



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2023/181

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 24. April 2024

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____ und/oder Frau Rechtsanwältin
C. _____

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Grindelwald, Bauverwaltung, Spillstattstrasse 2,
3818 Grindelwald

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Grindelwald vom
27. Oktober 2023 (eBau Nr. 2021-D. _____; Auflage "Anmerkung Erstwohnung")

I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Grindelwald bewilligte der Beschwerdeführerin am 9. März 2021 das Projekt «Umbau, Sanierung und Erweiterung Ferienhaus, Aufhebung Schutzraum» auf der Parzelle Grindelwald Grundbuchblatt Nr. E. _____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone W2.

Am 15. November 2021 bewilligte die Gemeinde Grindelwald eine erste Projektänderung (Projektänderung I) betreffend «Anpassung Höhenkoten und Grundriss UG».

Nach Baubeginn führte die Gemeinde Grindelwald am 16. Dezember 2022 eine Baukontrolle durch. Sie stellte dabei u.a. fest, dass mehr Bauteile des bestehenden Gebäudes abgebrochen worden waren, als auf den bewilligten Plänen dargestellt war. Die Gemeinde Grindelwald teilte der Beschwerdeführerin mit, dass diese Abweichungen baubewilligungspflichtig seien, da aufgrund der zusätzlichen Gebäudeabbrüche die Einhaltung der Vorschriften des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG¹) neu überprüft werden müssten. Die Beschwerdeführerin reichte am 1. Mai 2023 ein entsprechendes Projektänderungsgesuch betreffend «Abbruch zusätzlicher Gebäudeteile» ein (Projektänderung II). Die Gemeinde Grindelwald bewilligte dieses mit Entscheid vom 27. Oktober 2023 mit einer Nutzungsaufgabe, wonach nach Rechtskraft des Entscheids das zuständige

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

Grundbuchamt angewiesen werde, für die fragliche 4-Zimmerwohnung auf der Parzelle Nr. E. _____ die Anmerkung «Erstwohnung oder einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a [ZWG]» im Grundbuch einzutragen.

2. Gegen diese Auflage reichte die Beschwerdeführerin am 24. November 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragt die Aufhebung der Auflage. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen an, dass die Auflage den Anspruch auf Bestandesschutz gemäss der Zweitwohnungsgesetzgebung verletze.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², holte die Vorakten und die Akten zum ursprünglich bewilligten Projekt und zur Projektänderung I ein. Es führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Grindelwald hält mit Stellungnahme vom 22. Dezember 2023 an der angefochtenen Auflage fest. Die Beschwerdeführerin replizierte mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 16. Februar 2024. Sie hält an ihrer Beschwerde fest.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD 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 ist durch die angefochtene Auflage beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Planaustausch

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe anlässlich einer Besprechung mit der Gemeinde am 19. August 2022 Ausführungspläne zu den Akten gereicht, auf denen bereits ersichtlich gewesen sei, dass die Decke über den Zimmern 1 und 2 entfernt werden sollte. Die Beschwerdeführerin habe daraus auf die Entgegennahme eines Planaustauschs seitens der Gemeinde geschlossen.

Die Gemeinde bestätigt in ihrer Beschwerdeantwort vom 22. Dezember 2023, dass am 19. August 2022 eine Besprechung zwischen Vertretern der Bauverwaltung und der Beschwerdeführerin stattfand. Dabei sei es aber um Unstimmigkeiten zwischen dem Schnurgerüst-Abnahmeprotokoll und den bewilligten Plänen gegangen. Die restlichen Geschosse bzw. zusätzliche Abbrüche von Gebäudeteilen seien an der Besprechung nicht thematisiert worden. Solche könnten auch nicht mit einem Planaustausch geregelt werden.

b) Änderungen an einem bewilligten Projekt bedürfen einer Projektänderungsbewilligung, sofern sie nicht so geringfügig sind, dass sie für sich genommen nicht baubewilligungspflichtig wären.⁴ Projektänderungen können nur auf schriftliches Gesuch hin im dafür vorgesehenen Ver-

² 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)

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

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 32-32d N. 12a

fahren (Art. 43 BewD⁵) bewilligt werden. Die Bewilligung einer Projektänderung kann weder mündlich noch konkludent erfolgen,⁶ insbesondere auch nicht durch eine blossе Entgegennahme von Plänen.

Es ist daher unerheblich, ob anlässlich der Besprechung vom 19. August 2022 ein Planaustausch erfolgte oder nicht. Selbst wenn dies der Fall war, könnte die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ohne Projektänderungsgesuch hatte die Gemeinde nicht über Abweichungen vom Bewilligten zu befinden und hat dies im Nachgang zur Besprechung vom 19. August 2022 bzw. gestützt auf den behaupteten Planaustausch auch nicht getan. Die am 15. November 2021 bewilligten Pläne waren somit für die Beschwerdeführerin weiterhin verbindlich.

c) Nach entsprechender Aufforderung durch die Gemeinde hat die Beschwerdeführerin am 1. Mai 2023 ein formelles Projektänderungsgesuch (Projektänderung II) eingereicht. Die Gemeinde hatte demzufolge über die von der Projektänderung II umfassten Änderungen im Verhältnis zum am 15. November 2021 bewilligten Projekt zu entscheiden, also insbesondere auch über den Abbruch der Decke über den Zimmern 1 und 2. Sie ist zum Schluss gekommen, dass die Bewilligung mit einer zweitwohnungsrechtlichen Nutzungsaufgabe zu verknüpfen ist. Ob dies zu Recht erfolgte, wird nachfolgend untersucht.

3. Änderung einer altrechtlichen Wohnung

a) Nach Art. 75b BV⁷ ist der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent beschränkt. In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent gelten daher Nutzungsbeschränkungen für neu erstellte Wohnungen (Art. 7 ff. ZWG) und für bestimmte Veränderungen altrechtlicher Wohnungen (Art. 10 ff. ZWG). Grindelwald ist eine Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent.⁸

b) Altrechtliche Wohnungen unterliegen keinen Nutzungsbeschränkungen nach der eidgenössischen Zweitwohnungsgesetzgebung (Art. 11 Abs. 1 ZWG). Eine Wohnung ist altrechtlich im Sinne des Zweitwohnungsrechts, wenn sie am 11. März 2011 rechtmässig bestand oder rechtskräftig bewilligt war (Art. 10 ZWG). Beim streitigen Projekt war das Ferienhaus unbestrittenermassen altrechtlich im Sinne von Art. 10 ZWG.

c) Altrechtliche Wohnungen dürfen im Rahmen der vorbestandenen Hauptnutzfläche erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden, ohne dass dies eine Nutzungsbeschränkung zur Folge hat (Art. 11 Abs. 2 ZWG). Innerhalb der Bauzonen dürfen altrechtliche Wohnungen um bis zu 30 Prozent der am 11. März 2012 vorbestehenden Hauptnutzfläche erweitert werden, sofern keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen werden (Art. 11 Abs. 3 ZWG). 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. 4 ZWG).

⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 15

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

⁸ Vgl. interaktive Karte auf

<https://www.are.admin.ch/are/de/home/raumentwicklung-und-raumplanung/raumplanungsrecht/zweitwohnungen.html>

Nach der Praxis des Bundesgerichts gilt die Erweiterungsmöglichkeit nach Art. 11 Abs. 3 ZWG nur im Falle der Erweiterung einer fortbestehenden altrechtlichen Wohnung. Die Erweiterung darf nicht mit einem Abbruch und Wiederaufbau der altrechtlichen Wohnung kombiniert werden.⁹ Werden diese Rahmenbedingungen überschritten, profitiert die betroffene Wohnung nicht mehr vom Besitzstandsprivileg. Die Art der Wohnnutzung ist dann also nicht mehr frei, sondern es gelten die Nutzungsbeschränkungen für neue Wohnungen nach Art. 7 ff. ZWG.¹⁰

Die eidgenössischen Räte haben am 15. März 2024 eine Änderung von Art. 11 Abs. 2 ZWG beschlossen. Danach sollen Abbruch und Wiederaufbau einer altrechtlichen Wohnung neu mit einer Erweiterung der Hauptnutzfläche um maximal 30 Prozent kombiniert und in diesem Rahmen zusätzliche Wohnungen und Gebäude geschaffen werden dürfen, ohne dass dies Nutzungsbeschränkungen zur Folge hat. Die geänderte Bestimmung ist noch nicht in Kraft. Sie unterliegt dem fakultativen Referendum. Die Referendumsfrist läuft bis 4. Juli 2024.¹¹ Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Beschwerde auch unter Anwendung des geltenden Rechts gutzuheissen und die mittels Auflage angeordnete Nutzungsbeschränkung aufzuheben. Die beschlossene, noch nicht in Kraft getretene Rechtsänderung würde sich daher auf das Ergebnis des vorliegenden Verfahrens nicht auswirken.

d) Die Beschwerdeführerin will die Erweiterungsmöglichkeit um bis zu 30 Prozent der Hauptnutzfläche in Anspruch nehmen. Sie hatte für das am 9. März 2021 bewilligte Ursprungsprojekt eine Berechnung eingereicht, wonach die bisherige Hauptnutzfläche 48,42 m² betrage und demnach eine Erweiterungsmöglichkeit bis maximal 62,95 m² (48,42 x 1,3) bestehe. Beim Ursprungsprojekt betrug die Hauptnutzfläche gemäss der Darstellung der Beschwerdeführerin neu 62,9 m².¹²

Zur Bestimmung des Begriffs der Hauptnutzfläche ist auf die SIA-Norm 416 «Flächen und Volumen von Gebäuden» abzustellen. Demnach gelten als Hauptnutzflächen die Flächen, welche der Zweckbestimmung und Nutzung des Gebäudes im engeren Sinn dienen.¹³ In Wohnhäusern sind dies die Flächen, die dem Wohnen im engeren Sinn dienen, also Wohnräume, Küche, Badezimmer etc.. Estriche und Kellerräume gelten als Nebennutzflächen, 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. Gemäss der BSIG-Weisung Nr. 7/721.0/15.2 «Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung: Baubewilligungsverfahren und Baupolizei» sind u.a. Wellnessräume oder ein Hallenbad zur Hauptnutzfläche zu rechnen, soweit sie natürlich belichtet sind.¹⁴

Die Beschwerdeführerin hatte bei ihrer Berechnung nur Flächen im Erdgeschoss einbezogen. Den Raum im Dachgeschoss hatte sie in den Plänen als «Estrich» bezeichnet und nicht als Hauptnutzfläche angerechnet. Durch die geplante Verschiebung und Erhöhung des Giebels entstand im Dachgeschoss allerdings eine Fläche von über 25 m² mit einer für die Wohnnutzung geeigneten Raumhöhe von 1,50 m bis 2,70 m. Das erweiterte Dachgeschoss wird vom Erdgeschoss mittels einer Treppe erschlossen und mit zwei neuen seitlichen Fenstern und einem neuen Dachflächen-

⁹ Urteil des Bundesgerichts 1C_478/2019 vom 8. Mai 2020 E. 4

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 1C_478/2019 vom 8. Mai 2020 E. 6; vgl. auch BSIG Nr. 7/721.0/15.2 «Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung: Baubewilligungsverfahren und Baupolizei», Ziff. 5.1.2, S. 31

¹¹ Geschäft Nr. 20.456, abrufbar unter www.parlament.ch

¹² Vorakten pag. 61 und 62

¹³ SIA-Norm 416 «Flächen und Volumen von Gebäuden», Ziff. 2.1.1.1

¹⁴ BSIG Nr. 7/721.0/15.2 «Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung: Baubewilligungsverfahren und Baupolizei», Ziff. 5.1.2, S. 31 unten f.

fenster belichtet.¹⁵ Im Energienachweis wurde das erweiterte Dachgeschoss zur Energiebezugsfläche gerechnet. Es befindet sich innerhalb der thermischen Gebäudehülle und soll wohl auch beheizt werden.¹⁶

Auch im Untergeschoss hatte die Beschwerdeführerin keine Flächen zur Hauptnutzfläche gezählt. Dort sind neu u.a. ein Wellnessraum, eine Sauna sowie Dusche/WC geplant, die ebenfalls vom Erdgeschoss aus mit einer Treppe erschlossen sind. Während für Sauna und Dusche/WC keine natürliche Belichtung vorgesehen ist, soll der Wellnessraum über einen Lichtschacht verfügen.

Die Gemeinde erachtete in ihrem Bewilligungsentscheid vom 9. März 2021 das Erweiterungsmass von maximal 30 Prozent der Hauptnutzfläche gestützt auf die Berechnung der Beschwerdeführerin als eingehalten. Sie ging in ihren Entscheiderwägungen nicht näher auf die Berechnung ein und erläuterte insbesondere nicht, weshalb keine Flächen im Dachgeschoss und im Untergeschoss als Hauptnutzflächen angerechnet wurden.¹⁷ Der Bauentscheid vom 9. März 2021 ist verbindlich und hier nicht mehr zu überprüfen. Die mit dem Bauentscheid vom 9. März 2021 ohne Nutzungsbeschränkung bewilligte Erweiterung gilt demnach als rechtmässig.

e) Mit der Projektänderung I wurde der Wellnessbereich im Untergeschoss umgestaltet und der Lichtschacht von der Süd- auf die Ostseite versetzt.¹⁸ Das Dachgeschoss blieb hinsichtlich Erschliessung, Raumhöhe und Belichtung unverändert. Die Gemeinde betrachtete die Vorschriften der Zweitwohnungsgesetzgebung weiterhin als erfüllt und bewilligte die Projektänderung I am 15. November 2021 ohne Nutzungsbeschränkung.¹⁹ Auch dieser Entscheid ist hier nicht mehr in Frage zu stellen.

f) Mit der Projektänderung II werden im Erdgeschoss Form und Zugang zum Badezimmer verändert. Über den Zimmern 1 und 2 wird neu die Decke entfernt, so dass die Zimmer 1 und 2 bis in die Dachschräge reichen. Zimmer 1 und 2 waren gemäss den Erläuterungen der Beschwerdeführerin²⁰ bisher teils durch eine Wand, teils aber nur durch einen Wandschrank getrennt. Der Schrank sei entfernt und an seiner Stelle die Wand geschlossen worden. Infolge der Entfernung der Decke über den Zimmern 1 und 2 wird die Wand zur Abtrennung zwischen den Zimmern 1 und 2 nun bis zur Dachschräge hinaufgezogen. Die Zimmer 1 und 2 ragen damit bis ins Dachgeschoss. Sie sollen zum Dachraum hin mit einer Wand abgegrenzt werden. Der Dachraum soll einen zusätzlichen Bodenbelag von 0,05 m Dicke erhalten. Er wird in den Plänen weiterhin als «Estrich» bezeichnet.

Die Gemeinde erwog im angefochtenen Entscheid, beim bewilligten Vorgängerprojekt hätten die Grundstrukturen des bestehenden Gebäudes mehrheitlich erhalten bleiben sollen. Lediglich die östliche Dachseite habe abgebrochen werden sollen. Zudem seien Wanddurchbrüche im Zusammenhang mit der Gebäudeerweiterung auf der Ostseite vorgesehen gewesen, und das Gebäude habe eine neue Aussenhülle erhalten. Nunmehr seien auch die Wand zwischen den Zimmern 1 und 2 und die Decke über diesen abgebrochen worden. Auf Höhe des Dachgeschosses seien auch die Nord- und die Südfassade abgebrochen worden. Ob es sich gemäss Art. 11 ZWG um einen Abbruch mit Wiederaufbau oder um eine Erweiterung handle, liege im Ermessensspielraum der Baubewilligungsbehörde. Während beim Vorgängerprojekt noch von einer Erweiterung ausgegangen worden sei, werde bei der Projektänderung II nun infolge der zusätzlichen Abbrüche

¹⁵ Vgl. die am 9. März 2021 bewilligten Pläne, Vorakten pag. 34

¹⁶ Vgl. Energienachweis, Vorakten pag. 37

¹⁷ Vorakten pag. 32

¹⁸ Vorakten pag. 26

¹⁹ Vorakten pag. 32

²⁰ Beschwerde S. 7 f.

von Gebäudeteilen der Rahmen einer Erweiterung gesprengt. Es liege eine neubauähnliche Umgestaltung vor, weshalb eine Nutzungsbeschränkung anzuordnen sei.

Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber der Meinung, die Anpassungen gemäss der Projektänderung II seien von absolut untergeordneter Bedeutung und erreichten nie und nimmer die Qualität einer neubauähnlichen Umgestaltung. Sie bewegten sich innerhalb des durch Art. 11 Abs. 3 ZWG gezogenen Rahmens. Die mittels Auflage verfügte Nutzungsbeschränkung sei daher widerrechtlich.

g) Die Vorgängerprojekte (Ursprungsprojekt sowie Projektänderung I) sind als Erweiterung nach Art. 11 Abs. 3 ZWG bewilligt worden. Diese Entscheide sind hier nicht mehr in Frage zu stellen. Zu beurteilen ist, ob die Anpassungen gemäss der Projektänderung II bewirken, dass das Vorhaben nunmehr als Abbruch mit Wiederaufbau bzw. als Neubau zu qualifizieren ist.

Ob dies der Fall ist, bildet entgegen der Ansicht der Gemeinde nicht eine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage, die mittels Auslegung der Rechtsgrundlagen zu beantworten ist.

h) Die Erweiterungsmöglichkeit nach Art. 11 Abs. 3 ZWG knüpft an den Besitzstand an. Wenn gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum geltenden Recht die Erweiterung nach Art. 11 Abs. 3 ZWG nicht mit einem Wiederaufbau nach Art. 11 Abs. 2 ZWG kombiniert werden darf, so setzt die Erweiterung nach Art. 11 Abs. 3 ZWG folgerichtig voraus, dass die altrechtliche Wohnung fortbesteht und mit der Erweiterung lediglich ergänzt wird.

Dies kann allerdings nicht bedeuten, dass der altrechtliche Bestand bei der Erweiterung vollkommen unberührt bleiben muss. Eine bauliche Erweiterung ist kaum denkbar, ohne dass Teile des altrechtlichen Bestandes (bspw. Aussenwände, Dach) entfernt, angepasst oder ersetzt werden. Mit der Erweiterung muss ein neues sinnvolles Ganzes entstehen dürfen, was regelmässig auch den Abbruch oder die Veränderung einiger Teile der bestehenden Wohnung bedingt. Die neu geschaffene Hauptnutzfläche soll zusammen mit dem altrechtlichen Bestand sinnvoll genutzt werden können. Bei den Gesetzesberatungen im Parlament wurde ein Antrag, wonach bei Erweiterungen «die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert» bleiben sollte, zurückgezogen.²¹ Umstrukturierungen im vorbestehenden Teil sind demnach bei Erweiterungen im Rahmen von Art. 11 Abs. 3 ZWG nicht generell ausgeschlossen. Art. 11 ZWG ist überdies nicht ästhetisch motiviert. Sein Zweck liegt in der Eindämmung des Zweitwohnungsbaus, nicht in der Wahrung der ästhetischen Identität des altrechtlichen Bestandes.²² Auch äusserlich sichtbare Veränderungen am vorbestehenden Teil, namentlich an der Fassade, sind somit bei einer Erweiterung nach Art. 11 Abs. 3 ZWG nicht generell ausgeschlossen. Dies lässt sich auch daraus ableiten, dass die Schaffung neuer Konstruktions- und Nebennutzflächen keinen Beschränkungen unterworfen ist. Gemäss der Lehre sind beispielsweise das Anbringen einer Aussenisolation oder der Anbau offener Balkone oder Terrassen auch am vorbestehenden Gebäudeteil zulässig.²³

i) Eine Erweiterung nach Art. 11 Abs. 3 ZWG liegt definitionsgemäss vor, wenn neue Hauptnutzflächen zu vorbestehenden Hauptnutzflächen hinzukommen. Bei einer Erweiterung nach Art. 11 Abs. 3 ZWG bleibt demnach die vorbestehende Hauptnutzfläche erhalten und wird mit neuer Hauptnutzfläche ergänzt. Wird hingegen die vorbestehende Hauptnutzfläche abgebrochen und wieder aufgebaut, handelt es sich um einen Wiederaufbau nach Art. 11 Abs. 2 ZWG.

²¹ Amtliches Bulletin 2015 N 71-73; Aron Pfammatter, in Stefan Wolf/Aron Pfammatter (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG), Art. 11 N. 9

²² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 626/2020 vom 17. Juni 2022 E. 4.4.3

²³ Pfammatter, in Stefan Wolf/Aron Pfammatter (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG), Art. 11 N. 3

Zur Abgrenzung zwischen einer Erweiterung nach Art. 11 Abs. 3 ZWG und einem Wiederaufbau nach Art. 11 Abs. 2 ZWG ist demnach darauf abzustellen, ob die Hauptnutzfläche der altrechtlichen Wohnung abgebrochen und wieder aufgebaut wird oder ob sie erhalten bleibt. Im letzteren Fall ist eine Erweiterung um maximal 30 Prozent möglich, ohne dass dies eine Nutzungsbeschränkung zur Folge hat.

j) Bei der Projektänderung II ist kein Abbruch und Wiederaufbau von Hauptnutzflächen vorgesehen. Die entfernten und wieder angebrachten Fassadenteile im Dachgeschoss betreffen die Konstruktionsfläche. Deren Abbruch und Wiederaufbau ist keinen Beschränkungen unterworfen. Der Abbruch und Wiederaufbau bzw. die teilweise Neuerstellung der Wand zwischen Zimmer 1 und Zimmer 2 betrifft ebenfalls die Konstruktionsfläche, nicht die Hauptnutzfläche. Auch dafür gelten nach Art. 11 ZWG keine Beschränkungen. Auch mit der Entfernung des Dachgeschossbodens über Zimmern 1 und 2 bzw. – gemäss der Darstellung der Gemeinde²⁴ – der Decke über dem gesamten Erdgeschoss wurde keine Hauptnutzfläche abgebrochen und wieder aufgebaut. Im Dachgeschoss bzw. Estrich des altrechtlichen Ferienhauses betrug die Raumhöhe zwischen 0 und 1,50 m. Das altrechtliche Dachgeschoss diente somit nicht dem Wohnen im engeren Sinn und stellte keine Hauptnutzfläche dar.

Die Anpassungen des Vorhabens gemäss der Projektänderung II spielen somit hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Erweiterung und Wiederaufbau keine Rolle. Auch mit der Projektänderung II wird keine vorbestehende Hauptnutzfläche abgebrochen und wieder aufgebaut, sondern die vorbestehende Hauptnutzfläche bleibt im Wesentlichen erhalten. Das Mass der Erweiterung, d.h. der Schaffung neuer Hauptnutzfläche, bleibt mit der Projektänderung II unverändert.

k) Das Vorgängerprojekt wurde mit Bauentscheid vom 15. November 2021 als Erweiterung im Rahmen von Art. 11 Abs. 3 ZWG ohne Auflage von Nutzungsbeschränkung bewilligt. Dieser rechtskräftige Entscheid ist nicht mehr in Frage zu stellen. Da die Projektänderung II keine Umqualifikation als Wiederaufbau veranlasst und das Mass der Erweiterung unverändert bleibt, wirkt sich die Projektänderung II nicht auf die zulässige Nutzung aus. Die Art der Wohnnutzung bleibt demnach auch mit der Projektänderung II frei. Die streitige Nutzungsaufgabe betreffend Anmerkung der Erstwohnungsnutzung im Grundbuch rechtfertigt sich nicht.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Dispositivziffer 2 des Entscheids vom 27. Oktober 2023 ist aufzuheben.

4. Ergebnis und Kosten

a) Nach dem Gesagten sind die Rügen der Beschwerdeführerin begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und Dispositivziffer 2 des Entscheids vom 27. Oktober 2023 aufzuheben. Die Beurteilung kann gestützt auf die Pläne und die weiteren Akten erfolgen. Der beantragte Augenschein ist verzichtbar.

b) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 2000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG²⁵ i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁶).

²⁴ Beschwerdeantwort der Gemeinde Grindelwald vom 22. Dezember 2023 S. 3

²⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

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

Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Der Gemeinde werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die Verfahrenskosten werden daher vom Kanton getragen.

c) Entsprechend dem Ergebnis des Verfahrens hat die Gemeinde der Beschwerdeführerin deren Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht Parteikosten von gesamthaft CHF 6092.45 geltend, welche sich aus einem Honorar von CHF 5915.– und Auslagen von CHF 177.45 zusammensetzen.

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 CHF 400.– bis CHF 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. Die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses sind als durchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von CHF 5000.– als angemessen. Mit den Auslagen von CHF 177.45 hat die Gemeinde der Beschwerdeführerin Parteikosten von insgesamt CHF 5177.45 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Dispositivziffer 2 des Entscheids der Gemeinde Grindelwald vom 27. Oktober 2023 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Gemeinde Grindelwald hat der Beschwerdeführerin Parteikosten im Betrag von CHF 5177.45 zu ersetzen.

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

²⁸ Kantonaues Anwaltsqesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____ und/oder Frau Rechtsanwältin C._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Grindelwald, Bauverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 3 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.