



Bau- und Verkehrsdirektion

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

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 28. August 2023

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin

und

Herrn **D.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 1

Herrn **E.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 2

Frau **F.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 3

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt G._____

Herrn **H.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 4

sowie

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

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Nydegasse 11/13, 3011 Bern

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Grindelwald vom 28. Februar 2023 (Baupolizeifall Nr. 3052/2017; Zufahrtsstrasse)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Parzelle Grindelwald Gbbl. Nr. L._____ in der Landwirtschaftszone. Diese wird nicht landwirtschaftlich genutzt. Das darauf stehende Wohnhaus ist ein erhaltenswertes Baudenkmal.

2. Die Gemeinde erteilte am 12. Juni 2017 die Baubewilligung für das Bauvorhaben «Sanierung Nasszelle, Änderung Dach Anbau, Neuerstellung Zufahrtsstrasse mit Abstellplatz, Neuanschluss Gemeindekanalisation». Gemäss den am 12. Juni 2017 bewilligten Plänen führt die Zufahrtsstrasse über die Nachbarparzelle A._____, welche sich im Eigentum des von Amtes

wegen am Verfahren Beteiligten 1 befindet. Mittlerweile wurde davon ein Teil abparzelliert und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 haben dieses neue Grundstück Nr. B._____ gekauft. Darauf befindet sich ein Haus, welches an die Liegenschaft der Beschwerdeführerin angebaut ist. Die Zufahrtsstrasse gemäss den am 12. Juni 2017 bewilligten Plänen führt heute auch über die Parzelle Nr. B._____ der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3.

3. Am 18. Mai 2018 verfügte die Gemeinde eine Baueinstellung, da die Beschwerdeführerin Fassadenveränderungen (insb. Einbau und Vergrösserung von Fenstern) ohne Baubewilligung vorgenommen hatte. Zudem erliess die Gemeinde vorübergehend ein Benützungsverbot, da häusliches Schmutzabwasser unkontrolliert ins Gelände abgeleitet wurde.

Für die Projektänderung bzw. das nachträgliche Baugesuch insbesondere in Bezug auf die Fassadenänderungen verweigerte das AGR am 18. November 2019 die Ausnahmbewilligung nach Art. 24c RPG. Die Gemeinde erteilte am 18. Dezember 2019 den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung an bzw. verlangte die Einreichung einer Projektänderung für die «bauliche Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes». Gleichzeitig hob sie die Baubewilligung für den baubewilligten und noch nicht ausgeführten Ausbau des Anbaus Nord mit Anpassung des Dachs auf, da der Estrich ohne Baubewilligung zu Wohnraum (Bad) ausgebaut worden war (vgl. Ziffer IV.6). Mit Verfügung vom 23. Juli 2020 bewilligte die Gemeinde die Projektpläne für die Umsetzung der Wiederherstellung und hob die Baueinstellung auf.

4. Mit Mail vom 23. Februar 2021 kündigte der Architekt der Beschwerdeführerin an, den Neubau des Weges beginnen zu wollen und teilte mit, dafür sei eine unterirdische Stützmauer nötig, welche als Ersatzbau der Bruchsteinwand diene. Die Masse würden dem geplanten und am 12. Juni 2017 bewilligten Nordanbau entsprechen. Die Gemeinde wies mit Mail vom 26. Februar 2021 insbesondere darauf hin, dass die Bewilligung für den Ausbau des Anbaus Nord mit Wiederherstellungsverfügung vom 18. Dezember 2019 aufgehoben worden sei. Sofern jedoch nur der Ersatz der Bruchsteinwand durch eine neue unterirdische Stützmauer erfolge, könne das Vorhaben ausgeführt werden. Für eine abschliessende Beurteilung sei jedoch ein Schnittplan notwendig, worin ersichtlich sei, dass der Ersatz nur unterirdisch erfolge und demnach das äussere Erscheinungsbild nicht massgebend verändere. Mit Mail vom 23. Februar 2021 kündigte der Architekt insbesondere die Zustellung eines Bauplans vor Beginn der Bauarbeiten an. Auf Nachfrage des Architekten teilte die Gemeinde diesem zudem am 25. Mai 2021 mit, die Bewilligung vom Juni 2017 sei noch ca. 16 Monate, bis ca. August/September 2022, gültig.

5. Nachdem sich die Gemeinde in Bezug auf den Rückbau der Fassade erkundigt hatte, teilte die neu ebenfalls zuständige Architektin mit Mail vom 27. Juli 2021 mit, dass sie parallel zum Rückbau der Fenster mit dem Bau der Zufahrtsstrasse beginnen möchten. Der Weg sei im beiliegenden Plan eingezeichnet. Gemäss Aktennotiz der Gemeinde einer Besprechung vom 4. Oktober 2021 führte die Architektin aus, dass die Zufahrtsstrasse gemäss den bewilligten Plänen nur schwer zu realisieren sei und eine Hang- bzw. Böschungssicherung und etliche Terrainveränderungen benötige. Laut dieser Aktennotiz machte der Vertreter des AGR darauf aufmerksam, dass dies in den Baugesuchsunterlagen von 2017 nicht erwähnt sei. Falls die Ausführung von den bewilligten Plänen abweiche (anderer Standort, massive Terrainveränderungen etc.) sei eine Projektänderung einzugeben. Hauszufahrten seien nur dann bewilligungsfähig, wenn keine grossen Terrainveränderungen notwendig seien. Zudem müssten die betroffenen Grundeigentümer erneut zustimmen. Als Ergebnis hielt die Notiz fest, dass die Architektin als einzige Lösung sehe, die Zufahrtsstrasse nach den bewilligten Plänen auszuführen. Sie werde die Situation mit der Baufirma besprechen und die Bauverwaltung und das AGR zu gegebener Zeit informieren, wenn die Ausführung beginne.

6. Per Mail vom 18. Oktober 2021 kündigte die Architektin der Gemeinde und dem AGR den Baubeginn an und legte eine Skizze bei, auf der nur die Stützmauer beim Haus ersichtlich ist. Weiter teilte sie mit, die Böschung werde mittels TerraMur 2 Elementen ausgeführt. Am 10. November 2021 äusserte sich die Architektin gegenüber der Gemeinde dahingehend, der Zufahrtsweg sei gemäss beiliegendem Plan vor Ort durch den Geometer abgesteckt worden.

Am 7. Dezember 2021 leitete der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2 der Gemeinde die ihm vom Architekten zugestellten Ausführungspläne vom 18. November 2021 weiter. Die Gemeinde reagierte gleichentags per Mail und teilte der Architektin mit, sie habe Kenntnis davon, dass die Ausführung abgebrochen werden musste, da das Vorhaben nicht wie bewilligt ausgeführt werden könne. Die ihr vorliegenden Planunterlagen sprengten auch gemäss Sicht des AGR das bewilligte Projekt und eine Projektänderung sei wegen den Terrainveränderungen wohl nicht bewilligungsfähig. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2021 begründete die Gemeinde ihren Standpunkt ausführlich, gewährte der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör und verlangte innert 30 Tagen Auskunft zum weiteren Vorgehen.

7. Mit baupolizeilicher Anzeige vom 21. Dezember 2021 verlangten die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und den Erlass einer Baueinstellungsverfügung. Die Gemeinde gewährte der Beschwerdeführerin dazu und zu ihrem Schreiben vom 20. Dezember 2021 das rechtliche Gehör und beteiligte den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 1 am Verfahren.

8. Mit Gesuch vom 17. Februar 2022 beantragte der Beschwerdeführer die Verlängerung der Baubewilligung vom 12. Juni 2017 um ein Jahr von August 2022 bis Ende August 2023.

9. Nach mehrmaligen Nachfragen durch die Beschwerdeführerin verlangte die Gemeinde mit Verfügung vom 27. Juni 2022 eine Stellungnahme des AGR zur Frage, ob die Zufahrt, wie sie in den Ausführungsplänen dargestellt ist, von der Baubewilligung vom 12. Juni 2017 gedeckt sei oder nicht.

10. Am 5. August 2022 verfügte das AGR:

1. Für die Projektänderung II wird die Ausnahmbewilligung nach Artikel 24c RPG verweigert.
2. Das Verfahren ist durch die Baubewilligungsbehörde weiterzuführen.
3. [Kosten]
4. Dieser Verfügung ist den Beteiligten mit dem Bauentscheid zu eröffnen. Sie kann nur zusammen mit diesem Entscheid angefochten werden.
5. Bau- und Wiederherstellungsentscheide für Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone sind dem Amt für Gemeinden und Raumordnung zur Kenntnis zu bringen.
6. Die Verfügung geht an die Baubewilligungsbehörde.

11. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 29. August 2022 stellte die Gemeinde den Verfahrensbeteiligten die Verfügung des AGR vom 5. August 2022 zu, integrierte das Verfahren um Verlängerung der Baubewilligung in das Baupolizeiverfahren und stellte insbesondere die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes der begonnenen Zufahrtsstrasse in Aussicht. Daraufhin teilten die entsprechend angefragten von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 1-3 mit, sich am Wiederherstellungsverfahren beteiligen zu wollen.

12. Am 7. Oktober 2022 schloss die Gemeinde das Wiederherstellungsverfahren in Bezug auf die Fassade ab.

13. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2022 teilte die Beschwerdeführerin der Gemeinde unter anderem mit, dass sie die Arbeiten an der Zufahrtsstrasse wieder aufnehmen während die

Gemeinde mit Verfügung vom 21. Oktober 2022 Gelegenheit für Schlussbemerkungen gewährte. Am 2. November 2022 verfügte die Gemeinde die Baueinstellung. Die dagegen erhobene Beschwerde schrieb das Rechtsamt der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD), das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, am 9. Januar 2023 ab, da die Beschwerdeführerin die Beschwerde trotz entsprechender Aufforderung gemäss Art. 33 Abs. 2 VRPG² nicht unterzeichnet hatte.

14. Mit Entscheid vom 28. Februar 2023 trat die Gemeinde auf das Gesuch um Verlängerung der Baubewilligung infolge des fehlenden schutzwürdigen Interesses nicht ein (Bauvorhaben kann aus technischen Gründen nicht ausgeführt werden).

15. Am 28. Februar 2023 erliess die Gemeinde zudem die folgende Verfügung, welche sie der Beschwerdeführerin und den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten eröffnete:

1. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist wie folgt vorzunehmen:
 - Die begonnenen Terrainveränderungen sind in den ursprünglichen Zustand zurückzuführen und das Terrain ist entsprechend wiederherzustellen und zu renaturieren.Für die bauliche Wiederherstellung des rechtmässig bewilligten Zustandes wird eine Frist von 3 Monaten seit Eintritt der Rechtskraft dieser Wiederherstellungsverfügung gewährt.
2. Die vornach aufgeführten Wiederherstellungsmassnahmen und –gegenstände sind als Projektänderung durch einen ausgewiesenen Fachplaner in Planunterlagen (Schnitt- und Umgebungsplan) darzustellen und der Gemeindebaupolizeibehörde innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung einzureichen.
3. Unmittelbar nach erfolgter Fertigstellung ist die Gemeinde unaufgefordert zur Abnahme aufzubieten. Werden bei der Abnahme Mängel gegenüber den verfükten Massnahmen festgestellt wird die Gemeindebaupolizeibehörde die Ersatzvornahme verfügen. Dies bedeutet, dass die Gemeinde auf Kosten der Bauherrschaft bzw. des Grundeigentümers die vollständige und korrekte Wiederherstellung selber ausführen oder durch Dritte ausführen lassen wird (Art. 47 BauG).
4. Ersatzvornahme
Kommt die Bauherrschaft bzw. die Grundeigentümerin der Verfügung nicht innert der gesetzten Frist vollständig und vorschriftsgemäss nach, wird die Gemeindebaupolizeibehörde – ohne weitere Verfügung – zur Ersatzvornahme schreiten, d.h. auf Kosten der Grundeigentümer die Wiederherstellung selber ausführen oder durch Dritte ausführen lassen (Art. 47 BauG).
5. Widerhandlungen gegen die zu erlassende Verfügung sind nach Art. 50 BauG (Busse bis CHF 40'000.00, in besonders schweren Fällen und bei Rückfall bis zu CHF 100'000.00 nebst Haft) bzw. nach Art. 292 Strafgesetzbuch (Haft oder Busse) strafbar. Die Einreichung einer Strafanzeige bei der zuständigen Staatsanwaltschaft des Kantons Bern wird ausdrücklich vorbehalten.
6. [Kosten von total CHF 1650.–]
7. [Rechtsmittelbelehrung]

16. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 23. März 2023 Beschwerde bei der BVD ein. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

- die Wiederherstellungsverfügung des Beschwerdegegners vom 28. Februar 2023 sei aufzuheben;
- der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
- dem Beschwerdeführer sie die Wiederaufnahme der Ausführungsarbeiten für die Zufahrstrasse zur Parzelle Grindelwald Gbbl. Nr. L. _____ über die Parzellen Grindelwald Gbbl. Nrn. B. _____ und A. _____ zu gewähren;

¹ 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)

² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdegegners.

17. Das Rechtsamt der BVD wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Beschwerde bereits von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat. Weiter hielt das Rechtsamt fest, dass die Gemeinde am 2. November 2022 die Baueinstellung verfügt hat und diese Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist, weshalb die Beschwerdeführerin während des laufenden Verfahrens die Bauarbeiten nicht wiederaufnehmen darf. Zudem holte es die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch, wobei es die von der Zufahrtsstrasse betroffene Grundeigentümerschaft und H. _____ als Bauherr von Amtes wegen am Verfahren beteiligte. Die Gemeinde und das AGR beantragten die Abweisung der Beschwerde. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 beantragten die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Die übrigen von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten äusserten sich nicht.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Wiederherstellungsverfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

b) Das AGR verweigerte mit Verfügung vom 5. August 2022 eine Ausnahmegewilligung für die «Projektänderung II» (Ausführungsplan vom 18. November 2021) nach Art. 24c RPG. Weiter hielt das AGR fest, dass das Verfahren durch die Baubewilligungsbehörde weiterzuführen, die Verfügung den Beteiligten mit dem Bauentscheid zu eröffnen sei und nur mit diesem zusammen angefochten werden könne. Die Beschwerdeführerin stellte jedoch kein nachträgliches Baugesuch und die Ausführungspläne reichte der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2 der Gemeinde ein. Daher ordnete die Gemeinde in ihrer Verfügung vom 28. Februar 2023 einzig die Wiederherstellung an. Damit ist die Verfügung des AGR vom 5. August 2022 nicht Verfahrensgegenstand im eigentlichen Sinn. Thematisch ist deren Inhalt jedoch relevant (vgl. nachfolgend Ziffer 2) und die Gemeinde verwies im angefochtenem Entscheid auf die Ausführungen des AGR gemäss Verfügung vom 5. August 2022.

2. Ursprünglich bewilligtes Vorhaben / formelle und materielle Rechtswidrigkeit

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Wegführung der Zufahrtstrasse entspreche der Baubewilligung vom 12. Juni 2017 und es würden nur geringe Terrainverschiebungen entstehen. Gleichzeitig führt sie aus und legt ein entsprechendes Schreiben der Firma I. _____ vom 26. Januar 2022 ins Recht, dass für die Realisierung der Zufahrtsstrasse in steilen Gelände Böschungen notwendig seien. Deshalb habe die Firma J. _____ eine Böschungsverbauung mittels SYTEC TerraMur-Elementen vorgeschlagen und offeriert, womit (mit einer minimalen Flächenbeanspruchung im Grundriss) eine Böschungsneigung von 70 % erreicht werde. Weiter bringt sie vor, die Firma J. _____ habe festgestellt, dass die Natursteinmauer auf Nr.

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

B._____ der Grund dafür sei, dass die Zufahrtsstrasse nicht gemäss der Baubewilligung vom 12. Juni 2017 realisiert werden könne. Auch die Gemeinde habe festgestellt, dass der Standort der Natursteinmauer von der Bewilligung abweiche. Falls die Natursteinmauer abgebaut werde, sei der Bau der Zufahrtsstrasse mit minimalen Terrainveränderungen möglich und wäre bewilligungsfähig.

Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 weisen darauf hin, wie die Beschwerdeführerin selber schreibe und von der I._____ bestätigt werde, könne die Zufahrtsstrasse nicht ohne Böschung realisiert werden. Solche Kunstbauten sehe das 2017 bewilligte Bauvorhaben jedoch nicht vor. Die I._____ teile somit die Meinung, dass die geplante Bauausführung nicht durch die Baugenehmigung von 2017 gedeckt sei. Weiter bestreiten die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3, dass die Natursteinmauer auf ihrer Liegenschaft Nr. B._____ der Grund dafür sei, dass die Zufahrtsstrasse nicht gemäss der Baubewilligung vom 12. Juni 2017 realisiert werden könne.

In seiner Verfügung vom 5. August 2022 führte das AGR insbesondere aus, der Ausführungsplan vom 18. November 2021 sehe die Linienführung der Zufahrt mit Abstellplatz in leicht veränderter Lage vor. Neu würden rund 105 m² und damit fast das Doppelte an Kulturland beansprucht. Zudem würden neue Kunstbauten in Form einer bis zu 2.10 m hohen SYTEC TerraMur erforderlich, deshalb entspreche die nun geplante Ausführung nicht der ursprünglichen Baubewilligung und verstosse zudem gegen die Nebenbestimmungen der Ausnahmegewilligung vom 2. Mai 2017. In seiner Stellungnahme vom 24. April 2023 weist das AGR darauf hin, dass im Projektplan «Detail Strasse» vom 16. Januar 2017 keine Kunstbauten und keine grösseren Terrainbewegungen vorgesehen seien. Mit der Nebenbestimmung, dass keine Kunstbauten erstellt werden dürften, habe es aufgrund der topographischen Verhältnisse sichergehen wollen, dass das Bauvorhaben gemäss den bewilligten Plänen ausgeführt werde. Weiter führt es auf, dass die angrenzenden Nachbarn die Stützmauer effektiv näher an der geplanten Linienführung der Strasse erstellt hätten. Jedoch hätte dies auf das Erstellen der Strasse und des Abstellplatzes keinen Einfluss, wenn Letztere nicht die Terrainveränderungen und Kunstbauten erfordern würden. Eine Ausnahmegewilligung könne nicht erteilt werden, da die Ausführungspläne vom 18. November 2021 vehemente Terrainveränderungen und das Erstellen von Kunstbauten vorsehen. Zudem sei der Kulturlandverschleiss rund doppelt so gross wie ursprünglich geplant.

b) Mit der Baubewilligung vom 12. Juni 2017 bewilligte die Gemeinde Grindelwald nach Zustimmung des AGR insbesondere die Neuerstellung einer Zufahrtsstrasse mit Abstellplatz. Im bewilligten Plan ist die Zufahrtsstrasse von Hand eingezeichnet und soll 2.7 m breit und zusammen mit dem Autoabstellplatz rund 25 m lang sein. Weiter besteht ein bewilligter Plan «Detail Strasse» vom 16. Januar 2017, der den Aufbau der Strasse darstellt und einzig eine Kofferung von 20 cm und eine Kiesschicht von 10 cm zeigt. Die mit der Baubewilligung eröffnete Verfügung des AGR vom 2. Mai 2017 hält fest, dass für die Erstellung der Hauszufahrt und des Abstellplatzes keine Kunstbauten verwendet werden dürfen.

c) Sowohl nach den Ausführungsplänen vom 18. November 2021, dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Schreiben der I._____ als auch der Beschwerde sind Böschungen mittels SYTEC TerraMur-Elementen notwendig. Dabei handelt es sich um ein Stützsystem mit grüner Front und damit um Kunstbauten.⁴ Diese erfordern massive Terrainveränderungen statt einzig einer Kofferung. Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, sind nicht bewilligt.⁵ Die für die Fertigstellung der Strasse notwendigen Terrainveränderungen und Kunstbauten sind in den Plänen zum Baugesuch

⁴ Vgl. <https://www.sytec.ch/de/produkte/erdbewehrte-stuetzsysteme/sytec-terramur-2>

⁵ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. c

nicht eingezeichnet und im Baugesuch auch nicht umschrieben. Sie sind daher nicht bewilligt und gemäss der Baubewilligung aus dem Jahr 2017 sogar ausdrücklich nicht zulässig. Die begonnene Strasse kann daher nicht gemäss der erteilten Baubewilligung vollendet werden. Daher kann offen bleiben, ob diese noch gültig ist. Nicht entscheidend ist zudem der Standort der von der Beschwerdegegnerschaft erstellten Natursteinmauer.

d) Vorliegend hat die Beschwerdeführerin kein nachträgliches Baugesuch gestellt und entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerschaft ist die Verfügung des AGR vom 5. August 2022 nicht bereits rechtskräftig (vgl. dazu auch Ziffer II.1.b oben). Ob für die Fertigstellung der begonnenen Strasse eine Bewilligung erteilt werden könnte, ist damit nicht entschieden worden. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen (sog. formelle Rechtswidrigkeit). In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird, hat die Rechtsmittelbehörde deshalb summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte (sog. materielle Rechtswidrigkeit).⁶ Da das Schicksal der begonnenen Strasse vorliegend eng mit der Frage verknüpft ist, ob die Strasse fertiggestellt werden darf (vgl. unter g), ist summarisch zu prüfen, ob die Fertigstellung der Strasse bewilligt werden könnte.

e) Die Zufahrt ist nicht zonenkonform, da sie weder zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung noch für den produzierenden Gartenbau nötig ist (Art. 16a RPG). Eine Ausnahmegewilligung für nicht zonenkonforme Bauten kann gestützt auf Art. 24 RPG nur dann erteilt werden, wenn deren Zweck einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Das Bundesgericht lehnt es in ständiger Rechtsprechung ab, die Standortgebundenheit mit der Zugehörigkeit zu einer Baute zu rechtfertigen, welche selbst zonenfremd und nicht standortgebunden ist. Auch Erschliessungsanlagen und Anbauten, die einzig dazu dienen, den Komfort oder die Möglichkeiten der Benützung eines besitzstandsgeschützten landwirtschaftsfremden Hauptgebäudes zu erhöhen, gelten nicht als standortgebunden.⁷ Eine Ausnahmegewilligung nach dem Grundtatbestand von Art. 24 RPG ist daher ebenfalls nicht möglich.

f) Bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, werden in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Art. 24c Abs. 1 RPG). Solche Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind (Art. 24c Abs. 2 RPG). Gemäss Art. 41 Abs. 1 RPV ist Art. 24c RPG auf Bauten und Anlagen anwendbar, die rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugebiets im Sinne des Bundesrechts wurde (altrechtliche Bauten und Anlagen). Dazu gehören in erster Linie Bauten und Anlagen, die vor dem 1. Juli 1972 erstellt wurden. Eine Änderung gilt als teilweise und eine Erweiterung als massvoll, wenn die Identität der Baute einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt (Art. 42 Abs. 2 RPV). Ob die so verstandene Identität noch gewahrt wird, beurteilt sich unter Würdigung aller raumrelevanten Gesichtspunkte in ihrem Zusammenwirken. In Art. 42 Abs. 3 Bst. a und b RPV sind allerdings feste quantitative Obergrenzen verankert, bei deren Überschreiten die Identität der Baute in jedem Fall als nicht mehr gewahrt gilt. Im Übrigen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darauf abzustellen, ob eine Änderung bei einer Gesamtbetrachtung von untergeordneter Natur ist. Die Wesensgleichheit muss hinsichtlich Umfang, äusserer Erscheinung sowie Zweckbestimmung gewahrt werden.⁸ Dies beurteilt sich sowohl nach baulichen Kriterien (inklusive Erscheinung der Baute) als auch nach der Art und Intensität der Nutzung und deren

⁶ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 15a

⁷ Vgl. dazu VGE 2021.101 vom 3. Januar 2022 E. 4.2 m.w.H.

⁸ BGer 1C_312/2016 vom 3. April 2017 E. 2.2, 3.1 und 3.2 mit Hinweisen, in ZBI 2018 S. 314 ff.

Auswirkungen. Mit dem Bauvorhaben dürfen keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf die Nutzungsordnung, Erschliessung und Umwelt geschaffen werden.⁹ Die Identität einer Baute wird in massgeblicher Weise durch die Umgebung mitgeprägt. Gefordert ist nicht völlige Gleichheit von Alt und Neu, sondern die Identität bezieht sich auf die «wesentlichen Züge», also die aus raumplanerischer Sicht wichtigen Merkmale des Objekts. In die Gesamtbeurteilung einzubeziehen sind namentlich das äussere Erscheinungsbild, die Nutzungsart und das Nutzungsmass, die Anzahl Wohneinheiten, die Erschliessung, die wirtschaftliche Zweckbestimmung sowie die Auswirkungen auf die Raumordnung und die Umwelt.¹⁰

Wie das AGR in seiner Verfügung vom 5. August 2022 nachvollziehbar ausführt, wahrt die neue Zufahrt gemäss den Ausführungsplänen vom 18. November 2021, die Terrainanpassungen und Kunstbauten erfordern würde, die Identität der Umgebung nicht mehr. Zudem handelt es sich um ein eigenständiges Bauvorhaben, und damit nicht um einen Anwendungsfall von Art. 24c RPG, da der körperliche Zusammenhang zum Wohnhaus fehlt.¹¹ Die neue Zufahrt könnte daher auch nicht bewilligt werden, wenn keine Kunstbauten notwendig wären.

g) Für die Fertigstellung der begonnenen Strasse liegt damit keine Bewilligung vor und diese könnte auch nachträglich nicht erteilt werden. Die Strasse kann damit nicht fertig gestellt werden. Ein unvollendetes Bauwerk stellt eine Abweichung von der Baubewilligung dar und ist demzufolge als formell baurechtswidrig zu qualifizieren.¹² Der bereits erstellte Teil der Strasse könnte für sich auch nicht bewilligt werden. Die angefangene Zufahrtsstrasse ist somit formell und materiell rechtswidrig.

3. Wiederherstellung

a) Die Baupolizeibehörde hat dafür zu sorgen, dass im Bauwesen die gesetzliche Ordnung eingehalten wird. Sie hat alle dafür erforderlichen Massnahmen zu treffen (Art. 45 Abs. 2 BauG). Dabei obliegt ihr insbesondere die Aufsicht über die Einhaltung der Bauvorschriften und der Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung sowie der Bestimmungen über die Arbeitssicherheit und -hygiene bei der Ausführung von Bauvorhaben (Art. 45 Abs. 2 Bst. a BauG), die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei widerrechtlicher Bauausführung oder bei nachträglicher Missachtung von Bauvorschriften, Bedingungen und Auflagen (Art. 45 Abs. 2 Bst. b BauG) sowie die Beseitigung von Störungen der öffentlichen Ordnung, die von unvollendeten, mangelhaft unterhaltenen oder sonst wie ordnungswidrigen Bauten und Anlagen ausgehen (Art. 45 Abs. 2 Bst. c BauG). Das Wiederherstellungsverfahren ist von Amtes wegen einzuleiten, sobald die Baupolizeibehörde Kenntnis von wesentlichen baurechtswidrigen Tatbeständen erhält. Sie hat mindestens zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht und ob die Wiederherstellung zu verfügen ist.¹³ Kommt sie zu einem positiven Ergebnis, setzt die Baupolizeibehörde der Grundeigentümerin bzw. dem Grundeigentümer oder der Baurechtsinhaberin bzw. dem Baurechtsinhaber Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Art. 46 Abs. 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als

⁹ BGer 1C_312/2016 vom 3. April 2017 E. 2.2, 3.1 und 3.2 mit Hinweisen, in ZBI 2018 S. 314 ff.

¹⁰ VGE 2017/169 vom 20. März 2018, E. 2 mit weiteren Hinweisen

¹¹ VGE 2021.101 vom 3. Januar 2022, E. 3.6

¹² Vgl. Entscheid der BVD RA 120/2022/49 vom 21. Dezember 2022, E. 2c, vgl. auch Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 42 N. 4 Bst. h für den Fall, dass die Bewilligung erloschen ist.

¹³ Vgl. Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 45 N. 2 und Art. 46 N. 1 f.

zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁴

b) Wie oben ausgeführt, ist die angefangene Zufahrtsstrasse formell und materiell rechtswidrig und ist daher grundsätzlich zu entfernen.

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Gemeinde und das AGR hätten ihr erst am 7. Dezember 2021 mitgeteilt, dass die Realisierung der Zufahrtsstrasse den Rahmen der Baubewilligung sprengt. Sie habe darauf vertraut, dass die Baubewilligung die gesamte Dauer gültig bleibe. Es sei von einem widersprüchlichen und damit rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Baubehörde auszugehen, weil die ursprünglich erteilte Baubewilligung mit nachträglichen Auflagen relativiert worden sei und die Realisierung der Zufahrtsstrasse nicht mehr möglich sei. Sie müsse erhebliche finanzielle Folgen tragen, insbesondere auch für die Wiederherstellung inklusive Renaturierung.

Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 führen aus, die Beschwerdeführerin hätte Ausführungspläne früher einreichen können. Zudem stimme das Projekt nicht mehr mit den bewilligten Plänen überein.

d) Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt, z.B. aufgrund einer mangelhaften Bewilligung oder Auskunft. Die Auskunft muss aber von der zuständigen Amtsstelle ausgegangen sein oder der Bürger muss sie zumindest als zuständig betrachtet haben dürfen. Im Übrigen wird aber vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern.¹⁵ Der Bau der Zufahrtsstrasse kann vorliegend nicht wie ursprünglich geplant ausgeführt werden. Es ist Sache der Bauherrschaft, vollständige und widerspruchsfreie Pläne einzureichen.¹⁶ Sie muss also im Baugesuch darlegen, ob und wenn ja, welche Kunstbauten geplant sind. Es ist nicht die Aufgabe der Bewilligungsbehörde, nachzuforschen, ob solche notwendig sind. Soweit die Pläne unvollständig und missverständlich sind, fallen die Mängel auf die Beschwerdeführerin zurück und sie kann daraus später nichts zu ihren Gunsten ableiten.¹⁷ Zudem teilte das AGR bereits vor Baubeginn, anlässlich der Besprechung vom 4. Oktober 2021 mit, dass in den Baugesuchsakten von 2017 keine Hang- bzw. Böschungssicherung oder Terrainveränderungen erwähnt seien und grosse Terrainveränderungen nicht bewilligungsfähig wären. Die Beschwerdeführerin gilt daher nicht als gutgläubig im baurechtlichen Sinn.

e) Auch eine Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.¹⁸ Nach ständiger Gerichtspraxis besteht – insbesondere in der Landwirtschaftszone – ein erhebliches öffentliches Interesse an der Wahrung der

¹⁴ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

¹⁵ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. aa und bb mit Hinweisen

¹⁶ VGE 2011.291 vom 08.06.2012, E. 3.3.3

¹⁷ VGE 2016/93 vom 12.12.2016, E. 3.2; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 34/34a N. 19a

¹⁸ BVR 2006 S. 444 E. 6.1

Zonenkonformität.¹⁹ Demgegenüber stehen die Vermögensinteressen der Beschwerdeführerin. Dabei handelt es sich insbesondere um den geltend gemachten Verlust der Investitionskosten und die Wiederherstellungskosten für die begonnene Zufahrt. Nach der Rechtsprechung haben wirtschaftliche Interessen alleine bei einer bösgläubigen Bauherrschaft kaum je ausschlaggebendes Gewicht. Dies selbst dann, wenn die nutzlosen aber bösgläubig getätigten Investitionskosten und Abbruchkosten zusammen sehr hoch sind.²⁰ Trotz der entstehenden Kosten überwiegt daher vorliegend das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands die Nachteile, die der Beschwerdeführerin durch die Wiederherstellung entstehen. Der angeordnete Rückbau ist zudem geeignet und erforderlich, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Die zu erwartenden Kosten bzw. Nachteile der Wiederherstellung sind angesichts der fehlenden Gutgläubigkeit auch zumutbar. Die von der Gemeinde verfügte Wiederherstellung erweist sich daher als verhältnismässig und ist zu bestätigen.

4. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1500.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²¹).

b) 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). Vorliegend haben sich die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 eigene Anträge gestellt. Da sie mit diesen durchdringen, gelten sie als obsiegend und können eine Parteientschädigung beanspruchen.²² Die Beschwerdeführerin hat daher den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 die Parteikosten zu ersetzen.

Die Kostennote des Rechtsvertreters der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdeführerin hat somit den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 die Parteikosten von CHF 3587.30 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Grindelwald vom 28. Februar 2023 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1500.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführerin hat den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2 und 3 die Parteikosten im Betrag von CHF 3587.30 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

¹⁹ BGE 132 II 21 E. 6.4; VGE 2011/257 vom 11.01.2013, E. 6.4 mit Hinweisen

²⁰ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9c Bst. c mit Hinweisen

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²² Vgl. Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 36

IV. Eröffnung

- C._____, eingeschrieben
- Herrn D._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt G._____, eingeschrieben
- Herrn H._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Grindelwald, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier

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 sieben 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.