

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/27

Bern, 7. Juni 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 1

 Frau **D.** _____
Beschwerdegegnerin 2

beide vertreten durch Herrn Fürsprecher E. _____

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Lenk, Gemeindeverwaltung, Rawilstrasse 22,
3775 Lenk im Simmental**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Lenk i. S. vom
9. Januar 2018 (BauPro Nr. 2017-0062; Abbruch des bestehenden Chalets und
Wiederaufbau mit unterirdischer Garage und Aufstellen Aussen-Wärmepumpe)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerschaft reichte am 27. September 2017 bei der Gemeinde Lenk ein Baugesuch ein für den Abbruch eines bestehenden Chalets sowie den Neubau eines Chalets mit unterirdischer Garage auf Parzelle Lenk Grundbuchblatt Nr. F._____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone W2. Gegen das Bauvorhaben erhob die Beschwerdeführerin Einsprache. Mit Entscheid vom 9. Januar 2018 erteilte die Gemeinde Lenk die Baubewilligung.

2. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 9. Februar 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt, der Entscheid vom 9. Januar 2018 sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei macht sie insbesondere geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig und unrichtig festgestellt; das Vorhaben verstosse gegen das ZWG¹, da die in Art. 11 Abs. 3 dieses Gesetzes festgelegte Grenze von 30 Prozent weit überschritten werde.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde nahm mit Eingabe vom 7. März 2018 zur Beschwerde Stellung, ohne jedoch einen ausdrücklichen Antrag zu stellen. Mit Beschwerdeantwort vom 13. März 2018 beantragt die Beschwerdegegnerschaft die Abweisung der Beschwerde.

4. Mit Verfügung vom 29. März 2018 forderte das Rechtsamt die Gemeinde und die Beschwerdegegnerschaft auf, sämtliche Baubewilligungsakten, welche das bestehende Chalet betreffen (insbesondere die Baubewilligung des 1960/1961 realisierten Hauses inkl. der damals bewilligten Pläne), einzureichen. Gleichzeitig wurde die Beschwerdegegnerschaft gebeten, verschiedene Fragen zu beantworten. Mit Schreiben vom 4. April 2018 reichte die Gemeinde die Unterlagen zum Baugesuch aus dem Jahr 1960 ein und wies gleichzeitig darauf hin, dass sie in den frühen 60-er Jahren oft nur

¹ Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702).

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).

wenige Unterlagen zu den Baugesuchen hätten. Mit Eingabe vom 19. April 2018 beantwortete die Beschwerdegegnerschaft die Fragen des Rechtsamts und reichte dabei dieselben Pläne des Hauses aus dem Jahr 1960 ein, welche auch schon die Gemeinde einreichte.

Die Verfahrensbeteiligten erhielten danach Gelegenheit, Schlussbemerkungen zum Verfahren einzureichen. Diese Gelegenheit nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. Mai 2018 wahr. Die Beschwerdegegnerschaft gab mit Schreiben vom 18. Mai 2018 bekannt, dass sie auf Schlussbemerkungen verzichten würden. Es werde auf die bisherigen Eingaben verwiesen, an welchen man vollumfänglich festhalte. Von der Gemeinde ging keine Eingabe ein.

Mit Eingabe vom 28. Mai 2018 nahm die Beschwerdegegnerschaft schliesslich zu den Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 2018 Stellung.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen und Anträge

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerin, deren Einsprache abgewiesen wurde, ist Grundeigentümerin der unmittelbar angrenzenden Parzellen Lenk Grundbuchblatt Nrn. G._____ und H._____. Sie ist damit durch den

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

vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

b) Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin (Ziff. I der Beschwerde vom 9. Februar 2018) lautet einzig auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Obwohl bei Eingaben von anwaltlich vertretenen Parteien strengere Massstäbe anzuwenden sind, gilt auch hier, dass Anträge zusammen mit der Begründung zu lesen sind und sich ein Antrag aus dem Zusammenhang und unter Zuhilfenahme der Begründung sinngemäss ergeben kann.⁴ Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde nicht nur geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig und unrichtig festgestellt. Sie bringt auch vor, das Vorhaben verstosse gegen das ZWG, da die in Art. 11 Abs. 3 dieses Gesetzes festgelegte Grenze von 30 Prozent weit überschritten werde. Die Beschwerdeführerin ist damit der Ansicht, dass das Vorhaben nicht bewilligungsfähig ist. Sie beantragt daher implizit auch die Erteilung des Bauabschlags.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. So hätten die Parteien ein Recht auf Teilnahme am Beweisverfahren. Trotz ihrem Antrag habe die Vorinstanz die Beschwerdegegnerschaft nicht zur Offenlegung der Berechnung der heutigen Hauptnutzfläche aufgefordert.

Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest; sie sind nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden (Art. 18 VRPG⁵). 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. Die Vorinstanz führt in der Stellungnahme vom 7. März 2018 aus, es habe aus ihrer Sicht kein Grund

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 13.

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

bestanden, an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben der Beschwerdegegnerschaft zu zweifeln. Sie habe daher im Rahmen ihres gemäss Art. 18 Abs. 2 VRPG bestehenden Ermessensspielraums weitere Beweismassnahmen als unnötig erachtet. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.⁶

b) Weiter hat die Vorinstanz nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Begründungspflicht verletzt, indem sie im eingereichten Plan der Beschwerdegegnerschaft von Amtes wegen das Wort "Galerie" durch das Wort "Estrich" ersetzt habe, ohne dies näher zu erläutern oder zu begründen. Schliesslich sei der Entscheid auch sonst nur sehr spärlich begründet.

Nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG muss eine Verfügung eine Begründung enthalten. Eine 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.⁷

Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, wieso das Vorhaben ihres Erachtens bewilligungsfähig ist. Sie setzt sich in Ziffer 3.7 mit den Rügen der Beschwerdeführerin in der Einsprache auseinander und begründet, wieso der Neubau ihrer Meinung nach die Vorgaben von Art. 11 ZWG einhält. Aus ihren Ausführungen ergeben sich die wesentlichen Überlegungen, von denen sie sich hat leiten lassen. Die Beschwerdeführerin konnte damit nachvollziehen, aus welchen Gründen die Vorinstanz das Bauvorhaben bewilligte. Sie war entsprechend in der Lage, diese Baubewilligung sachgerecht anzufechten. Im Entscheid legte die Gemeinde auch offen (Ziffer 3.7.b), dass das Wort "Galerie" im Plan "Schnitt A-A" und im Plan "Grundriss OG" von Amtes wegen in "Estrich" geändert wird. Eine nähere Begründung hierzu war nicht angezeigt. Die Absicht der Gemeinde, dieses Versehen von Amtes wegen zu korrigieren, hat diese sodann bereits im laufenden Verfahren angekündigt (mit Schreiben vom 12. Dezember 2017) und war den Beteiligten bereits bekannt. Insgesamt ist die Gemeinde ihrer Begründungspflicht nachgekommen und es liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor. Die von der Gemeinde

⁶ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen.

⁷ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5

vorgenommene Korrektur von Amtes wegen ist sodann nicht zu beanstanden, da die Bezeichnung als "Galerie" im Titel des Grundrissplanes und in der Legende des Schnittplanes nach Überarbeitung der Pläne (mit welcher auf die ursprünglich geplante Galerie verzichtet wurde) offensichtlich versehentlich nicht angepasst wurden und nicht dem Willen der Bauherrschaft entsprachen.

3. Erweiterung nach ZWG, Grundsätze

a) Seit dem 1. Januar 2016 ist das neue Zweitwohnungsgesetz (ZWG) in Kraft. Das ZWG regelt die Zulässigkeit des Baus neuer Wohnungen sowie der baulichen und nutzungsmässigen Änderung bestehender Wohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent (Art. 1 ZWG). Die Gemeinde Lenk weist einen Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent auf und fällt damit in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZWG ist dieses Gesetz anwendbar auf Baugesuche, über die nach seinem Inkrafttreten erstinstanzlich oder in einem Beschwerdeverfahren zu entscheiden ist. Dies ist vorliegend der Fall.

b) Es ist unbestritten, dass im Neubau eine Zweitwohnung entstehen soll und dass es sich bei den Wohnungen im bestehenden Chalet um altrechtliche Wohnungen im Sinne von Art. 10 ZWG handelt. Solche Wohnungen dürfen im Rahmen der vorbestandenen Hauptnutzfläche erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden (Art. 11 Abs. 2 ZWG). Nach Art. 11 Abs. 3 ZWG dürfen altrechtliche Wohnungen innerhalb der Bauzonen sodann um maximal 30 Prozent der am 11. März 2012 vorbestehenden Hauptnutzfläche erweitert werden, sofern keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen werden. Die Erweiterung der Hauptnutzfläche von altrechtlichen Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung um maximal 30% ist auch bei einem Abbruch und Wiederaufbau möglich.⁸ Ebenfalls unbestritten ist, dass vorliegend im bestehenden Chalet zwei Wohnungen vorhanden sind, der Neubau dagegen nur über eine Wohnung verfügen soll. Es werden damit keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen.

c) Der Begriff der Hauptnutzfläche stützt sich auf die Definition gemäss SIA-Norm 416. Danach sind Hauptnutzflächen diejenigen Flächen eines Geschosses, die der

⁸ JGK, Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung, BSIG Nr. 7/721.0/15.2 vom 27. Januar 2016, S. 26; so auch Stephan Wolf/Aron Pfammatter (Hrsg.), Handkommentar ZWG, 2017, Art. 11 N. 12.

Zweckbestimmung und Nutzung des Gebäudes im engeren Sinne dienen. Bei Wohnhäusern sind dies beispielsweise die Wohnräume, die Küche, das Bad und das WC. Zusammen mit den Nebennutzflächen, den Verkehrsflächen, den Funktionsflächen und den Konstruktionsflächen bilden sie die sogenannte Geschossfläche. Zu den Nebennutzflächen zählen etwa Waschküchen, Estrich- und Kellerräume, Abstellräume, Garagen, Technikräume, Heizungs- und Tankräume, Schutzräume oder Kehrträume.⁹

4. Erweiterung nach ZWG, vorbestehende Hauptnutzfläche

a) In einem ersten Schritt ist auf die am 11. März 2012 vorbestehende Hauptnutzfläche näher einzugehen. Die Vorinstanz ging gemäss angefochtenem Entscheid von einer vorbestehenden Hauptnutzfläche von 127.45 m² aus.

b) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe die heutige Hauptnutzfläche auf 127.45 m² festgesetzt, ohne dies näher zu überprüfen. Sie habe sich einzig auf die eingereichten Berechnungen der Beschwerdegegnerschaft gestützt, Baupläne des heutigen Zustands seien keine vorgelegen. Die Vorinstanz sei der Ansicht, dass die Fläche des heutigen Dachgeschosses als vorbestehende Hauptnutzfläche gelte, da diese Fläche tatsächlich bestehe und als Zimmer genutzt worden sei. Dieser Ansicht könne nicht gefolgt werden. So handle es sich dabei um einen Estrichraum mit Dachschräge und sehr beschränkter Möglichkeit, darin aufrecht zu stehen. Da die Fenster sehr klein seien und unter den für Wohnraum vorgeschriebenen 10 Prozent der Bodenfläche lägen, könne es sich dabei nicht um anrechenbaren Wohnraum handeln, was eine Reduktion der vorbestehenden Hauptnutzfläche zur Folge habe. Mit der gleichen Argumentation habe die Vorinstanz dagegen den Estrichraum in der neu zu erstellenden Baute nicht als Wohnraum und damit als Hauptnutzfläche bezeichnet. In den Schlussbemerkungen vom 17. Mai 2018 ergänzt sie, unter diesen Umständen erstaune es nicht, dass für diese vorbestehende Nutzung des Estrichs als Wohnraum offenbar keine Baubewilligung existiere. Sie weist sodann darauf hin, dass bei der Berechnung der Beschwerdegegnerschaft verschiedene Flächen zu Unrecht zur Hauptnutzfläche hinzugezählt worden seien. Insgesamt werde daher die Erweiterungsmöglichkeit von Art. 11 Abs. 3 ZWG um 30% deutlich überschritten.

⁹ Wolf/Pfammatter, a.a.O., Art. 11 N. 3 mit Verweis auf die Botschaft ZWG, BBI 2014 S. 2310.

Die Gemeinde kam im angefochtenen Entscheid (Ziff. 3.7.c) zum Schluss, bei der Berechnung der vorbestehenden Hauptnutzfläche dürfe die Fläche im ehemaligen Dachgeschoss (Zimmer und Zugang) eingerechnet werden, das diese Fläche tatsächlich bestanden habe und als Zimmer genutzt worden sei. In ihrer Eingabe vom 7. März 2018 ergänzte sie, das aus dem Jahr 1960 stammende heutige Ferienhaus werde auch im Dachgeschoss tatsächlich zu Wohnzwecken genutzt. Es sei notorisch, dass gerade in Tourismusgemeinden wie der Lenk in älteren Häusern auch Räume für Wohnzwecke verwendet würden, die teilweise über eine Dachschräge verfügen und punkto Wohnkomfort einer gewissen Einschränkung unterliegen. Mit Schreiben vom 4. April 2018 reichte die Gemeinde auf Aufforderung des Rechtsamts schliesslich die Unterlagen inkl. Pläne (Situationsplan, Fassadenpläne, Grundrisspläne des Unter- und des Erdgeschosses sowie einen Plan "Disposition für Kleinölfeuerung") zum Baugesuch aus dem Jahr 1960 ein.

Die Beschwerdegegnerschaft führte in der Beschwerdeantwort vom 13. März 2018 aus, es würden keine Pläne der bestehenden Baute existieren. Diese sei im Jahr 1960 erbaut worden, als noch keine exakten Unterteilungen in Haupt- und Nebennutzflächen erstellt werden mussten. Das fragliche Haus sei bei der Gemeinde seit 1966 als Mehrfamilienhaus mit einer 5-Zimmerwohnung (im Erd- und Dachgeschoss, vier Zimmer im Erdgeschoss, 1 Zimmer im Dachgeschoss) und einer 2-Zimmerwohnung (im Untergeschoss) geführt. Der Verkaufsdokumentation der bestehenden Baute lasse sich entnehmen, dass sich an dieser Raumaufteilung seit 1966 nichts geändert habe. Die Fotodokumentation der aktuellen Nutzung belege, dass im Estrichraum ein Zimmer vorhanden sei. Das ganze Dachgeschoss sei beheizt. Die bestehende Baute sei damit nach altrechtlichen Grundsätzen erstellt und seit mindestens 1966 gleich genutzt worden. Damals sei es üblich und zulässig gewesen, jede freie und bewohnbare Fläche als Wohnraum zu nutzen. Mit Eingabe vom 19. April 2018 reichte sie sodann dieselben Pläne ein wie die Gemeinde und präzisierte, es würden keine Pläne des damaligen Dachgeschosses existieren. In der Stellungnahme vom 28. Mai 2018 bekräftigt sie, dass das bisherige Dachgeschoss seit dem Bau des Hauses als Wohnraum genutzt und entsprechend ausgebaut worden sei. Der Raum dürfe gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BauG auch heute noch entsprechend der altrechtlichen Zweckbestimmung genutzt werden.

c) Bei der Beurteilung der Frage, was bei Art. 11 Abs. 3 ZWG an die am 11. März 2012 vorbestehende Hauptnutzfläche des bestehenden Hauses angerechnet werden kann, darf es nicht auf die tatsächliche Nutzung der Räumlichkeiten ankommen. Wäre einzig auf die

tatsächliche Nutzung abzustellen, so würden Bauherrschaften bevorzugt, welche nicht zu Wohnzwecken bewilligte Flächen im Verlaufe der Zeit und vor dem massgebenden Stichtag des 11. März 2012 ohne Bewilligung zu Wohnräumen umnutzten, was nicht sein kann. Es mag zwar zutreffen, dass das Dachgeschoss – wie dies die Beschwerdegegnerschaft mehrfach betont – seit langer Zeit tatsächlich als Wohnraum genutzt und entsprechend ausgestaltet wurde. Dies ist nach dem Gesagten jedoch bei der Berechnung der vorbestehenden Hauptnutzfläche irrelevant.

Massgebend ist primär, ob im Dachgeschoss des bestehenden Chalets im Rahmen der ursprünglichen Baubewilligung in den 60er-Jahren oder irgendwann danach (bis zum Stichtag vom 11. März 2012) eine Wohnnutzung bewilligt wurde. Die Beweislast hierfür liegt bei der Beschwerdegegnerschaft; denn wer aus einer beweisbedürftigen Tatsache etwas für seinen Rechtsstandpunkt ableiten will, trägt die Beweislast und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit.¹⁰ Diesen Beweis vermag die Beschwerdegegnerschaft jedoch nicht zu erbringen. Weder sie noch die Gemeinde konnten belegen, dass der Raum im Dachgeschoss im Zeitpunkt des Baus des Chalets in den 60-er Jahren oder danach als Wohnraum bewilligt wurde. Sowohl die Beschwerdegegnerschaft als auch die Gemeinde reichten im Beschwerdeverfahren einzig einen Plansatz vom 15. Mai 1960 der damaligen Bauherrschaft ein. Dieser Plansatz ist von der Baubewilligungsbehörde nicht gestempelt, so dass unklar bleibt, ob diese Pläne dem damals bewilligten Vorhaben entsprechen. Trotz Aufforderung des Rechtsamts vermochten weder die Beschwerdegegnerschaft noch die Gemeinde die damalige Baubewilligung des Chalets ausfindig zu machen und einzureichen. Der erwähnte Plansatz enthält zwar Grundrisspläne des Unter- und des Erdgeschosses mit näherer Bezeichnung der einzelnen Räume, der Grundrissplan des Dachgeschosses jedoch fehlt. Diese Pläne lassen daher nicht auf eine bewilligte Wohnnutzung im Dachgeschoss schliessen. Vielmehr enthält der mit diesem Plansatz eingereichte Plan "Disposition für Kleinölfeuerung" vom 8. September 1960 eine Querschnittsdarstellung über sämtliche Geschosse, in welcher das Dachgeschoss als "Estrich" bezeichnet wird, was gegen eine damals bewilligte Wohnnutzung spricht. Die von der Beschwerdegegnerschaft eingereichte amtliche Bewertung aus dem Jahr 1966 (Beschwerdeantwort vom 13. März 2018, Beilage 6) lässt sich zwar entnehmen, dass ein Zimmer im Dachgeschoss in die Bewertung miteinbezogen wurde. Daraus lässt sich jedoch ebenfalls kein Beweis oder Indiz für eine bewilligte Wohnnutzung im Dachgeschoss

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., 1997, Art. 19 N. 3.

ableiten. Vielmehr ist zu vermuten, dass für diese amtliche Bewertung die tatsächliche Nutzung des Raumes massgebend war. Kommt dazu, dass auch in diesem Dokument von einem Estrich gesprochen wird ("Vorplatz-Estrich"). Trotz der Tatsache, dass der Estrichraum in der Vergangenheit als Schlafzimmer genutzt wurde¹¹, lassen schliesslich auch die baulichen Gegebenheiten nicht auf eine bewilligte Wohnnutzung dieses Raumes schliessen. So ist das Dachgeschoss lediglich über eine Estrichaufzugstreppe erschlossen und die beiden Fenster des betreffenden Raums sind für eine Belichtung des Raums ungenügend. Auch dies spricht dagegen, dass der umstrittene Raum in der Vergangenheit als Wohnraum bewilligt wurde.

Insgesamt vermag die Beschwerdegegnerschaft nicht zu beweisen, dass im Dachgeschoss des bestehenden Chalets jemals eine Wohnnutzung bewilligt wurde. Die Akten (fehlender Grundrissplan des Dachgeschosses, Bezeichnung als "Estrich" im Plan "Disposition für Kleinölfeuerung") und die baulichen Gegebenheiten (ungenügende Erschliessung und Belichtung) sprechen vielmehr gegen einen bewilligten und anrechenbaren Wohnraum. Unter diesen Umständen vermag die Beschwerdegegnerschaft auch nichts aus der Besitzstandgarantie gemäss Art. 3 BauG abzuleiten, fallen doch darunter nur aufgrund bisherigen Rechts bewilligte und somit formell rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen.¹² Damit wurde das Zimmer im Dachgeschoss, welches im Dokument "Berechnung der Haupt- und Nebennutzfläche" der Beschwerdegegnerschaft¹³ mit 7.56 m² angegeben wird, zu Unrecht als vorbestehende Hauptnutzfläche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ZWG miteinbezogen. Vielmehr handelt es sich um eine Nebennutzfläche.

d) Die erwähnte Berechnung der Beschwerdegegnerschaft ("Berechnung der Haupt- und Nebennutzflächen") zog für die Berechnung des zulässigen Erweiterungspotenzials von 30 % nach Art. 11 Abs. 3 ZWG zudem zu Unrecht gewisse Verkehrsflächen mit ein. Massgebend sind nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung einzig die Hauptnutzflächen. Zur Hauptnutzfläche zählen – wie erwähnt (E. 3c) – nur diejenigen Flächen eines Geschosses, die der Zweckbestimmung und Nutzung des Gebäudes im engeren Sinne dienen, nicht aber Nebennutzflächen oder Verkehrsflächen. Als Verkehrsflächen gelten gemäss SIA-Norm 416 (Ziff. 2.1.2) Flächen, welche ausschliesslich

¹¹ vgl. Fotos der Beschwerdegegnerschaft, Beilage 2 der Beschwerdeantwort vom 13. März 2018.

¹² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 3 N. 2.

¹³ Vorakten Register 9.

der Erschliessung dienen, z.B. im Wohnungsbau die Flächen von ausserhalb der Wohnung liegenden Korridoren, Eingangshallen, Treppen, Rampen und Aufzugsschächten. Daraus ist zu schliessen, dass die Erschliessungsflächen innerhalb der beiden Wohnungen an die Hauptnutzfläche angerechnet werden können. Damit darf zwar im Untergeschoss (untere Wohnung) der Korridor angerechnet werden. Dieser beträgt aber gestützt auf den Grundrissplan vom 15. Mai 1960 – entgegen den Angaben der Beschwerdegegnerschaft in der Berechnung – nur 8.45 m^2 ($1.30 \text{ m} \times 3.85 \text{ m} + 3.91 \text{ m} \times 0.88 \text{ m}$), und nicht 11.01 m^2 (bezeichnet als Korridor und Durchgang). Im Erdgeschoss (obere Wohnung) darf zwar der Eingang und Korridor miteinbezogen werden, nicht aber die Treppe im Windfang (angegeben mit 3.80 m^2), ist letztere doch eine ausserhalb der Wohnung liegende Erschliessung.

Damit sind bei der Berechnung der Beschwerdegegnerschaft neben dem Zimmer im Dachgeschoss (Fläche von 7.56 m^2), welches als Nebennutzfläche gilt, weitere 6.36 m^2 ($2.56 \text{ m}^2 + 3.80 \text{ m}^2$) abzuziehen. Die massgebende, vorbestehende Hauptnutzfläche beträgt damit 113.53 m^2 .

5. Erweiterung nach ZWG, Hauptnutzfläche neues Vorhaben

a) Die Vorinstanz ging beim geplanten Neubau – gestützt auf die Berechnung der Beschwerdegegnerschaft – von einer Hauptnutzfläche von 165.65 m^2 aus (Entscheid Ziff. 3.7.a). Der geplante Estrich wurde dabei nicht als Hauptnutzfläche miteinbezogen. Im angefochtenen Entscheid hält die Gemeinde hierzu fest (Ziff. 3.7.b), aus den Plänen gehe hervor, dass anstelle der anfänglich geplanten Galerie nunmehr ein Estrich mit einer entsprechenden Estrich-Aufzugstreppe erstellt werde. Gemäss Art. 64 BauV lasse die Fensterfläche von 1.54 m^2 keinen Wohnraum zu, da diese unter 10 % der Bodenfläche liege.

Die Beschwerdeführerin vertritt in der Eingabe vom 17. Mai 2018 die Ansicht, der geplante Estrich könne dereinst ohne weiteres bewohnbar gemacht werden, weshalb er an die Hauptnutzfläche anzurechnen sei.

Die Beschwerdegegnerschaft führt aus, den Plänen könne entnommen werden, dass eine Benutzung des geplanten Estrichs als Wohnraum aufgrund der Anordnung der Räume

keinen Sinn mache und nicht der geplanten Nutzung entspreche. Bei der geplanten Raumaufteilung wäre es unlogisch, wenn nun der geplante Estrichraum mit Estrichtreppe noch zu einem weiteren Schlafrum oder Ähnlichem umfunktioniert würde, da die ganze Wohnnutzung anders konzipiert sei. Es sei daher offensichtlich, dass der geplante Estrich einzig als das benutzt werde, als was er auch bezeichnet worden sei, nämlich als unbewohnter Estrichraum und somit als Nebennutzfläche, welche bei der Flächenberechnung nach ZWG unbeachtlich sei. Auf Frage des Rechtsamts führte die Beschwerdegegnerschaft sodann aus, dass der Estrichraum nicht beheizt sei.

b) Vorab ist festzuhalten, dass der umstrittene Raum im Dachgeschoss des Neubaus gemäss der von der Vorinstanz erteilten Baubewilligung nicht als Wohnraum bewilligt wurde. So wird dieser Raum in den bewilligten Plänen als "Estrich" bezeichnet. Zusätzlich ist zu beurteilen, ob der umstrittene Raum trotz der Bewilligung als Estrich für eine Wohnnutzung verwendbar ist oder nicht. Dabei kann auf die Rechtsprechung zum inzwischen aufgehobenen Art. 93 Abs. 2 Bst. a BauV¹⁴ zurückgegriffen werden. Danach darf bei der Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Raum zum Wohnen verwendbar ist, nicht auf Absichtserklärungen der Bauherrschaft abgestellt werden; vielmehr ist die objektive Ausgestaltung relevant. Massgebend ist somit ob der Raum zum Wohnen dienen kann.¹⁵ Wo die Ausgestaltung eines Raumes eine Wohnnutzung zulässt oder geradezu dazu einlädt, ist die entsprechende Fläche vorsorglicherweise miteinzubeziehen. Andernfalls wird die Aufgabe der Baupolizeibehörden, die die Einhaltung der bewilligten Nutzung zu überprüfen haben, in unzumutbarem Masse erschwert. Kriterien für die Verwendbarkeit zum Wohnen oder Arbeiten bilden etwa das Mass der Belichtung der Räume durch Fenster, die Isolation der Räume, die Raumhöhe, die Erschliessung und Ähnliches. Dabei sind nicht alle Elemente gleich wichtig. Das Fehlen einer Isolation ist sehr viel leichter nachträglich, ohne dass die Baupolizeibehörde davon etwas merkt, zu "korrigieren", als etwa fehlende oder zu kleine Fenster, die ungenügende Raumhöhe oder ein für den täglichen Gebrauch ungenügender Treppenaufgang. Soll also der Raum nicht miteinbezogen werden, so muss vor allem bei der Befensterung und/oder der Raumhöhe und/oder der Erschliessung dafür gesorgt werden, dass eine Umnutzung zum Wohnen nicht leicht möglich ist.¹⁶

¹⁴ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

¹⁵ VGE Nr. 21762 vom 22. März 2004 E. 3.4; vgl. auch KPG-Bulletin 1/86, S. 15 ff., Ziff. 2.2.2.

¹⁶ VGE 18253/18255 vom 19. August 1991, E. 2b; ähnlich auch VGE 2014/304 vom 12. März 2015, E. 4.2.

c) Der im massgebenden Grundrissplan als "Estrich" bezeichnete Raum wird einzig über eine Estrichaufzugstreppe erschlossen. Die Belichtung des Raums erfüllt die Anforderungen für Wohn- und Arbeitsräume gemäss Art. 64 Abs. 1 BauV nicht, beträgt doch die Fensterfläche weniger als einen Zehntel der Bodenfläche. Auch die Vorgaben von Art. 67 Abs. 1 und 2 BauV an die minimale Höhe eines Wohn- und Arbeitsraums werden nicht eingehalten. Gemäss Aussagen der Beschwerdegegnerschaft ist der Raum sodann nicht beheizt. Diese Elemente sprechen gegen die Verwendbarkeit des betreffenden Raumes zum Wohnen, wobei die mangelhafte Belichtung, die ungenügende Raumhöhe und der für den täglichen Gebrauch ungenügende Treppenaufgang stark zu gewichten sind. Insgesamt ist der als "Estrich" bezeichneten Raum weder als Wohnraum bewilligt, noch kommt ihm die Eignung als Wohnraum zu. Der Raum ist entsprechend von der Beschwerdegegnerschaft zu Recht als Nebennutzfläche eingestuft und daher nicht als Hauptnutzfläche in die Berechnung miteinbezogen worden.

d) Da nach dem Gesagten auch die Erschliessungen innerhalb der Wohnung (Eingang / Garderobe, Gang, Treppe) nicht zu den Verkehrsflächen, sondern zu den Hauptnutzflächen hinzuzurechnen sind (vgl. E. 4d), ist die Berechnung der Beschwerdegegnerschaft nicht zu beanstanden. Beim Neubau ist damit von einer massgebenden Hauptnutzfläche von 165.65 m² auszugehen.

6. Erweiterung nach ZWG, Fazit

Insgesamt beträgt das maximale Erweiterungspotenzial von 30 % nach Art. 11 Abs. 3 ZWG bei der vorbestehenden Hauptnutzfläche des bestehenden Hauses von 113.53 m² (E. 4) 34.06 m². Die Hauptnutzfläche des Neubaus beträgt total 165.65 m² (E. 5), was einer Erweiterung der vorbestehenden Hauptnutzfläche um 52.12 m² entspricht. Das zulässige Erweiterungsmass nach Art. 11 Abs. 3 ZWG wird damit deutlich überschritten. Das umstrittene Vorhaben kann daher nicht bewilligt werden.

7. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend erweist sich das umstrittene Vorhaben als nicht bewilligungsfähig, da dieses das zulässige Erweiterungsmass von 30 % der am 11. März 2012

vorbestehenden Hauptnutzfläche gemäss Art. 11 Abs. 3 ZWG überschreitet. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und dem Vorhaben ist der Bauabschlag zu erteilen.

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten und Pläne genügend überprüft bzw. festgestellt werden. Auf die von der Beschwerdeführerin beantragten Beweismittel (Einholen einer detaillierten Berechnungsgrundlage zur heutigen Hauptnutzfläche, Augenschein) konnte daher verzichtet werden, da von diesen Beweismitteln keine neuen relevanten Erkenntnisse zu erwarten waren.

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerschaft. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁷).

d) Die amtlichen Kosten für das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren von Fr. 4'726.30 hat in jedem Fall die Beschwerdegegnerschaft als Baugesuchstellerin zu tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD).

e) Die Beschwerdegegnerschaft hat zudem der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdeführerin gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegnerschaft hat somit der Beschwerdeführerin die Parteikosten von Fr. 4'890.10 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Bauentscheid der Gemeinde Lenk vom 9. Januar 2018 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 27. September 2017 wird der Bauabschlag erteilt.

¹⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

2. a) Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.00 werden der Beschwerdegegnerschaft zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdegegnerschaft haftet solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

b) Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 4'726.30 werden der Beschwerdegegnerschaft zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.
3. Die Beschwerdegegnerschaft hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'890.10 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdegegnerschaft haftet solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher Fürsprecher E._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Lenk, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident