

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2015/72

Bern, 12. Juni 2017

In der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C._____

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Grindelwald, Bauverwaltung, Spillstattstrasse 2,
Postfach 104, 3818 Grindelwald

vertreten durch Herrn Fürsprecher D._____

betreffend die Verfügungen der Baupolizeibehörde der Gemeinde Grindelwald vom
4. Dezember 2015 (Nutzung von Abstellräumen zu Wohnzwecken)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtbauentscheid vom 18. August 2005 bewilligte der Regierungsratthalter von Interlaken (heute Interlaken-Oberhasli) den Bau von drei Mehrfamilienchalets A (Gebäude E._____), B (Gebäude F._____) und C (Gebäude G._____) auf Parzelle Grindelwald Grundbuchblatt Nr. H._____ in der erweiterten Kernzone von Grindelwald. Die Baubewilligung war unter anderem mit einer im Grundbuch anzumerkenden Auflage versehen, wonach die disponiblen unbewohnten Räume im jeweiligen Erdgeschoss nicht nachträglich zu Wohnzwecken ausgebaut und dort auch keine Balkontüren eingebaut werden dürfen. Der Gesamtentscheid blieb unangefochten.

Die Baubewilligungsbehörde der Gemeinde bewilligte in der Folge mehrere Projektänderungen. Auch die Projektänderungsbewilligungen waren mit der Auflage versehen, dass die in den Plänen eingetragenen Abstellräume nicht zu Wohnzwecken ausgebaut werden dürfen. Anlässlich der Wohnungsabnahmen vom 14. November 2006 stellte die Baupolizeibehörde fest, die Bauten seien gemäss den Ausführungsplänen erstellt worden; Beanstandungen und Mängel lägen keine vor. Die fünf Erdgeschosswohnungen der Chalets A, B und C wurden in der Folge im Stockwerkeigentum verkauft. Die Beschwerdeführenden erwarben die zwei Erdgeschosswohnungen im Haus C: im Chalet I. _____ (J. _____ strasse) die Wohnung mit der Grundstück-Nr. H. _____ und im Chalet K. _____ (L. _____ strasse) die Wohnung mit der Grundstück-Nr. H. _____-15.

2. Aufgrund einer aufsichtsrechtlichen Anzeige führte die Gemeinde am 26. März 2009 eine Nachkontrolle durch. Diese ergab, dass in allen drei Gebäuden Abstellräume im Erdgeschoss zu Wohnzwecken genutzt wurden. Bezüglich der beiden Wohnungen der Beschwerdeführenden wurde Folgendes festgestellt: In der Wohnung im Chalet I. _____ wurde der Abstellraum I als Schlafzimmer und der Abstellraum II als Büroraum genutzt. In der Wohnung im Chalet K. _____ wurde der Abstellraum I als Schlafzimmer genutzt. Der Abstellraum III wurde als Bastel-/Hobbyraum genutzt. Deshalb verfügte die Gemeinde am 1. Mai 2009 gegenüber den betroffenen Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümern die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, d.h. die Entfernung der zu Wohn- und Arbeitszwecken angebrachten Einrichtungen. Die nachträglichen Baugesuche für die Umnutzung der Abstellräume zu Wohnzwecken wies sie am 3. September 2009 ab. Zugleich verfügte sie erneut die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und ordnete an, dass das Zweckentfremdungsverbot durch die Bewilligungsbehörde beim Grundbuchamt angemeldet werde. Gegen diese Verfügungen erhoben die Beschwerdeführenden gemeinsam mit weiteren Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümern Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE).¹ Diese wies die Beschwerden am 19. Februar 2010 ab und bestätigte die Verfügungen der Gemeinde. Gegen diesen Entscheid erhoben unter anderen die Beschwerdeführenden am 24. März 2010 Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Mit Urteil vom

¹ Beschwerdeverfahren RA Nr. 110/2009/130

1. April 2011 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab.² Dieser Entscheid wurde rechtskräftig.

3. Aufgrund einer Anzeige nahm die Gemeinde am 14. September 2015 unter anderem in den beiden Wohnungen der Beschwerdeführenden eine Vollzugskontrolle vor. Dabei stellte sie fest, dass nach wie vor Abstellräume zu Wohnzwecken genutzt wurden. Mit je einer Wiederherstellungsverfügung pro Wohnung forderte die Gemeinde die Beschwerdeführenden auf, die zu Wohn- und Arbeitszwecken angebrachten Einrichtungen zu entfernen und den Raum nur noch für die Nutzung gemäss den bewilligten Plänen vom 15. August 2006 vorzusehen. Die als Nebenräume bestimmten Räume dürften nicht als Wohnräume genutzt werden. Betreffend die Wohnung im Chalet I._____ verfügte die Gemeinde, dass im Raum I das Doppelbett vollständig zu entfernen sei und der Raum nicht zu hauswirtschaftlichen Zwecken genutzt werden dürfe. Im Raum II seien sämtliche Büromöblierung sowie das Canapé zu entfernen. Betreffend die Wohnung im Chalet K._____ verfügte die Gemeinde, im Raum I seien die Betten zu entfernen. Der Raum dürfe nicht als Schlafraum genutzt werden. Die Nutzung des Raumes III als Büro- und Musikzimmer sei nicht zulässig. Die Möblierung müsse entfernt werden.

4. Gegen diese beiden Verfügungen haben die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 24. Dezember 2015 Beschwerde bei der BVE erhoben. Sie beantragen, die beiden Verfügungen seien aufzuheben. Das Protokoll der Begehung sei ihnen nicht zugestellt worden. Bei der Überbauung habe es grössere Bausünden; diese würden unter den Teppich gewischt. Sie werfen die Frage auf, warum der heutige Mieter den Raum III im Chalet K._____ nicht weiterhin als Hobbyraum nutzen dürfe. Der Raum I werde als Schlafzimmer genutzt, da es sich um eine 2 ½- und nicht um eine 1 ½-Zimmer-Wohnung handle. Nach dem neuen Baureglement handle es sich beim betreffenden Geschoss um ein Vollgeschoss. Es sei nicht mehr erforderlich, dass zusätzlich auch die Nutzung eingeschränkt bleibe. Für die Wohnung im Chalet I._____ würden sie seit jeher acht Bewohnerwerte für nutzbare Räume zahlen. Bei der Nachkontrolle vom 26. März 2009 sei das Canapé nicht bemängelt worden. Die neue Verfügung, die das Entfernen des Canapés verlange, stelle eine Verschärfung dar. Im Übrigen stehe das Canapé seit Jahren nicht

² VGE 100.2010.111U vom 1.4.2011

mehr im fraglichen Raum. Das Bettgestell werde lediglich gelagert. Der Raum werde ebenfalls als Hobbyraum genutzt.

5. In ihrer Beschwerdeantwort vom 27. Januar 2016 beantragt die Gemeinde, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die angefochtenen Massnahmen würden weitestgehend nicht über das hinausgehen, was bereits Gegenstand des rechtskräftigen Entscheids des Verwaltungsgerichts vom 1. April 2011 gebildet habe. Es gehe letztlich nur darum, den Beschwerdeführenden aufgrund der Vollzugskontrolle nochmals Gelegenheit zu geben, die Räume bewilligungskonform zu nutzen. Es sei deshalb von einem Fall einer *res iudicata* auszugehen.

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, liess die Akten vervollständigen und zog die Archivakten RA Nr. 110/2009/130 bei. Die Beschwerdeführenden nahmen mit Schreiben vom 15. Februar 2016 Stellung zur Beschwerdeantwort der Gemeinde. Am 17. März 2016 führte das Rechtsamt der BVE einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Dabei wurde insbesondere die Möglichkeit einer einvernehmlichen Streiterledigung diskutiert. Die Beschwerdeführenden nahmen am 8. April 2016 Stellung zum Augenscheinprotokoll. Am 27. Juni 2016 teilten die nunmehr anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden mit, sie seien an einer vergleichsweisen Streiterledigung interessiert. In der Folge führten sie Vergleichsverhandlungen mit der Gemeinde und das Beschwerdeverfahren wurde sistiert. Am 26. Januar 2017 teilten die Beschwerdeführenden mit, bezüglich der Wohnung im Chalet I. _____ (Grundstück-Nr. H. _____-14) sei ein Vergleich mit der Gemeinde abgeschlossen worden. Insoweit könne das Verfahren als erledigt abgeschrieben werden. Bezüglich der Wohnung im Chalet K. _____ (Grundstück-Nr. H. _____) habe keine Einigung gefunden werden können. Die Beschwerdeführenden würden zu einer Lösung Hand bieten, die sicherstelle, dass weniger als 50 % der Bruttogeschossfläche eines Normalgeschosses zu Wohnzwecken genutzt werde. Mit Schreiben vom 30. Januar 2017 teilte die Gemeinde mit, sie sei nicht zu weiteren Konzessionen bereit. Mit Verfügung vom 1. Februar 2017 nahm das Rechtsamt das Beschwerdeverfahren wieder auf und gab den Beteiligten Gelegenheit, allfällige Schlussbemerkungen einzureichen. Von dieser

³ 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)

Möglichkeit machten einzig die Beschwerdeführenden Gebrauch. In ihren Schlussbemerkungen vom 22. Februar 2017 nahmen sie ausführlich Stellung und modifizierten ihre Rechtbegehren folgendermassen:

- «1. Die Verfügung vom 4. Dezember 2015, welche sich auf die Wohnung Grindelwald-Gbbl. Nr. H._____ (Erdgeschoss des Hauses L._____ in Grindelwald) bezieht, sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Wohnung Grindelwald-Gbbl. Nr. H._____ wie folgt genutzt werden darf:
 - a. Die Räume H._____ und H._____, das Bad und der Eingangsbereich zu Wohnzwecken;
 - b. Der Raum H._____ als Hobby- und Abstellraum.
3. Es sei festzustellen, dass die gegenwärtige Nutzung der Wohnung Grindelwald-Gbbl. Nr. H._____ bewilligungskonform sei.
4. Eventuell: Die Akten seien zur Neu Beurteilung unter Beiladung des Mieters an die Vorinstanz zurückzuweisen.»

Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG⁴ können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVE ist daher für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die beiden Wiederherstellungsverfügungen besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung. Sie sind deshalb befugt, Beschwerde zu führen (Art. 65 Abs. 1 VRPG⁵). Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Sie enthält einen Antrag und eine Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Die BVE tritt deshalb vorbehältlich der nachfolgenden Erwägungen auf die Beschwerde ein.

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

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

b) Während des Beschwerdeverfahrens haben die Beschwerdeführenden und die Gemeinde eine Vereinbarung abgeschlossen. Danach wird die Verfügung betreffend die Erdgeschosswohnung im Chalet I. _____ (Stockwerkeinheit Grindelwald Gbbl. Nr. H. _____) aufgehoben und durch eine neue Regelung ersetzt. Insoweit ist das rechtserhebliche Interesse am Erlass eines Entscheids in der Sache weggefallen und das Beschwerdeverfahren kann als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben werden, soweit es diese Wiederherstellungsverfügung betrifft.

c) Die Beschwerdeführenden haben in ihrer Beschwerde einzig die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt. Zu prüfen ist, ob die in den Schlussbemerkungen zusätzlich gestellten Rechtsbegehren zulässig sind. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist dürfen grundsätzlich keine neuen Anträge eingereicht werden (Art. 33 Abs. 3 VRPG). Vorbehalten bleibt die zulässige Änderung der Rechtsbegehren oder des Klagegrunds, wofür gemäss Art. 26 VRPG die Vorschriften der ZPO⁶ über die Klageänderung sinngemäss anwendbar sind. Dabei ist im Beschwerdeverfahren zu beachten, dass dieses die Überprüfung der angefochtenen Verfügung bezweckt. Es ist jedoch nicht Aufgabe der Rechtsmittelbehörde, anstelle der verfügenden Behörde erstmals Überlegungen über die konkrete Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen anzustellen. Allerdings verfügen die Behörden im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren regelmässig über volle Überprüfungsbefugnis (Rechts- und Ermessenskontrolle; vgl. Art. 66 VRPG). Sie können angefochtene Verfügungen im Rahmen des Streitgegenstandes gestützt auf die Offizialmaxime unter bestimmten Voraussetzungen ohne Bindung an die Parteibegehren ändern, d.h. die beschwerdeführende Partei besser oder schlechter stellen. Es ist den Parteien deshalb unbenommen, ihre Rechtsbegehren in dieser Hinsicht neu zu fassen oder zu erweitern.⁷

Der Streitgegenstand wird einerseits durch die angefochtene Verfügung (Anfechtungsobjekt) und andererseits durch die Vorbringen der beschwerdeführenden Partei bestimmt. Rügen, die über den Streitgegenstand hinausgehen, sind unzulässig. Auf sie kann nicht eingetreten werden.⁸ Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet nur (noch) die Wiederherstellungsverfügung betreffend die Erdgeschosswohnung im Chalet K. _____ (Grundstück-Nr. Nr. H. _____). Ob die ursprüngliche Baubewilligung für

⁶ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272)

⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 26 N. 14

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 ff.

den Bau der drei Mehrfamilienchalets fehlerhaft war, ist eben so wenig Streitgegenstand wie die mit der Nutzung der Wohnung zusammenhängenden abgaberechtlichen Fragen. Insoweit kann von vornherein nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. Die rechtskräftig bewilligte Nutzung der Räume ergibt sich aus der Projektänderungsbewilligung der Gemeinde und den dazugehörenden Gesuchsunterlagen, insbesondere dem am 15. August 2006 als bewilligt abgestempelten Grundrissplan des Erdgeschosses des Mehrfamilienhauses C. Die in Ziff. 2 des Rechtsbegehrens genannten Räume wurden als Abstellräume bewilligt. Ob die fraglichen Räume anders als damals bewilligt genutzt werden dürfen, bzw. ob die in diesen Plänen eingetragenen Abstellräume unter Geltung des neuen Baureglements zu Wohnzwecken ausgebaut werden dürfen, müsste im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens geprüft werden, soweit es sich dabei nicht um eine bereits beurteilte Sache (*res iudicata*) handelt. Auf das (neue) Rechtsbegehren Ziff. 2 kann deshalb nicht eingetreten werden.

Hingegen ist die Wiederherstellungsverfügung nur zulässig, wenn die aktuelle Nutzung der Wohnung widerrechtlich ist. Dies setzt die Prüfung voraus, ob diese bewilligungskonform ist oder nicht. Insofern bewegt sich das Rechtsbegehren Ziff. 3 im Rahmen des Streitgegenstandes und ist grundsätzlich zulässig. Das gilt auch für die Frage der Verfügungsadressaten (Rechtsbegehren Ziff. 4). Bei Rechtsbegehren Ziff. 3 handelt es sich allerdings um ein Feststellungsbegehren, das nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist.

d) Feststellungsbegehren bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses. Sie sind gegenüber leistungsverpflichtenden und rechtsgestaltenden Begehren subsidiär und damit nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann.⁹ Die Frage, wie die Wohnung Grindelwald Gbbl. Nr. H._____ genutzt werden darf, kann in einem Baubewilligungsverfahren geklärt werden. Es besteht deshalb insoweit kein hinreichendes schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung. Die Frage, ob die gegenwärtige Nutzung der Wohnung Grindelwald-Gbbl. Nr. H._____ bewilligungskonform sei, muss im vorliegenden Beschwerdeverfahren gegen die Wiederherstellungsverfügung sowieso geprüft werden. Eine allfällige Aufhebung der Verfügung würde zwar nichts darüber aussagen, ob die gegenwärtige Nutzung der

⁹ BVR 2014 S. 33 E. 1.4, 2011 S. 564 E. 3.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 19 ff.

Wohnung bewilligungskonform ist oder ob auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands aus Gründen des Vertrauensschutzes oder der Verhältnismässigkeit verzichtet wird. Sie würde aber dazu führen, dass die Beschwerdeführenden die Wohnung weiterhin als 3 ½-Zimmer-Wohnung nutzen und vermieten könnten. Es ist weder dargetan noch ersichtlich, worin ein darüber hinaus gehendes Feststellungsinteresse liegen sollte. Die Beschwerdeführenden haben daher auch insoweit kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse. Auf die Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 kann deshalb nicht eingetreten werden.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie machen geltend, sie hätten das Protokoll der Begehung vom 14. September 2015 erst zusammen mit der angefochtenen Verfügung erhalten. In ihren Schlussbemerkungen ergänzen sie, sie seien vor Erlass der Verfügung nicht angehört worden und hätten deshalb auch keine Gelegenheit gehabt, Einsicht in die amtlichen Akten zu verlangen. Die Gemeinde bringt dagegen vor, die Beschwerdeführenden seien bei der Vollzugskontrolle vom 14. September 2015 anwesend gewesen und hätten sich zur vorgefundenen Situation äussern können. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör lasse sich nichts Zusätzliches ableiten.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, an Instruktionsverhandlungen und Augenscheinen teilzunehmen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisansträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Die Anhörung kann mündlich oder schriftlich erfolgen.¹⁰ Um Akteneinsicht zu erhalten, haben die Parteien grundsätzlich ein Gesuch einzureichen.¹¹ Wird ein Augenscheinprotokoll verfasst, so haben sie ein Recht auf Einsicht und Stellungnahme.¹² Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 6

¹¹ BGE 132 V 387 E. 6.2, mit Hinweisen

¹² BGer 1C_430/2008 vom 16. April 2009 E. 2.3.3

Entscheid. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung jedoch eine Heilung grundsätzlich aus.¹³ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁴

c) Im Zusammenhang mit einer aufsichtsrechtlichen Beschwerde stellte die Gemeinde fest, dass seit dem Verwaltungsgerichtsentscheid vom 1. April 2011 betreffend die Umnutzung von Abstellräumen zu Wohnräumen nie eine Baukontrolle durchgeführt worden war. Sie kündigte deshalb an, diese Kontrolle nachzuholen. Den Beschwerdeführenden war das Thema der Vollzugskontrolle vom 14. September 2015 bekannt.¹⁵ Sie nahmen an der Begehung teil, konnten sich vor Ort zur Sache äussern und ihren Standpunkt darlegen. Sie wurden somit vor Erlass der Verfügung angehört. Die Möglichkeit, vor oder nach der Vollzugskontrolle ein Akteneinsichtsgesuch zu stellen, wäre ihnen offen gestanden. Eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts ist nicht erkennbar. Hingegen ist unbestritten, dass die Aktennotiz der Vollzugskontrolle vom 14. September 2015 den Beschwerdeführenden erst mit der Wiederherstellungsverfügung vom 4. Dezember 2015 zugestellt wurde. Die Beschwerdeführenden hatten somit keine Möglichkeit, sich vor Erlass der Verfügung dazu zu äussern. Dadurch wurde das rechtliche Gehör verletzt.

d) Die Gehörsverletzung kann im Beschwerdeverfahren vor der BVE geheilt werden, da ihr nach Art. 40 Abs. 3 BauG volle Überprüfungsbefugnis zukommt und die Beschwerdeführenden durch die nachträgliche Zustellung des Protokolls Kenntnis davon und in ihrer Beschwerde Stellung dazu nehmen konnten. Den Beschwerdeführenden ist durch die verspätete Zustellung der Aktennotiz kein Nachteil entstanden. Sie machen weder geltend noch ist ersichtlich, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs Mehrkosten oder einen prozessualen Mehraufwand verursacht hat. Die Heilung der Gehörsverletzung hat daher auch keine Auswirkungen im Kostenpunkt.

¹³ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16

¹⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 9

¹⁵ Vgl. dazu Schreiben der Beschwerdeführenden an die Bauverwaltung Grindelwald vom 8. September 2015; Schreiben des Regierungsrats Interlaken-Oberhasli an die Beschwerdeführenden vom 21. September 2015

3. Bewilligungskonformität

a) Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, sie hätten den Abstellraum III im Chalet K. _____ immer als Bastel- und Hobbyraum genutzt. Sie fragten sich deshalb, warum ihr Mieter diesen Raum nicht auch als Hobbyraum nutzen dürfe. Die Gitarren würden lediglich aufbewahrt, da sie im Keller Schaden nehmen würden. Der Mieter halte weder Konzerte noch übe er für seine Musikauftritte in diesem Raum. Er nutze auch den Tisch nicht gewerblich. Er habe sein Büro in Interlaken. Bei der Wohnung handle es sich gemäss Kaufvertrag und Grundbucheintrag um eine 2 ½-Zimmer-Wohnung. Der Mieter nutze deshalb den Raum I als Schlafzimmer. In ihren Schlussbemerkungen machen sie geltend, die gegenwärtige Nutzung der Wohnung sei bewilligungskonform. Dies ergebe sich aus der Anwendung der abstrakten Regel, wonach höchstens 50 Prozent eines Geschosses zu Wohnzwecken genutzt werden dürfe, damit dieses nicht als Vollgeschoss zählen würde. Diese abstrakte Regel habe den Gegenstand des Verfahrens vor Verwaltungsgericht gebildet. Über die konkrete Anwendung dieser Regel auf die umstrittene Wohnung sei im Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. April 2011 noch nicht entschieden worden.

b) Voraussetzung für den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung ist, dass ein (bewilligungspflichtiges) Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt worden ist oder dass bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet worden sind (Art. 46 BauG). Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 RPG¹⁶). Baubewilligungspflichtig sind auch die Zweckänderung und der Abbruch von Bauten, Anlagen und Einrichtungen sowie wesentliche Terrainveränderungen (Art. 1a Abs. 2 BauG). Grundsätzlich gilt, dass Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung oder den genehmigten Plänen hervorgehen, nicht bewilligt worden sind.¹⁷ Jede baubewilligungspflichtige Abweichung vom bewilligten Zustand setzt die Bewilligung einer Projektänderung oder die Durchführung eines neuen Baubewilligungsverfahrens voraus.¹⁸

c) Massgeblich für den bewilligten Zustand der Erdgeschosswohnung im Chalet K. _____ ist die Projektänderungsbewilligung mit den dazugehörigen, von der

¹⁶ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. c, mit weiteren Hinweisen

¹⁸ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 42 N. 1

Gemeinde am 15. August 2006 als bewilligt abgestempelten Plänen und den damit verbundenen Nebenbestimmungen. Danach wurde die fragliche Wohnung als 1 ½-Zimmer-Wohnung mit drei grosszügigen Abstellräumen und einem Korridor bewilligt. Zudem wurde auf diesem Geschoss ein weiterer, direkt von aussen zugänglicher Abstellraum bewilligt. Die Räume, die nicht zu Wohnzwecken ausgebaut werden dürfen, sind im bewilligten Plan rot eingezeichnet. Baurechtlich wurde somit eine 1 ½-Zimmer-Wohnung mit je einem Bereich für Schlafen, Wohnen und Essen, einer offenen Küche und einer separaten Nasszelle mit Dusche, WC und Lavabo bewilligt. Dass die fragliche Stockwerkeinheit gemäss Kaufvertrag und Grundbuch eine 2 ½-Zimmer-Wohnung mit Nebenraum umfasst, vermag daran nichts zu ändern. Die Beschwerdeführenden konnten keine bessere Rechtsposition erwerben, als die Verkäuferin innehatte.¹⁹ Die Umnutzung von zwei Abstellräumen zu Wohnzwecken stellt eine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung dar. Die anlässlich der Nachkontrolle vom 14. September 2015 festgestellte Nutzung der Abstellräume I und III als Schlafzimmer bzw. als Büro und Hobbyraum (Musikzimmer) widerspricht der ursprünglichen Baubewilligung, da sie von der Nutzungsintensität her als Wohnnutzung zu qualifizieren ist. Sie ist daher formell rechtswidrig.

d) Im Nachgang zur Wiederherstellungsverfügung vom 1. Mai 2009 reichten die Beschwerdeführenden ein Baugesuch vom 16. Mai 2009 ein für die Umnutzung der Abstellräume in ihren beiden Wohnungen im Chalet C (K._____ und I._____) zu Wohnzwecken. Bezüglich der Erdgeschosswohnung im Chalet K._____ beantragten sie die Umnutzung in eine 3 ½-Zimmer-Wohnung mit einem zusätzlichen Bad und WC. Vorgesehen war, den Abstellraum I als Schlafzimmer und den Abstellraum III als Zimmer zu nutzen. Die Gemeinde wies das Baugesuch am 3. September 2009 ab und verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Dieser Entscheid wurde von der BVE am 19. Februar 2010 bestätigt. Das Verwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde der Beschwerdeführenden mit Urteil vom 1. April 2011 ab. Es setzte sich in seinem Entscheid damit auseinander, dass das bei Erteilung des ursprünglichen Gesamtentscheids im Jahr 2005 massgebliche Gemeindebaureglement in der Zwischenzeit durch ein neues abgelöst worden sei und es berücksichtigte die neue Regelung zu den Geschossen. Es führte aus, dass das Gebäude nach neuem Gemeindebaureglement viergeschossig sei und daher ein Geschoss zu viel aufweise. Bezüglich der Geschosshöhe sei das Gebäude von der Besitzstandsgarantie nach Art. 3

¹⁹ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. b, mit weiteren Hinweisen

Abs. 1 BauG erfasst. Dieser werde insofern Schranken gesetzt, als dass durch den Umbau oder die Erweiterung von besitzstandsgeschützten Bauten und Anlagen deren Rechtswidrigkeit nicht verstärkt werde (Art. 3 Abs. 2 BauG). Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, jegliche Umnutzung von Abstellräumen zu Wohnzwecken würde zu einer Verstärkung der Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BauG führen. Eine solche sei daher nicht bewilligungsfähig. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden bildete somit nicht eine abstrakte Regel, sondern ein konkretes Bauvorhaben für die Umnutzung bestimmter Räume Gegenstand des fraglichen Bau- und Beschwerdeverfahrens. Diesem wurde der Bauabschlag erteilt, der in Rechtskraft erwachsen ist. Die Frage, ob die Umnutzung der Räume I und III zu Wohnzwecken bewilligungsfähig sei, wurde somit entschieden und von den Rechtsmittelinstanzen bestätigt. Sie stellt eine bereits beurteilte Sache (res iudicata) dar. Die heutige Nutzung der Erdgeschosswohnung im Chalet K._____ (Stockwerkeinheit Grindelwald Gbbl. Nr. H._____) als 3 ½-Zimmer-Wohnung ist somit auch materiell rechtswidrig.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Wiederherstellungsverfügung sei nicht verhältnismässig, da das Haus durch die Nichtwohnnutzung der fraglichen Räume nicht kleiner werde. Die verbauten Flächen sollten sinnvoll genutzt werden. In ihren Schlussbemerkungen machen sie zudem geltend, da die Wohnung vermietet sei, hätten sie keine Möglichkeit, die Wiederherstellungsmassnahmen selber umzusetzen. Sie könnten lediglich das Mietverhältnis auflösen. Die Vorinstanz hätte deshalb den Mieter als Verfügungsadressaten behandeln oder zumindest beiladen müssen. Dieser Fehler könne im Beschwerdeverfahren nicht behoben werden. Falls die BVE zum Ergebnis gelange, die gegenwärtige Nutzung sei nicht zulässig, müsse die angefochtene Verfügung deshalb von Amtes wegen aufgehoben und die Akten an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

b) Nach Art. 46 Abs. 2 BauG setzt die Baupolizeibehörde der Grundeigentümerin oder dem Grundeigentümer Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Diese gesetzliche Regelung ist auf den Normalfall zugeschnitten, in dem Grundeigentum und Bauherrschaft in ein und derselben Hand liegen. Fallen Grundeigentum und Bauherrschaft auseinander, gibt es mehrere potentielle Adressaten der Wiederherstellungsverfügung. Es gilt dabei gemäss verwaltungs- und bundesgerichtlicher Praxis der Grundsatz, dass die

Wiederherstellungsverfügung an den Störer zu richten ist. Das ist grundsätzlich derjenige, der die Baurechtswidrigkeit selbst oder durch Personen, für deren Verhalten er verantwortlich ist, verursacht hat, also in der Regel der Bauherr (sogenannter Verhaltensstörer). Dieser ist berechtigt und verpflichtet, das Vorhaben den massgeblichen Vorschriften und der erteilten Baubewilligung entsprechend auszuführen. Als Störer gilt aber auch derjenige, der über die Sache, welche den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (sogenannter Zustandsstörer); das ist in der Regel der Grundeigentümer. Die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann alternativ oder kumulativ jedem Verhaltens- oder Zustandsstörer auferlegt werden. Der zuständigen Behörde kommt dabei ein gewisser Ermessensspielraum zu. Nebst der Grundeigentümerin oder dem Grundeigentümer zusätzliche Adressaten ins Recht zu fassen drängt sich dann auf, wenn dies zur Durchsetzung der Wiederherstellungsverfügung notwendig erscheint. Wird nur gegen einen von mehreren Störern die Wiederherstellung verfügt, ist diese Verfügung nicht rechtswidrig oder nichtig; allenfalls bedarf es aber einer weiteren Verfügung gegen die übrigen Störer, damit die Wiederherstellung durchgesetzt werden kann.²⁰

Die Rechtswidrigkeit ist vorliegend darauf zurückzuführen, dass sich die Beschwerdeführenden nicht an die ursprüngliche Baubewilligung bzw. den rechtskräftigen Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung halten. Sie nutzen bzw. vermieten die fragliche Wohnung nicht wie bewilligt als 1 ½-Zimmer-Wohnung, sondern als 3 ½-Zimmer-Wohnung. Hinweise, wonach der Mieter in Überschreitung des Mietvertrags für die baurechtswidrige Nutzung verantwortliche wäre, sind keine vorhanden. Es ist daher sachgerecht, wenn die Beschwerdeführenden als primäre Adressaten der Wiederherstellungsverfügung in die Pflicht genommen werden. Als Eigentümer und Vermieter der Wohnung sind sie grundsätzlich auch in der Lage, den rechtmässigen Zustand herzustellen, etwa indem sie den Mieter über die Rechtslage informieren und ihn auffordern, die Wohnung nur noch bewilligungskonform zu nutzen. Ob zur Durchsetzung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands der Miteinbezug des Mieters erforderlich ist, hängt im Übrigen davon ab, wie die Gemeinde im Fall der Ersatzvornahme vorzugehen gedenkt. Da sie die Ersatzvornahme bisher weder angedroht noch deren Modalitäten geregelt hat, kann dies zurzeit noch nicht beurteilt werden. Sollte gegenüber dem Mieter ein Vollstreckungshindernis bestehen, könnte dies mit einer separaten

²⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 56 N. 28 ff.; BVR 2008 S. 261 E. 3.2, 2007 S. 362 E. 4.1

Wiederherstellungsverfügung behoben werden. Für die Beschwerdeführenden wären damit keine nachteiligen Folgen verbunden.²¹ Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist eine Beiladung des Mieters folglich nicht zwingend erforderlich. Im Übrigen würde eine blossе Beiladung nicht genügen, sondern der Mieter müsste als Verfügungsadressat zu einem Tun bzw. Unterlassen verpflichtet werden. Soweit nötig, wird die Gemeinde deshalb eine weitere Wiederherstellungsverfügung an den Mieter zu erlassen haben, damit die Herstellung des rechtmässigen Zustands durchgesetzt werden kann. Der Rückweisungsantrag wird abgewiesen.

c) Die Wiederherstellung muss verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz besagt namentlich, dass die Anordnung nicht weiter gehen darf, als zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erforderlich ist. Die Wiederherstellung kann unterbleiben, wenn sie nicht im öffentlichen Interesse liegt oder die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist, sowie wenn die Bauherrschaft in gutem Glauben annehmen durfte, die von ihr erstellte Baute oder Anlage bzw. die ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang und deren Belassen widerspreche keinen schwerwiegenden öffentlichen Interessen.²²

Mit dem Bauentscheid vom 3. September 2009 wurde nicht nur der Bauabschlag erteilt, sondern auch die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet. Danach dürfen die gemäss Projektänderung vom 15. August 2006 als Nebenräume bestimmten Räume nur als Nebenräume benutzt werden. Im Raum H._____ sind die Betten zu entfernen. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hat innert zwei Monaten nach Rechtskraft des Entscheides zu erfolgen. Das Zweckentfremdungsverbot wird durch die Bewilligungsbehörde beim Grundbuch angemeldet. Dieser Entscheid ist rechtskräftig geworden. Auf eine durch die Rechtsmittelbehörde angeordnete bzw. sanktionierte Wiederherstellung darf eine untere Instanz grundsätzlich nicht zurückkommen. Sie darf auch nicht die Wiederherstellungsfrist verlängern.²³ Eine Wiederherstellungsverfügung ist eine Dauerverfügung und wirkt unbefristet in die Zukunft.²⁴ Soweit die angetroffene Situation unverändert ist, gilt die Verfügung weiter. Vorliegend besteht die Änderung der

²¹ Vgl. dazu BGE 107 Ia 19 E. 2c

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 47 N. 6

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 8

Situation einzig darin, dass nun auch der Abstellraum III zu Wohnzwecken genutzt wird, obwohl dies mit dem rechtskräftigen Entscheid ausdrücklich untersagt wurde. Es ist deshalb fraglich, ob bzw. inwieweit die Gemeinde überhaupt eine weitere, inhaltlich praktisch gleichlautende Wiederherstellungsverfügung mit erneuter Fristansetzung erlassen musste. Es hätte wohl ausgereicht, mittels Verfügung die bisher noch fehlende Androhung der Ersatzvornahme nachzuholen sowie festzulegen, wann und wie die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird (Ersatzvornahmeverfügung).

Wie die BVE bereits in ihrem Entscheid vom 19. Februar 2010 festgehalten hat, besteht ein genügendes öffentliches Interesse an der Herstellung des rechtmässigen Zustands. Das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, ist gross.²⁵ Die Beschwerdeführenden wissen spätestens seit der Bau-Nachkontrolle im März 2009, dass die fraglichen Räume als Abstellräume bewilligt und mit einem Zweckentfremdungsverbot belegt sind. Ihr Baugesuch für eine Umnutzung dieser Räume zu Wohnzwecken ist rechtskräftig abgewiesen worden. Es ist ihnen somit bekannt, dass lediglich eine 1 ½-Zimmer-Wohnung bewilligt ist. Trotzdem wird die vermietete Wohnung faktisch als 3 ½-Zimmer-Wohnung genutzt. Aufgrund der Bösgläubigkeit der Beschwerdeführenden kommt dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands deshalb ein erhöhtes Gewicht zu. Die Aufforderung, dem Wohnzweck dienende Möbelstücke zu entfernen, ist grundsätzlich geeignet und erforderlich, die Räume unbewohnbar zu machen. Die Anordnung, die lediglich dazu dienen soll, dass die Wohnung künftig bewilligungskonform genutzt wird, ist auch zumutbar. Die Gemeinde hat erneut das mildeste Mittel gewählt. Angesichts der qualifizierten Bösgläubigkeit der Beschwerdeführenden hätte es sich vorliegend wohl sogar gerechtfertigt, die unrechtmässige Nutzung dieses Mal durch wirksame bauliche Massnahmen zu verhindern.²⁶ Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist nicht zu beanstanden. Es ist ohne weiteres möglich, innert 60 Tagen die Betten aus dem Raum I und die Büro-Möblierung aus dem Raum III zu entfernen und die beiden Räume nicht mehr zu Wohnzwecken, sondern nur noch als Abstell- bzw. Hobbyraum zu verwenden. Die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde ist deshalb vollumfänglich zu bestätigen.

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b

²⁶ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 10

5. Kosten

a) Laut Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Wer ein Gesuch, eine Klage oder ein Rechtsmittel zurückzieht, den Abstand erklärt oder auf andere Weise dafür sorgt, dass das Verfahren gegenstandslos wird, gilt als unterliegende Partei (Art. 110 Abs. 1 VRPG). Mit Zustimmung der instruierenden Behörde können die Parteien Abweichendes vereinbaren (Art. 110 Abs. 3 VRPG). Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG).

b) Im Beschwerdeverfahren betreffend die Erdgeschosswohnung im Chalet I. _____ (Stockwerkeinheit Grindelwald Gbbl. Nr. H. _____) wird die Pauschalgebühr festgesetzt auf Fr. 200.00 (Art. 19 Abs. 1 GebV²⁷ i.V.m. Art. 21 Abs. 1 und 3 GebV). Für den Augenschein mit Instruktionsverhandlung wird eine zusätzliche Gebühr von Fr. 200.00 erhoben (Art. 20 Abs. 1 GebV). Die Verfahrenskosten betragen somit insgesamt Fr. 400.00. Die Parteien haben sich in der Vereinbarung auch über die Kostenverlegung geeinigt. Dieser kann zugestimmt werden. Den Beschwerdeführenden werden somit die Hälfte der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 200.00, auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 200.00 werden vom Kanton getragen, da Behörden nach Art. 108 Abs. 2 VRPG keine Verfahrenskosten auferlegt werden können.²⁸ Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

c) Im Beschwerdeverfahren betreffend die Erdgeschosswohnung im Chalet K. _____ (Stockwerkeinheit Grindelwald Gbbl. Nr. H. _____-15) wird die Pauschalgebühr festgesetzt auf Fr. 800.00 (Art. 19 Abs. 1 GebV i.V.m. Art. 21 Abs. 3 GebV). Für den Augenschein mit Instruktionsverhandlung wird eine zusätzliche Gebühr von Fr. 200.00

²⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²⁸ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 10

erhoben (Art. 20 Abs. 1 GebV). Die Verfahrenskosten betragen somit insgesamt Fr. 1'000.00. Die Beschwerdeführenden unterliegen und haben die Verfahrenskosten zu tragen. Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Das Beschwerdeverfahren wird insoweit als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben, als es die Wiederherstellungsverfügung vom 4. Dezember 2015 betreffend die Erdgeschosswohnung im Chalet I._____ (Stockwerkeinheit Grindelwald Grundbuchblatt Nr. H._____ betrifft.
2. Die Beschwerde gegen die Wiederherstellungsverfügung vom 4. Dezember 2015 betreffend die Erdgeschosswohnung im Chalet K._____ (Stockwerkeinheit Grindelwald Grundbuchblatt Nr. H._____) wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Beschwerdeführenden haben Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'200.00 zu bezahlen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Jede Partei trägt ihre Parteikosten selber.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt C._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher D._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin