Abs. 2 BauV sei nicht mehr zeitgemäss. Insbesondere gebe es im vorliegenden Fall keine konkreten Interessen zu schützen, da die Wohnräume von den Eigentümerinnen und Eigentümer selber bewohnt würden. Die künstliche Verkleinerung der Räume führe vielmehr zu einer Verschlechterung des Raumklimas. Es gebe dementsprechend keine Gründe, weshalb der durch die sichtbare Dachkonstruktion erreichte Charme zunichtegemacht werden müsste.

b) Ist die Anwendung einer Norm umstritten, ist deren Sinngehalt durch Auslegung zu ermitteln. Ausgangspunkt bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht eindeutig, muss unter Einbezug der übrigen Auslegungsmöglichkeiten nach der Lösung gesucht werden, die insbesondere mit Blick auf die Wertentscheidung des Gesetzgebers am meisten überzeugt. Dabei sind der Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen, die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Norm zu berücksichtigen.⁹ Vom unmissverständlichen Wortlaut darf ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.¹⁰

c) Gemäss Art. 67 Abs. 1 BauV müssen Wohn- und Arbeitsräume wenigstens eine Höhe von 2.3 m aufweisen. In abgeschrägten Räumen muss die Mindesthöhe wenigstens über zwei Drittel, bei Einfamilienhäusern über die Hälfte der anrechenbaren Bodenfläche vorhanden sein. Die Bodenfläche von Wohnräumen muss wenigstens 8 m² betragen. Raumteile mit einer lichten Höhe unter 1.5 m werden nicht angerechnet (Art. 67 Abs. 2 und 3 BauV). Der Wortlaut dieser Bestimmung lässt nur die Auslegung zu, dass die Hälfte der anrechenbaren Fläche von Wohn- und Arbeitsräumen (über 1.5 m) mindestens eine lichte Höhe von 2.3 m aufweisen muss. Das bedeutet, dass das Verhältnis der Fläche, welche die Mindesthöhe einhält, zur anrechenbaren Fläche entscheidend ist. Auch der Blick auf die Entstehungsgeschichte bestärkt diese Auslegung. Die Änderung der BauV im Jahr 1985, wonach nur Raumteile mit einer lichten Höhe von 1.5 m bei der anrechenbaren Fläche zu berücksichtigen sind,¹¹ zeigt auf, dass zwar die Fläche mit einer sehr niedrigen

⁹ VGE 2015/98 vom 20.01.2016, E. 2.3.

¹⁰ BVR 2015 S. 450 E. 4.1.

¹¹ Vgl. Art. 80 Bauverordnung vom 26. November 1970.

Höhe unberücksichtigt bleiben kann, aber dass bei Wohn- und Arbeitsräumen ein gewisser Anteil der anrechenbaren Fläche die Mindesthöhe einhalten muss. Art. 67 Abs. 2 BauV ist eine von mehreren gesundheitspolizeilichen Bestimmungen. Diese legen im Interesse der öffentlichen Gesundheit Mindestanforderungen an Wohn- und Arbeitsräume fest. Damit soll sichergestellt werden, dass Räume, die der dauernden Nutzung zugeführt werden, so ausgestaltet sind, dass sie die Gesundheit der Bewohnerinnen und Bewohner bei objektiver Betrachtung nicht gefährden. Die Bestimmungen legen die Anforderungen abstrakt fest und sorgen damit dafür, dass Bauvorhaben im Generellen gewisse Mindestanforderungen einhalten. Dementsprechend sind nicht die Bedürfnisse der einzelnen Bewohnerin oder des einzelnen Bewohners entscheidend und das Einverständnis, resp. der Wunsch der Eigentümerinnen und Eigentümer ändert nichts an der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen. Andernfalls könnte mit dem Argument der Zustimmung der Eigentümerinnen und Eigentümer sämtlichen gesundheitspolizeilichen Bestimmungen die Geltungskraft abgesprochen werden. Dem Umstand, dass den Bewohnerinnen und Bewohner eines Ein- oder Zweifamilienhauses auch Wohnflächen zur Verfügung stehen, welche in aller Regel keine Dachschräge aufweisen, trägt Art. 67 Abs. 2 BauV dadurch Rechnung, dass nicht wie bei Mehrfamilienhäusern zwei Drittel sondern nur die Hälfte der anrechenbaren Fläche der Mindesthöhe entsprechen muss. Auch die Suche nach dem Sinngehalt der Norm führt demnach zum Ergebnis, dass dieser Artikel Anforderungen an die Mindesthöhe von Wohnräumen festlegt, resp. bei abgeschrägten Räumen ein gewisses Verhältnis der Bodenfläche, welche eine Höhe von mindestens 2.3 m aufweist und der anrechenbaren Bodenfläche verlangt.

d) Die Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungselemente führt zum selben Ergebnis, das bereits der Wortlaut der Bestimmung vermuten lässt. Wohn- und Arbeitsräume von Einfamilienhäusern müssen über der Hälfte der anrechenbaren Fläche eine lichte Höhe von mindestens 2.3 m aufweisen. Die anrechenbaren Flächen der Dachräume der beiden Zweifamilienhäuser betragen gemäss dem Grundrissplan Dachgeschoss vom 11.07.2014 je 39.5 m², wovon nur 17.3 m² eine Mindesthöhe von 2.3 m aufweisen. Die Beschwerdeführenden haben dabei auch die Treppenhäuser berücksichtigt. Da diese zu den angrenzenden Wohnräumen offen sind, ist diese Berechnung nicht zu beanstanden. Die Räume entsprechen jedoch den Anforderungen von Art. 67 Abs. 2 BauV nicht.

e) Diese Bestimmung verbietet Räumlichkeiten mit einer Dachschräge und dem damit verbundenen Charme nicht grundsätzlich. Wenn die baurechtlichen Bestimmungen eingehalten sind, sind solche Räume durchaus bewilligungsfähig. Hingegen können die gesundheitspolizeilichen Vorschriften nicht mit dem Hinweis auf charmante Räumlichkeiten ausser Kraft gesetzt werden. Auch der Umstand, dass durch das Abtrennen von Raum Nebenräume, resp. Estriche entstehen, welche eine tiefe Höhe aufweisen und entsprechend schlechter gereinigt werden können, beeinflusst die Anwendbarkeit von Art. 67 Abs. 2 BauV nicht. Diese Argumente führen dementsprechend nicht zu einem anderen Ergebnis. Diese Rügen erweisen sich als unbegründet.

5. Ausnahmbewilligung

a) Die Beschwerdeführenden sind der Meinung, einer allfälligen Ausnahmbewilligung stünden weder öffentliche noch nachbarliche Interessen entgegen. Im Gegenteil diene diese dem Gebot der haushälterischen Bodennutzung.

b) Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Eine Ausnahmbewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmbewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte. Bei der Beurteilung, ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, ist das Interesse des Bauherrn an der Ausnahme, die Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und die Art sowie das Mass der verlangten Abweichung zu berücksichtigen.¹²

¹² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26/27 N. 4.

c) Die Beschwerdeführenden erläutern nicht, inwiefern besondere Verhältnisse ausnahmsweise ein Abweichen von der gesetzlichen Vorschrift zu rechtfertigen vermögen. Eine spezielle Situation, welcher nur mittels einer Ausnahmegewilligung gerecht werden könnte, ist auch nicht ersichtlich. Von den gesundheitspolizeilichen Mindestvorschriften ist nicht leichthin abzuweichen. Die Beschwerdeführerin 1 hat die Gebäude neu erstellt. Es wäre für sie ohne weiteres möglich gewesen, ein Bauvorhaben zu realisieren, das den baurechtlichen Normen entsprochen hätte. Der Ausbaustandard Minergie P wäre dem nicht entgegengestanden und die tatsächlich nutzbare Fläche hätte nur um wenige Quadratmeter reduziert werden müssen. Es liegt kein vernünftiger Grund vor, der ein Abweichen von den geltenden Vorschriften legitimierte. Obwohl die Ziele der Vorschrift auf Grund der Grösse des Raumes nicht stark gefährdet würden, verlangen die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit deren Einhalten. Für das Unterschreiten der Mindesthöhe im Bereich des Dachraumes kann keine Ausnahmegewilligung erteilt werden.

6. Gleichbehandlung im Unrecht

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, Art. 67 Abs. 2 BauV werde von der Gemeinde nicht mehr oder nicht konsequent angewendet. Als Beispiel verweisen sie auf die Personalthäuser des Hotels N._____. Die Gemeinde habe den Beweisantrag der Baugesuchstellerin abgelehnt und die Frage offen gelassen, was vermuten lasse, dass sie damit ins Schwarze getroffen habe.

b) Das Gebot rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV¹³ ist ein verfassungsmässiges Recht. Die Rechtsgleichheit gebietet, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.¹⁴ Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Rechtsgleichheitsprinzip, und damit dem Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, in der Regel vor. Auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht ausnahmsweise ein Anspruch, wenn die Behörde nicht nur in einem oder einigen Fällen,

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁴ Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013, S. 414.

sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform handeln werde. Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, können öffentliche Interessen oder berechtigte Interessen Dritter an einer gesetzmässigen Rechtsanwendung der Gleichbehandlung im Unrecht entstehen.¹⁵ Bei einer erstmaligen gerichtlichen Überprüfung ist zudem davon auszugehen, dass die Behörde eine rechtswidrige Praxis anpasst.¹⁶

c) Bereits im Schreiben vom 18. Mai 2015 hat die Gemeinde ausgeführt, dass bei dem von der Baugesuchstellerin geltend gemachten Vergleichsobjekt keine Ausnahmegewilligung erteilt worden sei, aber dass die Raumhöhe anhand der Pläne nicht mehr abschliessend festgestellt werden könne. Daraus resultiere aber für die Baugesuchstellerin keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Die Gemeinde hat mit diesen Ausführungen zum Ausdruck gebracht, dass sie keine gesetzeswidrige Auslegungspraxis der kantonalen Norm verfolgt. Dementsprechend kann offen gelassen werden, ob die Personalhäuser des Hotels N._____ mit den Zweifamilienhäusern überhaupt vergleichbar wären. Die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht sind nicht erfüllt. Zudem wäre auf Grund der nun erfolgten oberinstanzlichen Beurteilung ohnehin davon auszugehen, dass die Gemeinde die kantonale gesundheitspolizeiliche Norm in Zukunft rechtskonform anwenden wird. Auch diese Rüge erweist sich somit als unbegründet.

Insgesamt erweist sich die Umnutzung der gesamten Dachgeschosse der beiden Zweifamilienhäuser zu Wohn- und Arbeitsräumen als nicht bewilligungsfähig.

7. Teilweise Baubewilligung

a) Die Beschwerdeführenden beantragen, falls wider Erwarten die Wohnnutzung des gesamten Dachgeschosses nicht bewilligt und auf die Wiederherstellung nicht verzichtet werden könne, so sei die Wohnnutzung mit Trennwänden zu bewilligen. Das sei vermutlich auch die Meinung der Vorinstanz gewesen.

¹⁵ BGer 1C_400/2014 vom 04.12.2014, E. 2.3.

¹⁶ BGer 1C_414/2015 vom 10.02.2016, E. 4.2.

b) Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist gegebenenfalls zu prüfen, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann (Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG). Der Dachraum ist sowohl genügend belichtet als auch belüftet. Das Baureglement der Gemeinde Wilderswil sieht insbesondere auch keine Beschränkung der Ausnützung von Grundstücken für die Mischzone B vor. Abgesehen von Art. 67 Abs. 2 BauV hält das Bauvorhaben die baurechtlichen Normen ein. Da die Vorinstanz auch nur den Einbau von Trennwänden verlangte, kann davon ausgegangen werden, dass dies auch der Meinung der Vorinstanz entspricht. Dementsprechend können im Bereich der Dachräume Wohn- und Arbeitsräume, die über der Hälfte der anrechenbaren Bodenfläche eine lichte Höhe von 2.3 m oder mehr aufweisen, bewilligt werden.

8. Wiederherstellung

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, auf die Wiederherstellung sei zu verzichten, da es keinen Grund gebe, den Einbau von Trennwänden zu verlangen. Der Zweck der Norm könne mit dem Einbau von Trennwänden nicht erreicht werden. Dementsprechend bestehe kein öffentliches Interesse an der beabsichtigten Massnahme. Im Gegenteil, die künstliche Verkleinerung des Raumes verschlechtere die Wohnqualität.

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 dem jeweiligen Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 BauG). Mit der Wiederherstellungsverfügung wird die Beseitigung des widerrechtlich herbeigeführten Sachverhaltes angeordnet. Nur wenn sich die Wiederherstellung als unverhältnismässig erweist oder Gründe des Vertrauensschutzes entgegenstehen, kann ausnahmsweise darauf verzichtet werden.¹⁷ Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist gross, da die konsequente Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen im generellen Interesse der Allgemeinheit liegt. Hingegen fehlt es, wenn das angestrebte Ziel mit der Wiederherstellung nicht erzielt werden kann.¹⁸

¹⁷ BGE 136 II 359 E. 6.

¹⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O. Art. 46 N 9a.

c) Die Wiederherstellung ist somit die Regel. Mit dem Einbau von Trennwänden auf einer Seite der grossen Räume kann ohne weiteres bewirkt werden, dass die Räume das notwendige Verhältnis zwischen der anrechenbaren Fläche mit einer Höhe ab 1.5 m und der Fläche mit der Mindesthöhe von 2.3 m einhalten. Es sind auch keine anderen Massnahmen ersichtlich, mit welchen dasselbe Resultat erzielt werden könnte. Das private Interesse der Beschwerdeführenden am Beibehalten des rechtswidrigen Zustandes bezieht sich in erster Linie auf die weitere Nutzung der gesamten Räume zu Wohnzwecken. Allerdings führt das Einbauen von Trennwänden nicht dazu, dass diese Räumlichkeiten nicht mehr genutzt werden können. Als Estriche können sie den Bewohnerinnen und Bewohnern weiterhin dienen. Die Trennwände generieren zudem keine Wärmebrücken und allfälligen Lüftungsschwierigkeiten kann mit geeigneten Massnahmen begegnet werden. Da die Beschwerdeführerin 1 bei einem der Gebäude bereits Trennwände eingebaut hat, belaufen sich die zusätzlichen Kosten für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes noch auf ca. Fr. 3'500.00.¹⁹

Die Gebäude reizen mit einer Kniewandhöhe von ca. 0.6 m und einer Gebäudehöhe von 6 m die zulässigen Masse aus. Dies deutet darauf hin, dass sich die Beschwerdeführerin 1 als Bauherrin mit den baurechtsrelevanten Normen auseinandergesetzt hat. Bei der von ihr als erfahrene Bauherrin zu erwartenden Sorgfalt hätte sie zudem ohnehin erkennen müssen, dass das Ausbauen der gesamten Dachgeschosse zu Wohnzwecken mit Art. 67 Abs. 2 BauV nicht vereinbar ist. Indem sie im ursprünglichen Baubewilligungsverfahren die Bewilligung der Dachgeschosse als Estriche beantragte, dieses aber schliesslich für Wohnzwecke ausbauen liess, hat sie im baurechtlichen Sinn bösgläubig gehandelt. Dieses Handeln müssen sich auch die heutigen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer zurechnen lassen. Das Interesse der Beschwerdeführenden an der Beibehaltung der momentanen Situation wird daher nur in geringem Mass berücksichtigt.²⁰ Demgegenüber wiegen die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung der baurechtlichen Grundordnung aber auch der Schutz der öffentlichen Gesundheit erheblich. Somit ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in Bezug auf den nicht bewilligungsfähigen Wohnraum im Dachgeschoss zumutbar und damit insgesamt verhältnismässig.

¹⁹ Vgl. Vorakten pag. 12.

²⁰ Vgl. BGE 132 II 21 E. 6.4.

9. Beweisabnahme

a) Die Beschwerdeführenden verlangen die Durchführung eines Augenscheins, damit die Praxis der Gemeinde abgeklärt werden könne.

b) Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest; sie sind nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden (Art. 18 VRPG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG) verpflichtet aber die Behörden, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese nötig sind für die Klärung des Sachverhalts. Wenn die Behörde bei freier, pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, so kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.²¹

c) Wie bereits ausgeführt, verletzt das Verhalten der Gemeinde das Rechtsgleichheitsgebot nicht. Ob die Gemeinde in Einzelfällen allenfalls Art. 67 Abs. 2 BauV nicht stringent angewendet hat, beeinflusst diese Beurteilung nicht. Dementsprechend ergibt sich der für den Entscheid relevante Sachverhalt genügend klar aus den Akten. Für die Beurteilung des massgeblichen Sachverhaltes war die Durchführung eines Augenscheines somit nicht erforderlich.

10. Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens

a) Die Beschwerdeführerin 1 macht geltend, die Gemeinde hätte ihr die Kosten für die Hilfe der Kantonalen Planungsgruppe Bern (KPG) nicht auferlegen dürfen. Die Gemeinde hätte über das damit eingekaufte Wissen selber verfügen müssen.

b) Gemäss Art. 33a BauG sorgen die Gemeinden dafür, dass ihnen das nötige Fachwissen zugänglich ist. Die Kosten für die Beschaffung dieses Fachwissens sind in der Baubewilligungsgebühr inbegriffen und können den Gesuchstellenden nicht noch zusätzlich belastet werden.²² Die Gebühren der Vorinstanz werden nach Aufwand erhoben

²¹ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen.

²² Zaugg/Ludwig, a.a.O. Art. 33a N 2.

(Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Art. 34 ff. GebR²³). Der Gebührentarif beträgt Fr. 100.– pro Stunde.²⁴ Die der Beschwerdeführerin 1 auferlegten vorinstanzlichen Kosten umfassen neben den Gebühren der Gemeindeverwaltung unter anderem auch die Kosten im Umfang von Fr. 2'041.20, welche der Gemeinde durch die Hilfe der KPG beim Ausarbeiten des angefochtenen Entscheids entstanden sind.²⁵ Wenn der Bauverwalter der Gemeinde Wilderswil den Entscheid selber abgefasst hätte, wäre ein ähnlicher zeitlicher Aufwand angefallen. Daher war die Gemeinde Wilderswil berechtigt, den entsprechenden Aufwand der Baugesuchstellerin aufzuerlegen. Hingegen hätte die Gemeinde nicht einen Tarif von 150.–, zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 %, sondern nur Fr. 100.– pro Stunde verrechnen dürfen. Die Rüge erweist sich dementsprechend als teilweise begründet. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens werden von Fr. 4'338.20 um Fr. 781.20 auf Fr. 3'557.00 reduziert.

11. Verfahrenskosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 900.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²⁶). Mit ihrem Hauptantrag sind die Beschwerdeführenden nicht durchgedrungen und auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann nicht verzichtet werden. Allerdings kann ein grosser Teil des Dachraumes als Wohnraum bewilligt werden und auch die Rüge der Reduktion der vorinstanzlichen Kosten wird teilweise gutgeheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, den Beschwerdeführenden zwei Drittel der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Sie haben Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 600.– zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bezüglich der Bewilligungsfähigkeit der Umnutzung der Dachgeschosse sind die Beschwerdegegner unterlegen. Hingegen haben sie, was die Reduktion der Verfahrenskosten anbelangt, keinen Antrag gestellt. Die Beschwerdegegner haben daher zwei Drittel der verbleibenden Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 200.–, zu tragen. Der Gemeinde werde keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 108 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. B VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten trägt der Kanton.

²³ Gebührenreglement der Gemeinde Wilderswil vom 17. Mai 2015.

²⁴ Gebührentarif zur Gebührenverordnung der Gemeinde Wilderswil vom 1. Juli 2013.

²⁵ Vgl. Vorakten pag. 64 und 70.

²⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder besondere Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint. Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²⁷ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG²⁸). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Angesichts der Kosten der Wiederherstellung und den umstrittenen Rechtsfragen sind auch die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als eher unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 3'000.–, zuzüglich Auslagen von Fr. 100.–, als angemessen.

Die anwaltlich nicht vertretenen Beschwerdegegner haben keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Demgegenüber haben die Beschwerdegegner den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden zwei Neuntel und die Gemeinde Wilderswil ein Neuntel der oberinstanzlichen Parteikosten zu ersetzen. Was die geltend gemachte Mehrwertsteuer angeht, ist die Beschwerdeführerin 1 mehrwertsteuerpflichtig²⁹ und kann die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für die Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Da die übrigen Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen nicht mehrwertsteuerpflichtig sind, sind mangels näherer Angaben in der Kostennote gleiche Mehrwertsteueranteile zu bilden, wobei für die Ehepaare als Wirtschaftsgemeinschaft gemeinsame Anteile zu bestimmen sind.³⁰ Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführenden Fr. 733.– und die Gemeinde Wilderswil Fr. 366.50 Parteikostenersatz zu bezahlen.

²⁷ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811).

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

²⁹ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>.

³⁰ VGE 2015/12 vom 23. November 2015, E. 7.3.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.
2. Der Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Wilderswil vom 17. November 2015 wird wie folgt geändert:

- Ziff. IV 2: Im Bereich der Dachräume werden Wohn- und Arbeitsräume, die über der Hälfte der anrechenbaren Bodenfläche eine lichte Höhe von 2.3 m oder mehr aufweisen, bewilligt. Soweit weitergehend wird das nachträgliche Baugesuch für die Umnutzung der unbewohnten Nebenräume abgewiesen.
- Ziff. IV 4: Der A. _____ werden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 3'557.– auferlegt.

Im Übrigen wird der Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung bestätigt und die Beschwerde abgewiesen.

3. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 600.– und den Beschwerdegegnern in der Höhe von Fr. 200.– zur Bezahlung auferlegt. Die Parteien haften jeweils für den ihnen auferlegten Betrag solidarisch. Separate Zahlungseinladungen folgen, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführenden Parteikosten im Umfang von Fr. 733.– zu ersetzen. Sie haften für diesen Betrag solidarisch. Die Gemeinde Wilderswil hat den Beschwerdeführenden Parteikosten im Umfang von Fr. 366.50 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt I._____, eingeschrieben
- Frau K._____ und Herrn J._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wilderswil, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin