



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2024/31

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 23. September 2024

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.**_____
Beschwerdeführerin 1

Herrn **B.**_____
Beschwerdeführer 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C._____

und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Oberhofen, Gemeindeverwaltung, Schoren 1, Postfach 59,
3653 Oberhofen am Thunersee

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberhofen am Thunersee
vom 7. Juni 2024 (Geschäftsnummer 2023-105; Benützungsverbot für gewerbliche Vermietung)

I. Sachverhalt

1. Im Jahre 1966 bewilligte das damalige Regierungsstatthalteramt des Amtsbezirks Thun den Bau eines Zweifamilienhauses auf dem Grundstück Oberhofen Grundbuchblatt Nr. F._____. Zwischen 1966 und 2009 wurden diverse bewilligte Umbauarbeiten am Wohnhaus vorgenommen, insbesondere wurde eine gedeckte Gartenhalle unterhalb des heutigen Erdgeschosses (in den Plänen vom 12. März 1966 als «Keller» bezeichnet) eingebaut.¹ Mit Bauentscheid vom 4. Oktober 2005 bewilligte die Gemeinde Oberhofen dem damaligen Eigentümer der Liegenschaft die Verglasung und Teilschliessung der bestehenden Gartenhalle sowie den Einbau einer Sauna. In den Entscheid wurde unter anderem der Vermerk aufgenommen, dass der verglaste Raum nicht beheizt werden dürfe. Am 17. Juni 2014 erteilte die Gemeinde die Baubewilligung zur Vornahme weiterer Aus- und Umbauarbeiten, insbesondere zum Einbau von zwei weiteren Zimmern inkl. WC und Dusche im Dachgeschoss, Vergrösserung der bestehenden Lukarnen und Dachflächenfenster sowie zur Sanierung der bestehenden 2-Zimmerwohnung im Dachgeschoss. Unter Ziffer 6 des Bauentscheids vom 17. Juni 2014 wurde festgehalten, dass das Mehrfamilienhaus dem Zweckentfremdungsverbot (Erstwohnungsanteilsplan, nachfolgend EWAP) gemäss Art. 211 und Anhang

¹ Vgl. Projektplan vom 12. März 1966, vom Regierungsstatthalteramt Thun gestempelt am 1. Juni 1966, pag. 234 der Vorakten der Gemeinde.

A158 GBR² unterstehe. Im Grundbuch wurde entsprechend ein «Zweckentfremdungsverbot nach Erstwohnungsanteilsplan» angemerkt. Der Bauentscheid vom 17. Juni 2014 erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Mit Kaufvertrag vom 28. Oktober 2022 veräusserte der Voreigentümer das Grundstück an die Beschwerdeführenden, welche die Wohnungen der Liegenschaft seither als Ferienwohnungen vermieten, wobei unbestritten ist, dass bereits der Voreigentümer die Wohnungen – zumindest teilweise – zu diesem Zweck nutzte. Mit Ziffer 4.4 des Kaufvertrags vom 28. Oktober 2022 wurden die Beschwerdeführenden auf die Anmerkung des Zweckentfremdungsverbots im Grundbuch hingewiesen.

Mit E-Mail vom 29. August 2023 wurde die Gemeinde von Anwohnenden der G. _____ strasse auf «wildes Parkieren» vor der Liegenschaft der Beschwerdeführenden aufmerksam gemacht.³ Mit Schreiben vom 23. Oktober 2023 konfrontierte die Gemeinde die Beschwerdeführenden mit dem Verdacht, dass sie die Wohnungen der Liegenschaft auf Parzelle Oberhofen Grundbuchblatt Nr. F. _____ als Ferienwohnungen vermieten würden und gab ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme.⁴ Sie wies die Beschwerdeführenden sodann darauf hin, dass die Nutzung als Zweitwohnung grundsätzlich gestützt auf das im Grundbuch eingetragene Zweckentfremdungsverbot ausgeschlossen sei. Weiter hielt die Gemeinde in ihrem Schreiben fest, es würden Unstimmigkeiten bezüglich der registrierten Anzahl Wohnungen und der auf der Plattform «booking.com» ausgeschrieben Wohnungen bestehen. Am 4. Dezember 2023 wurde die Angelegenheit in Bezug auf das weitere Vorgehen durch den Gemeinderat Oberhofen behandelt.⁵ Gestützt auf den Gemeinderatsbeschluss vom 5. Dezember 2023 stellte die Gemeinde den Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 21. Dezember 2023 schliesslich die Prüfung des Erlasses eines Benützungsverbots für die gewerbliche Vermietung der Wohnungen in Aussicht.⁶ Wie dem Schreiben zu entnehmen ist, wurde von einem sofortigen Erlass eines Benützungsverbots aufgrund des kooperativen Verhaltens der Beschwerdeführenden zunächst abgesehen.

Am 18. Januar 2024 fand eine gemeinsame Besprechung der Angelegenheit statt. Nach gewährter Fristerstreckung reichten die Beschwerdeführenden am 31. Januar 2024 eine Stellungnahme zu den Schreiben vom 23. Oktober und vom 21. Dezember 2023 betreffend den allfälligen Erlass eines Benützungsverbots ein. Schliesslich wurde am 9. April 2024 eine Begehung der Liegenschaft zwecks Feststellung der Abweichungen vom baubewilligten Zustand in Anwesenheit des Beschwerdeführers 2 und seines Rechtsvertreters, der Bewirtschafterin der Wohnungen, dem Gemeindepräsidenten, dem Gemeinderat des Ressorts Bau, dem Bauverwalter sowie der stellvertretenden Bauverwalterin durchgeführt. Mit Verfügung vom 26. April 2024 teilte die Gemeinde den Beschwerdeführenden mit, sie beabsichtige den Erlass eines vorsorglichen Benützungsverbots gestützt auf Art. 46 Abs. 1 BauG⁷ und gewährte ihnen dazu das rechtliche Gehör. Überdies gab sie den Beschwerdeführenden Gelegenheit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs für sämtliche nicht bewilligten Nutzungen und vorgenommenen baulichen Veränderungen unter Androhung der Einleitung des Wiederherstellungsverfahrens. In ihrer darauffolgenden Stellungnahme vom 21. Mai 2024 beantragten die Beschwerdeführenden unter anderem, auf den Erlass eines Benützungsverbots sei zu verzichten, eventualiter sei ein solches erst per 31. März 2025 anzuordnen.

² Baureglement der Gemeinde Oberhofen am Thunersee vom 1. Januar 2013.

³ Vgl. E-Mail vom 29. August 2023, pag. 1 der Vorakten der Gemeinde.

⁴ Vgl. Schreiben der Gemeinde vom 23. Oktober 2023, pag. 5 der Vorakten der Gemeinde.

⁵ Vgl. Protokollauszug Gemeinderat vom 4. Dezember 2023, pag. 17 der Vorakten der Gemeinde.

⁶ Vgl. Schreiben der Gemeinde vom 21. Dezember 2023, pag. 22 der Vorakten der Gemeinde.

⁷ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

Am 7. Juni 2024 verfügte die Gemeinde ein vorsorgliches Benützungsverbot für die gewerbliche Vermietung der Liegenschaft auf Parzelle Oberhofen Grundbuchblatt Nr. F._____ an der G._____strasse 20. Zugelassen sei ausschliesslich die Nutzung als Erstwohnungen. Die Gemeinde verpflichtete die Beschwerdeführenden ausserdem, eine allfällige Mieterschaft der Liegenschaft sowie weitere von der Verfügung betroffene Personen umgehend über das Benützungsverbot zu informieren. Sie wies sodann auf die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung und die Strafbarkeit gemäss Art. 50 BauG im Falle der Widerhandlung hin und auferlegte den Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten in Höhe von CHF 800.00.

2. Gegen das vorsorgliche Benützungsverbot vom 7. Juni 2024 reichten die Beschwerdeführenden am 10. Juli 2024 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. In der Sache beantragen sie die Aufhebung der Verfügung vom 7. Juni 2024. In prozessualer Hinsicht stellen sie den Verfahrensantrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Weiter beantragen sie, es seien die Sitzungsprotokolle des Gemeinderats zu edieren.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁸, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde beantragte in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2024 die Abweisung des Verfahrensantrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. In der Sache beantragte die Gemeinde mit Stellungnahme vom 8. August 2024 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorsorglichen Benützungsverbots. Überdies beantragte sie im Falle der Bestätigung des Benützungsverbots die Festlegung geeigneter Massnahmen zu dessen Einhaltung.

Mit Zwischenverfügung vom 30. Juli 2024 wies die BVD den Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab.

4. Mit Stellungnahme vom 17. August 2024 wies der Parteianwalt der Beschwerdeführenden darauf hin, dass er nicht über alle von der Gemeinde in ihrer Stellungnahme vom 8. August 2024 erwähnten Beilagen verfügen würde, woraufhin ihm das Rechtsamt die Vorakten der Gemeinde zur Einsichtnahme zustellte. Am 26. August 2024 reichten die Beschwerdeführenden ihre Schlussbemerkungen ein.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Angefochten ist ein Benützungsverbot gemäss Art. 46 Abs. 1 BauG. Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

⁸ 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. Parteivorbringen

a) Die Beschwerdeführenden vertreten den Standpunkt, die gewerbliche Vermietung der Wohnungen sei rechtmässig. Zur Begründung bringen sie insbesondere vor, die Liegenschaft werde seit ihrer Erstellung durchgehend zu touristischen Zwecken genutzt, weshalb die vorliegend strittige Nutzung gemäss Art. 211 und Anhang A158 Abs. 3 GBR Besitzstandsschutz geniesse. Seit über 20 Jahren würden die Wohnungen ausschliesslich an Feriengäste vermietet werden. Lediglich für kurze Zeit sei eine Wohnung als Betriebsleiterwohnung genutzt worden, wodurch sich der Zweck der Liegenschaft jedoch nie verändert habe. Der Gemeinde sei sodann nicht erst seit 2023, sondern bereits seit spätestens 2014 bekannt, dass die Liegenschaft zur Vermietung von Ferienwohnungen genutzt werde, was aus diversen Belegen hervorgehe. So sei bspw. in den Rechnungen der Gemeinde für Wasser, Abfall und Kehricht für das Jahr 2022 und 2023 explizit festgehalten worden, dass es sich bei den Wohnungen um Ferienwohnungen handle. Die umstrittene Nutzung sei von der Gemeinde seit Jahrzehnten geduldet worden. Für eine Kenntnis der Nutzung durch die Gemeinde würden ebenfalls die Ausführungen des ehemaligen Eigentümers E._____ sprechen, wonach dieser dem Bauverwalter H._____ anlässlich einer Begehung der Liegenschaft im Zusammenhang mit einer Baueingabe im Jahre 2014 das Betriebskonzept der D._____ AG vorgestellt habe.⁹

Weiter sind die Beschwerdeführenden der Ansicht, der unter dem Titel «Zweckentfremdungsverbot» in der Baubewilligung vom 17. Juni 2014 erfolgte Hinweis auf die Bestimmungen im Gemeindebaureglement sowie der darauf gestützte Grundbucheintrag würden mitnichten zur Unzulässigkeit einer Nutzung der Liegenschaft zur Vermietung von Ferienwohnungen führen. In der Baubewilligung werde lediglich darauf hingewiesen, dass Art. 211 und Anhang A158 GBR gelte. Abs. 3 des Anhangs A158 GBR normiere dabei für bestehende Gebäude explizit die Besitzstandsgarantie. Bei der Liegenschaft der Beschwerdeführenden handle es sich unzweifelhaft um ein bestehendes Gebäude im Sinne der genannten Bestimmung, da die strittige Nutzung bereits vor Erlass der Erstwohnungsanteilsvorschriften in Art. 211 und Anhang 158 GBR bestanden habe. Die Liegenschaft geniesse demnach Besitzstandsschutz und dem Grundbucheintrag komme lediglich deklaratorische Wirkung zu. Vorliegend sei die Nutzung der Liegenschaft zur Vermietung von Ferienwohnungen nie aufgegeben worden, womit der Besitzstandsschutz weiterhin gelte.

Schliesslich hätte mit der Baubewilligung vom 14. Juni 2014 denn auch gar keine weitergehende Nutzungsbeschränkung verfügt werden können, denn mit dem Vorhaben sei keine Nutzungsänderung einhergegangen. Vielmehr habe es sich um die Erweiterung einer bestehenden Ferienwohnung im Rahmen von Art. 3 BauG gehandelt, wobei die zusätzlichen Zimmer keine weitere Wohnung begründen würden, sondern lediglich eine Vergrösserung der Wohnfläche darstellen. Dem Bauentscheid lasse sich nicht im Ansatz entnehmen, dass es sich bei den Wohnungen um Erstwohnungen handeln solle. Gemäss Auskunft der Gemeinde werde die Beschränkung seit Einführung der Bestimmungen im GBR mit jeder Baubewilligung im Grundbuch eingetragen, was aufzeige, dass es sich dabei lediglich um einen Textbaustein handle, welcher in pauschaler Weise auf die Geltung von Art. 211 und A158 GBR hinweise. Überdies gehe aus den Beschlüssen der Baukommission hervor, dass das 2014 angeblich verfügte Zweckentfremdungsverbot in der Baukommission nie thematisiert worden sei. Die Kommission habe keinen solchen Beschluss gefasst. Sodann hätten die Baubewilligung von 2014 und der darauf gestützte Grundbucheintrag keine Wirkung auf die Rechtmässigkeit der bestehenden Nutzung, solange diese nicht aufgegeben werde. Eine Eigentumsbeschränkung hätte konkret ausformuliert werden müssen, der allgemeine Hinweis auf gesetzliche Bestimmungen sei nicht genügend konkret, zumal diese Bestimmungen

⁹ Vgl. Schreiben von E._____ vom 16. Juli 2024.

wiederum auf den Besitzstandsschutz verweisen würden. Da kein formell rechtswidriger Zustand vorliege, sei das erlassene Benützungsverbot unrechtmässig.

Des Weiteren sei der Erlass eines sofortigen Benützungsverbots unverhältnismässig: Durch die Nutzung der Liegenschaft als Feriendomizil würde weder die Sicherheit von Menschen oder Tieren oder erhebliche Sachwerte gefährdet, noch die Umwelt belastet werden. Es lägen keine gewichtigen öffentlichen Interessen vor, welche ein sofortiges Handeln gebieten würden. Das Benützungsverbot laufe dem öffentlichen Interesse gar zuwider: So sei Ziel des Zweitwohnungsverbots die Vermeidung kalter Betten. Die Wohnungen der Beschwerdeführenden würden jedoch regelmässig genutzt werden. Mit einem sofort vollstreckbaren Benützungsverbot gäbe es für Monate oder Jahre kalte Betten. Entgegen der Auffassung der Gemeinde seien die Beschwerdeführenden denn auch nicht als bösgläubig zu betrachten. Sie seien zum Zeitpunkt, in welchem das Zweckentfremdungsverbot angeblich verfügt worden sei, nicht Eigentümer der Liegenschaft gewesen und hätten die Liegenschaft im Glauben erworben, dass die Nutzung als gewerblich genutztes Feriendomizil zulässig sei. Damit würden sie als Dritte gelten, welche durch das Benützungsverbot in unbilliger Weise getroffen werden. Anlässlich der Beurkundung des Liegenschaftsverkaufs sei unter anderem der in Ziffer. 4.5 des Vertrags vermerkte Eintrag des Zweckentfremdungsverbots verlesen worden, wonach den Parteien die Bedeutung und der Inhalt des Zweckentfremdungsverbots bekannt sei. Die Beschwerdeführenden hätten daraus lediglich ableiten müssen, dass keine Zweckänderung erfolgen dürfe, nicht aber, dass die Nutzung zur gewerblichen Vermietung an Feriengäste nicht zulässig wäre. Für die Gutgläubigkeit der Beschwerdeführenden spreche überdies die Tatsache, dass sie beim Erwerb der Liegenschaft nicht bloss den Grundstückspreis bezahlt, sondern ein laufendes Ferienwohnungskonzept gekauft und einen entsprechend hohen Preis dafür bezahlt hätten. Eine Amortisation sei nur mit der intensiven gewerblichen Nutzung der Liegenschaft als Feriendomizil möglich, die Vermietung an eine ortsansässige Mieterschaft würde einen deutlich tieferen Ertrag abwerfen. Ohne das Bewirtschaftungskonzept könnte die Liegenschaft ausserdem nur zu einem erheblich tieferen Preis weiterverkauft werden, wodurch die Beschwerdeführenden einen erheblichen Verlust erleiden würden. Durch das sofortige Benützungsverbot erwachse den Beschwerdeführenden sodann monatlich ein Schaden von mehreren zehntausend Franken aufgrund der kumulierenden Buchungsausfälle sowie der entgangenen Mietzeinsinnahmen. Da die Liegenschaft an die D. _____ AG und damit an eine unabhängige Dritte vermietet werde, seien schliesslich auch Arbeitsplätze gefährdet. Konkret beschäftige die D. _____ AG eine Mitarbeiterin, welche die Gäste betreue, sowie Putzpersonal, welches in der Hauptsaison ausschliesslich für die D. _____ AG arbeite.

Im Übrigen weisen die Beschwerdeführenden darauf hin, dass vorliegend keine Gründe ersichtlich seien, weshalb vorgängig zur Eröffnung eines Wiederherstellungsverfahrens ein Benützungsverbot habe ausgesprochen werden müssen. In Bezug auf den Verfahrensablauf bringen sie insbesondere vor, nach der angeblichen Feststellung des rechtswidrigen Zustandes sei bei der Vorinstanz zunächst keine besondere Dringlichkeit erkannt worden, seien doch vorerst mehrere Gespräche mit den Beteiligten durchgeführt und mit dem Erlass eines vorsorglichen Benützungsverbots abgewartet worden.

b) Der Stellungnahme der Gemeinde vom 25. Juli 2024 sowie der Vernehmlassung vom 8. August 2024 ist insbesondere zu entnehmen, dass sich gemäss Abklärungen mit der Einwohner- und Fremdenkontrolle seit der Erstellung der Liegenschaft in allen bewilligten Wohnungen Personen mit ihrem Erstwohnsitz angemeldet hätten, was die Aussage der Beschwerdeführenden, die Wohnungen würden seit über 20 Jahren ausschliesslich an Feriengäste vermietet, widerlege. Die Wohnung im Dachgeschoss sei gar bis Oktober 2020 als Erstwohnung genutzt worden. Bei der Wohnung vier (Studio im Untergeschoss) handle es sich sodann um eine nicht baubewilligte Wohneinheit, welche der Voreigentümer der Liegenschaft in Überschreitung der Baubewilligung vom 4. Oktober 2005 erstellt habe. Der Umbau zu einer selbständigen Wohneinheit verstosse überdies gegen die Auflage im Bauentscheid, dass der verglaste Raum nicht beheizt werden

dürfe. Die restlichen Wohnungen seien zwar baubewilligt, jedoch sei die gesamte Liegenschaft mit einem grundbuchlich gesicherten Zweckentfremdungsverbot belegt. Die Beschränkung sei für die Beschwerdeführenden mit geringem Aufwand erkennbar gewesen; bei Fragen oder Unklarheiten hätten sich der Verkäufer oder die Beschwerdeführenden als Käuferschaft bei der Gemeinde entsprechend informieren können und müssen. Die Ausführungen der Beschwerdeführenden, wonach die Ferienwohnungen seit dem Jahre 1967 bestehen würden, seien sodann nachweislich falsch, da damals weder die im Jahre 2014 bewilligte Wohnung im Dachgeschoss noch das unbewilligte Studio im Unterschoss bestanden habe. Im Erläuterungsbericht zum Gemeindebaureglement vom 10. September 1990¹⁰ sei unter anderem vermerkt worden, dass der Erstwohnungsanteil auch bei Umbauten zum Tragen komme und die Verpflichtung als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch anzumerken sei. In Art. 31 Abs. 5 des Baureglements vom 10. September 1990 sei sodann festgehalten worden, dass die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG gewährleistet werde, wesentliche Veränderungen an bestehenden Bauten – namentlich Erweiterungsbauten und Ersatzbauten – jedoch dem Erstwohnungsanteilsplan unterliegen würden. Solche Erweiterungsbauten seien in den letzten Jahren an der Liegenschaft der Beschwerdeführenden vorgenommen worden. Der Besitzstand erlösche sodann mit der Vornahme gewisser Veränderungen wie bspw. neubauähnlichen Umgestaltungen oder bei der Verstärkung der Rechtswidrigkeit. Die Beschränkung der gesamten Liegenschaft sei nicht unüblich, wenn eine Nutzungserweiterung stattfinde. Sodann sei die Baubewilligung von 2014 rechtsbeständig, selbst wenn sie materiell falsch sein sollte; durch die unterbliebene Anfechtung sei der Rechtsverlust akzeptiert worden. Eine Aufhebung der Nutzungsbeschränkung würde eines neuen Baubewilligungsverfahrens bedürfen. Aus den von den Beschwerdeführenden ins Recht gelegten Rechnungen lasse sich sodann kein Recht zur Benützung als Ferienwohnungen ableiten. Daraus lasse sich überdies auch keine Erkennbarkeit der rechtswidrigen Nutzung ableiten, da die Rechnungsstellung jeweils von anderen Akteuren der Gemeinde und Dritten erfolgt sei, welchen die baupolizeiliche Aufsicht nicht obliege.

Die strittige Nutzung sei gestützt auf das im Grundbuch eingetragene Zweckentfremdungsverbot rechtswidrig. Für die Nutzung liege weder eine Baubewilligung noch ein Baugesuch vor. Zudem erscheine es aufgrund einer summarischen Prüfung wahrscheinlich, dass der Betrieb auch materiellrechtlich unzulässig sei. Insbesondere das Studio und die Wohnung im Dachgeschoss müssten aufgrund ihrer Erstellung nach Erlass der Erstwohnungsvorschriften zwingend mit einem Zweckentfremdungsverbot belegt werden, was die Nutzung als Ferienwohnungen verunmögliche. Das Interesse an einem vorläufigen Weiterbetrieb sei nicht schutzwürdig. Das öffentliche Interesse am Erlass eines Benützungsverbots sei im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der bau- und umweltrechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten und Nutzungen, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen würden, generell gross sei. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sei zudem mehrmals Frist für die Bereinigung des widerrechtlichen Zustandes gewährt und das mildeste Mittel gewählt worden. Trotz mehrfacher Nachfrage unter Androhung eines sofortigen Benützungsverbots sei bis heute kein nachträgliches Baugesuch eingereicht worden. Die Gemeinde habe die Frist für die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs auf Wunsch der Beschwerdeführenden mehrfach verlängert. Das vorsorgliche Benützungsverbot sei sowohl erforderlich als auch geeignet und erweise sich zudem als zumutbar. Die Beschwerdeführenden hätten darum besorgt sein müssen, die Rechtmässigkeit der Nutzung zu überprüfen oder frühzeitig ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Überdies sei im Sinne der Verhältnismässigkeit lediglich ein Benützungsverbot für die Nutzung als Zweitwohnungen resp. für die gewerbliche Vermietung verfügt worden. Den Beschwerdeführenden bleibe weiterhin unbenommen, die Wohnungen – selbst das unbewilligte Studio – als Erstwohnungen zu vermieten, um so eine finanzielle Einbusse zu reduzieren.

¹⁰ Vgl. Erläuterungsbericht vom 26. Juni 1987, pag. 174 der Vorakten der Gemeinde.

3. Vorsorgliches Benützungsverbot: Grundsätze

a) Die Gemeinden üben im Rahmen ihrer baupolizeilichen Zuständigkeit die Aufsicht über die Einhaltung der Bauvorschriften aus (vgl. Art. 45 Abs. 2 BauG). Sie sind verpflichtet, im Rahmen dieser Zuständigkeit alle Massnahmen zu treffen, die zur Durchsetzung der Bauvorschriften erforderlich sind.¹¹ Erhält eine Gemeinde Kenntnis von einer widerrechtlichen Bautätigkeit oder Nutzung, von einem Verstoss gegen Bauvorschriften oder Nebenbestimmungen zu Baubewilligungen sowie von einer Störung der öffentlichen Ordnung im Sinn von Art. 45 Abs. 2 Bst. c BauG, leitet sie ein Wiederherstellungsverfahren ein. Sie kann überdies ein sofort vollstreckbares Benützungsverbot erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern (vgl. Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Für den Erlass eines vorsorglichen Benützungsverbots reicht es aus, dass aufgrund einer summarischen Prüfung die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit – resp. der Nutzung – als wahrscheinlich (glaubhaft) erscheint; ein schlüssiger Beweis ist erst im nachfolgenden Wiederherstellungsverfahren erforderlich. Dies gilt, soweit es sich bloss um ein vorsorgliches Benützungsverbot handelt und das Wiederherstellungsverfahren nach Art. 46 Abs. 2 BauG innert nützlicher Frist erfolgt.

b) Beim Erlass eines vorsorglichen Benützungsverbots kommt der Baupolizeibehörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu; sie hat zu prüfen, ob die Anordnung unter den konkreten Umständen verhältnismässig ist.¹² Zu berücksichtigen ist bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit unter anderem, ob die Nutzung möglicherweise bewilligungsfähig ist. Unverhältnismässig kann eine sofortige Einstellung insbesondere dann sein, wenn der Betrieb bereits lange Zeit unbeanstandet geführt und ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren bereits eingeleitet worden ist. Hingegen ist ein vorsorgliches Benützungsverbot in der Regel dann zu verfügen, wenn durch die Benützung die Sicherheit oder Gesundheit von Menschen oder Tieren gefährdet wird, die Umwelt durch Emissionen oder Immissionen unzulässig belastet wird, erhebliche Sachwerte gefährdet sind oder eine bösgläubige Bauherrschaft aus der Nutzung unrechtmässige Vorteile ziehen könnte. In letzterem Fall ist entscheidend, ob die Bauherrschaft gutgläubig war oder nicht.¹³

4. Benützungsverbot Studio im Untergeschoss

a) In den ursprünglichen Plänen vom März 1966 hat das heutige Untergeschoss noch nicht bestanden. Im August 1966 wurde der damaligen Eigentümerin der Bau eines gedeckten Sitzplatzes bewilligt. 2005 erteilte die Gemeinde dem Voreigentümer E. _____ die Baubewilligung für die Verglasung sowie Teilschliessung des gedeckten Sitzplatzes und den Einbau einer Sauna. Dieser gedeckte Gartensitzplatz stellt das heutige Untergeschoss dar. In dieses Untergeschoss wurde vom Voreigentümer ein beheiztes Studio inkl. Küche und Badezimmer eingebaut, welches nun als eigenständige Wohneinheit an Feriengäste vermietet wird. Der Umfang der vorgenommenen baulichen Veränderungen im Untergeschoss geht aus der Beilage zur Aktennotiz, welche im Rahmen der Begehung vom 9. April 2024 erstellt worden ist, hervor.¹⁴ Dass die Beschwerdeführenden das Studio als separate Wohnung an Feriengäste vermieten, ist der Website des «D. _____» zu entnehmen, auf welcher die vier in der Liegenschaft bestehenden Wohnungen mit Grundriss abgebildet und als Ferienwohnungen ausgeschrieben sind.¹⁵ Ebenso kann das Studio über die Website «booking.com» gebucht werden, auf welcher diverse Fotos der Wohnungen einsehbar sind. Auf der Website der Beschwerdeführenden sowie auf «booking.com» wird das

¹¹ BVR 2011 S. 400 E. 4.4.2.

¹² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 7.

¹³ BVR 1994, S. 303 E. 4.

¹⁴ Vgl. pag. 62 der Vorakten der Gemeinde.

¹⁵ Abrufbar unter K. _____

von der Gemeinde heute als Erdgeschoss bezeichnete Geschoss als Untergeschoss und das von der Gemeinde als Untergeschoss bezeichnete Geschoss als Studio aufgeführt.

b) Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG¹⁶ dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG).

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BauG werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt. Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut und erweitert werden (Art. 3 Abs. 2 BauG). Unter die Besitzstandsgarantie fallen somit alle aufgrund bisherigen Rechts formell rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen.

c) Der Umbau eines verglasten Gartensitzplatzes und einer Sauna in ein bewohnbares Studio inkl. Küche und Badezimmer unterliegt unbestrittenermassen der Baubewilligungspflicht nach Art. 1a BauG. Soweit aus den Akten ersichtlich, liegt für den Einbau des Studios im Untergeschoss keine Baubewilligung vor. Dass der Voreigentümer das Studio ohne eine entsprechende Baubewilligung resp. in Überschreitung der Baubewilligung von 2005 errichtet hat, wird von den Beschwerdeführenden denn auch nicht bestritten. Da das Studio nicht bewilligt ist, ist entsprechend auch die Nutzung des Studios als Zweitwohnung nicht bewilligt. Schliesslich können sich die Beschwerdeführenden für die Nutzung des Studios auch nicht auf die Besitzstandsgarantie berufen, da die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG nur bei bewilligten oder bewilligungsfreien Bauten und Anlagen zur Anwendung gelangt, was vorliegend – wie aufgezeigt – beides nicht der Fall ist.

Die Einschätzung der Gemeinde, wonach der Bau des Studios sowie dessen Nutzung als Ferienwohnung nach einer summarischen Würdigung wahrscheinlich unrechtmässig ist, kann nachvollzogen werden und ist nicht zu beanstanden. In Bezug auf die Erstellung sowie die Nutzung des Studios ist demnach von einem unrechtmässigen Zustand auszugehen. Wie es sich in Bezug auf das Studio mit dem im Bauentscheid vom 17. Juni 2014 aufgeführten und im Grundbuch angemerkten «Zweckentfremdungsverbot» verhält, kann bei dieser Ausgangslage offengelassen werden.

d) Es stellt sich weiter die Frage, ob die Anordnung eines vorsorglichen Benützungsverbots für das Studio vorliegend verhältnismässig war. Zu berücksichtigen ist dabei unter anderem, ob die strittige Nutzung allenfalls bewilligungsfähig sein könnte.

Gemäss Anhang A158 Abs. 1 GBR ist der Erstwohnungsanteil der Anteil an der für das Wohnen bestimmten Bruttogeschossfläche in Prozenten, der für Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde wenigstens zu erstellen ist. Art. 211 Abs. 1 GBR schreibt für Bauten in der Wohnzone einen Erstwohnungsanteil von mindestens 80% vor. Gemäss Anhang A158 Abs. 3 GBR gilt für bestehende Gebäude die Besitzstandsgarantie. Betreffend den Begriff der Besitzstandsgarantie verweist das GBR unter dem Titel «Lesehilfe» primär auf Art. 3 BauG.

Soweit aus den Akten ersichtlich, wurden im Jahre 2005 im Untergeschoss letztmals bewilligte bauliche Änderungen vorgenommen, wobei gemäss Baubewilligung vom 4. Oktober 2005 lediglich die Verglasung sowie die Teilschliessung und der Einbau einer Sauna bewilligt wurden.¹⁷ Das

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

¹⁷ Vgl. die Baubewilligung vom 4. Oktober 2025, Beilage 33 der Vorakten der Gemeinde, pag. 274 ff.

Studio wurde folglich nach 2005 und damit klar nach Erlass der Erstwohnungsanteilsbestimmungen der Gemeinde im Jahre 1990 eingebaut.¹⁸ Unter diesen Umständen darf angenommen werden, dass das nicht baubewilligte Studio hinsichtlich der Nutzung als Ferienwohnung keinen Besitzstand genießt und wahrscheinlich nicht als Zweitwohnung bewilligt werden kann.

Ein Benützungsverbot kann unter anderem dann erlassen werden, wenn eine bösgläubige Bauherrschaft aus einer Nutzung einen unrechtmässigen Vorteil zieht. Die Beschwerdeführenden können vorliegend – entgegen ihren Ausführungen – nicht als gutgläubig im baurechtlichen Sinn gelten. Der Voreigentümer musste insbesondere aufgrund des Umfangs der geplanten baulichen Veränderungen sowie der früheren Baubewilligungsverfahren wissen, dass der Bau der nach 2005 neu erstellten, eigenständigen Wohnung im Untergeschoss wohl einer Bewilligung bedarf. Ebenso musste er wissen, dass die Nutzung höchstwahrscheinlich nicht vom Besitzstandsschutz gemäss Anhang A158 Abs. 3 GBR erfasst wird, da im Untergeschoss bis dahin keine Wohnung bestanden hat. Weiter verstösst die Nutzung gegen die Auflagen im Entscheid vom 4. Oktober 2005, wonach der verglaste Raum nicht beheizt werden darf. Die Beschwerdeführenden müssen sich dieses Wissen(müssen) ihres Rechtsvorgängers resp. dessen bösen Glauben anrechnen lassen.¹⁹ Sie können als Käuferschaft keine bessere Rechtsposition erwerben, als der Verkäufer innehatte. Insbesondere können sie aus dem Verhalten des Verkäufers nichts für sich ableiten und sich nicht auf einen gutgläubigen Erwerb berufen. Sie hätten sich im Rahmen des Liegenschaftserwerbs über den baurechtlich bewilligten Zustand informieren können und müssen. Die Beschwerdeführenden erzielten mit der Vermietung des Studios sodann einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Vorteil. Zwar erleiden sie – unter Vorbehalt der Einhaltung des Benützungsverbots – einen wirtschaftlichen Schaden durch die Buchungsausfälle. Dieser Schaden vermag jedoch nicht die Unverhältnismässigkeit des Benützungsverbots zu begründen, stellt er doch gerade die Kehrseite des unrechtmässigen Vorteils dar, dessen Erzielung mit dem Benützungsverbot unterbunden werden soll. Die Beschwerdeführenden gehen sodann falsch in der Annahme, sie würden als Dritte gelten, welche von dem Benützungsverbot in unbilliger Weise getroffen werden: Die Beschwerdeführenden sind Adressatin und Adressat des Benützungsverbots und kommen somit nicht als «Dritte» in Frage, welche vom Benützungsverbot in unbilliger Weise getroffen werden können. Vor dem Hintergrund der nachfolgenden Erwägungen fällt denn auch das ins Feld geführte Arbeitsverhältnis mit der Geschäftsführerin/Sachbearbeiterin nicht derart ins Gewicht, als dass es an der Verhältnismässigkeit der Massnahme etwas zu ändern vermögen würde. Zudem datiert der Arbeitsvertrag vom Dezember 2022 und es ist nicht belegt, ob das Arbeitsverhältnis heute noch besteht. Auch verfängt das Argument, die Liegenschaft sei an die «D. _____ AG» und damit an eine unabhängige Dritte vermietet, nicht, zumal die AG gemäss zentralem Firmenindex einzig auf die beiden Beschwerdeführenden eingetragen ist. Zwar gilt es grundsätzlich zu berücksichtigen, dass der Betrieb der Beschwerdeführenden unbestrittenermassen bereits seit mehreren Jahren besteht. Jedoch haben die Beschwerdeführenden bisher keine Anstrengungen zur Legalisierung des unrechtmässigen Zustandes durch Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs für die baulichen Änderungen unternommen. Ein nachträgliches Baugesuch wurde lediglich in Aussicht gestellt, und dies lediglich für die vorgenommenen baulichen Veränderungen, nicht jedoch für die Nutzung als Zweitwohnung.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden kann aufgrund der Akten sodann auch nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Nutzung als Ferienwohnungen der Baupolizeibehörde seit Jahren bekannt gewesen und von ihr geduldet worden wäre; Die geltend gemachten Rechnungen und Belege stammen nicht von der Baupolizeibehörde, sondern von anderen Akteu-

¹⁸ Vgl. Art. 31 des ehemaligen Baureglements der Einwohnergemeinde Oberhofen am Thunersee vom November 1990, pag. 123 der Vorakten der Gemeinde.

¹⁹ Vgl. BVE 11176-00 B1 vom 8. Mai 2011; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b.

ren der Gemeinde, welchen nicht die baupolizeiliche Aufsicht obliegt. Bei der Auskunft des ehemaligen Eigentümers, wonach dieser dem damaligen Bauverwalter das Betriebskonzept vorgestellt habe, handelt es sich schliesslich um eine unbelegte Behauptung. Dass es sich bei den Ferienwohnungen der Beschwerdeführenden um einen seit mehreren Jahren für die Baubehörden erkennbaren Betrieb handle, ist demnach nicht zur Genüge erwiesen.

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist weiter zu berücksichtigen, dass die Gemeinde kein absolutes Benützungsverbot für die Wohnungen erlassen hat. Verfügt ist einzig ein «Benützungsverbot für die gewerbliche Vermietung der Liegenschaft und ähnlichem». Zugelassen ist gemäss der Verfügung «die Nutzung der Liegenschaft/Wohneinheiten als Erstwohnung». Das Benützungsverbot geht demnach nicht über das Erforderliche hinaus und erweist sich als zumutbar. Das Argument der Beschwerdeführenden, die Wohnungen könnten nicht ohne Weiteres für die Erstwohnungsnutzung freigegeben werden, da dieser Nutzung das langfristige Mietverhältnis mit der Betreibergesellschaft, Arbeitsverhältnisse sowie langfristige Verträge mit verschiedenen Anbietern entgegenstehen würden, vermag – insbesondere mit Verweis auf die obenstehenden Ausführungen – an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Dass die Gemeinde mit dem Erlass eines Benützungsverbots gut sieben Monate zugewartet hat, ist aus Verhältnismässigkeitsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

Unter den gegebenen Umständen hat die Gemeinde ihren Ermessensspielraum mit der Anordnung des vorsorglichen Benützungsverbots für das Studio im Untergeschoss nicht überschritten, da sie damit verhindert, dass die im baurechtlichen Sinn bösgläubigen Beschwerdeführenden aus der Vermietung des Studios weiterhin einen unrechtmässigen Vorteil ziehen. Die Anordnung des Benützungsverbots hält einer Verhältnismässigkeitsprüfung stand. In Bezug auf das Studio im Untergeschoss ist die Beschwerde demnach abzuweisen und das vorsorgliche Benützungsverbot zu bestätigen.

5. Benützungsverbot Wohnung im Dachgeschoss

a) Im Baugesuch von 1966 ist im Dachgeschoss kein Wohnraum ausgewiesen.²⁰ Aus der vom Regierungsstatthalteramt erteilten Baubewilligung von 1966 geht sodann nicht hervor, ob im Dachgeschoss Wohnraum bewilligt worden ist.²¹ In den bewilligten Bauplänen vom 12. März 1966 sind im Dachgeschoss ein oder zwei Dachzimmer, ein Badezimmer und (vermutlich) eine Küche eingezeichnet.²² Es ist deshalb davon auszugehen, dass ein Teil des Dachgeschosses bereits seit Erstellung der Liegenschaft als Wohnraum genutzt wird. Im Jahre 2014 wurde unter anderem die im Dachgeschoss bestehende Garage zu zwei Zimmern inkl. Toilette und Dusche umgebaut und dadurch der Wohnraum erheblich erweitert.²³ Zudem wurde die bestehende Wohnung saniert und die bestehende Küche sowie das bestehende Badezimmer wurden neu platziert. In die Baubewilligung vom 17. Juni 2014 wurde der bereits mehrfach erwähnte Vermerk aufgenommen, wonach die gesamte Liegenschaft dem Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteilsplan unterstehe.

Die Gemeinde stützt das Benützungsverbot insbesondere auf diesen Vermerk und den daraufhin vorgenommenen Grundbucheintrag. Sie führt diesbezüglich mit Verweis auf den Erläuterungsbericht zum Gemeindebaureglement vom 10. September 1990 aus, dass der Erstwohnungsanteil auch bei Umbauten zum Tragen komme. Im ehemaligen Baureglement sei festgehalten worden,

²⁰ Vgl. Beilage 31 der Vorakten der Gemeinde, pag. 194 ff.

²¹ Vgl. Beilage 31 der Vorakten der Gemeinde, pag. 190 f.

²² Vgl. Beilage 31 der Vorakten der Gemeinde, pag. 234.

²³ Vgl. Baubewilligungsplan vom 10. Februar 2014, von der Gemeinde gestempelt am 17. Juni 2014, pag. 405 der Vorakten der Gemeinde.

dass die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG gewährleistet werde, wesentliche Veränderungen an bestehenden Bauten – namentlich Erweiterungsbauten und Ersatzbauten – jedoch dem Erstwohnungsanteilsplan unterliegen würden. Der Besitzstand erlösche sodann mit der Vornahme gewisser Veränderungen wie bspw. neubauähnlichen Umgestaltungen oder bei der Verstärkung der Rechtswidrigkeit. Nach Auffassung der Beschwerdeführenden handle es sich sowohl beim Vermerk im Bauentscheid als auch beim Grundbucheintrag lediglich um einen Hinweis auf die Geltung der Erstwohnungsanteilsbestimmungen der Gemeinde. Diese würden für bestehende Bauten – wie die Liegenschaft der Beschwerdeführenden – den Besitzstand garantieren. Die Wohnung sei 2014 im Rahmen der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG ausgebaut worden.

b) Dass der Um- und Ausbau 2014 von der Gemeinde bewilligt wurde, ist unbestritten. Strittig ist hingegen, ob das im Bauentscheid vermerkte Zweckentfremdungsverbot der Nutzung als Ferienwohnung entgegensteht, oder ob der entsprechende Vermerk lediglich einen pauschalen Hinweis auf die Geltung der Erstwohnungsanteilsvorschriften gemäss GBR darstellt, und für die fragliche Nutzung der Wohnungen vorliegend der Besitzstandsschutz gemäss Anhang A158 Abs. 3 GBR greift. Diese Frage gilt es jedoch nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren, sondern im allfälligen nachträglichen Baubewilligungsverfahren oder im Wiederherstellungsverfahren von der Gemeinde zu klären. Vorliegend ist ausschliesslich zu prüfen, ob das Vorliegen einer rechtswidrigen Nutzung aufgrund einer summarischen Würdigung als glaubhaft erscheint und auch die weiteren Voraussetzungen zum Erlass eines vorsorglichen Benützungsverbots gegeben waren.

Gemäss Anhang A158 Abs. 3 GBR gilt für bestehende Gebäude hinsichtlich des Erstwohnungsanteils die Besitzstandsgarantie. Unter Verweis auf Art. 3 BauG hält das GBR zur Besitzstandsgarantie fest, dass Umbauten und Erweiterungen altrechtlicher Bauten nur soweit zugelassen sind, als dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird.²⁴ Gemäss Rechtsprechung wird eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit unter anderem dann angenommen, wenn bei unterschrittenem Erstwohnungsanteil der Zweitwohnungsanteil vergrössert wird.²⁵ Gemäss Art. 211 Abs. 1 GBR i.V.m. Anhang 158 Abs. 1 GBR beträgt der vorgeschriebene Erstwohnungsanteil mindestens 80% der Bruttogeschossfläche. Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend, der Erstwohnungsanteil von 80% sei bei der Erweiterung der Dachwohnung nicht überschritten worden, im Gegenteil: Gemäss ihren Ausführungen werde die ganze Liegenschaft seit über 20 Jahren ausschliesslich an Feriengäste vermietet. Lediglich in der Betriebswohnung des Voreigentümers seien zwischenzeitlich feste Anmeldungen erfolgt. Den Beschwerdeführenden ist zwar darin beizupflichten, dass aus dem Hinweis in der Baubewilligung von 2014 sowie dem darauf gestützten Grundbucheintrag nicht ohne weiteres hervorgeht, dass die Wohnungen in ihrer Liegenschaft ausschliesslich als Erstwohnungen genutzt und demnach nicht an Feriengäste vermietet werden dürfen. Es erscheint jedoch glaubhaft, dass die Gemeinde die Wohnraumerweiterungen im Dachgeschoss als Erweiterungsbauten qualifizierte, welche nicht mehr vom Besitzstandsschutz gedeckt sind, und aufgrund der Bestimmungen im GBR ein Zweckentfremdungsverbot im Bauentscheid aufnahm, um zu verhindern, dass der Wohnraum nach Abschluss der Bauarbeiten als Zweitwohnung genutzt werden kann. Der Hinweis, wonach die Liegenschaft dem Zweckentfremdungsverbot unterstehe, wurde demnach wahrscheinlich in direktem Zusammenhang mit dem Um- und Ausbau des Dachgeschosses in der entsprechenden Baubewilligung angebracht. Ob die Gemeinde zu diesem Zeitpunkt bereits Kenntnis der Nutzung durch den Voreigentümer hatte, geht aus den von den Beschwerdeführenden eingereichten Unterlagen nicht hervor. Hatte die Gemeinde zum Zeitpunkt des Bauentscheides 2014 keine Kenntnis der strittigen Nutzung, erscheint es nicht ungewöhnlich, dass die Aufnahme eines Zweckentfremdungsverbots direkt gestützt auf die Regelung im GBR ohne vorgängige Thematisierung in der Baukommission erfolgte, da damit nicht eine bekannte

²⁴ Vgl. Ausführungen zum Begriff der Besitzstandsgarantie unter Titel «Lesehilfe» des GBR Oberhofen vom 1. Januar 2013.

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 3 N. 4a.

unrechtmässige Nutzung unterbunden, sondern nur eine künftige unrechtmässige Nutzung verhindert werden sollte. Für dieses Vorgehen spricht weiter Art. 29 des Erläuterungsberichts vom 26. Juni 1987, wonach die Erstwohnungsanteilsvorschriften nach Ansicht der Gemeinde auch bei Umbauten zum Tragen kommen und diese Verpflichtung als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch anzumerken sei. Da mit dem Um- und Ausbau 2014 – entsprechend den Ausführungen der Beschwerdeführenden – lediglich der bestehende Wohnraum im Dachgeschoss erweitert, hingegen keine eigenständige Wohnung neu geschaffen wurde, erscheint es überdies nachvollziehbar, dass für sämtliche Räumlichkeiten des Dachgeschosses ein Zweckentfremdungsverbot verfügt werden sollte. Eine Unterteilung der Wohnung in einen Bereich, welcher als Erstwohnung genutzt werden muss, und einen Bereich, welcher als Zweitwohnung genutzt resp. an Feriengäste vermietet werden darf, erscheint weder praktikabel noch durchsetzt- oder kontrollierbar. Alles in allem ist aufgrund einer summarischen Würdigung nicht davon auszugehen, dass die Wohnung im Dachgeschoss in Bezug auf die Nutzung noch von einem vor 2014 allenfalls bestehenden Besitzstandsschutz profitieren würde. Dass die Gemeinde annahm, dass der strittigen Zweitwohnungsnutzung wahrscheinlich ein Zweckentfremdungsverbot entgegensteht und deshalb von einer unrechtmässigen Nutzung auszugehen ist, erscheint nach dem Vorgesagten nachvollziehbar.

c) Nach Ansicht der Gemeinde war die Unrechtmässigkeit der Nutzung gestützt auf den Hinweis im Liegenschafts Kaufvertrag und den Grundbucheintrag betreffend Zweckentfremdungsverbot für die Beschwerdeführenden leicht erkennbar. Da sie die Wohnungen trotz Erkennbarkeit der Unrechtmässigkeit zu Ferienzwecken vermieten und damit unrechtmässige Einnahmen generieren, würden sie als bösgläubig gelten. Die Beschwerdeführenden bestreiten, bösgläubig gehandelt zu haben. Sie hätten lediglich davon ausgehen müssen, dass keine Zweckänderung erfolgen dürfe, nicht aber, dass die Nutzung zur gewerblichen Vermietung an Feriengäste unzulässig wäre.

Gutgläubig kann eine Bauherrschaft nur sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt.²⁶ Auf guten Glauben kann sich nicht berufen, wer fahrlässig handelt, indem er es z.B. unterlässt, sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen, ob eine nicht eindeutig bewilligte Nutzung zulässig ist.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass bereits der Voreigentümer die Liegenschaft an Feriengäste vermietet hat und der Tatsache, dass sich aus dem Wortlaut des Grundbucheintrags nicht ohne Weiteres eine Pflicht zur Erstwohnungsnutzung ergibt, ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführenden die Wohnungen geradezu wider besseres Wissen unrechtmässig vermietet hätten. Eine krasse Bösgläubigkeit im baurechtlichen Sinne ist deshalb nicht anzunehmen. Jedoch gehört es grundsätzlich zu einer sorgfältigen Vorbereitung eines Liegenschafts Kaufs, sich vorgängig über allfällige aus dem Grundbuch ersichtlichen Nutzungsbeschränkungen und ihren Umfang zu erkundigen. Der Gemeinde ist darin beizupflichten, dass sich die Beschwerdeführenden im Rahmen des Liegenschaftserwerbs über die Bedeutung des im Kaufvertrag vermerkten Grundbucheintrags sowie dessen Ursprung und Umfang hätte erkundigen können und müssen. Die Beschwerdeführenden müssen sich überdies auch hier das Wissen(müssen) des Voreigentümers anrechnen lassen: Der Vermerk betreffend Zweckentfremdungsverbot wurde in direktem Zusammenhang mit den Bauausführungen 2014 angebracht. Der Voreigentümer wäre gehalten gewesen, sich über die Bedeutung dieses Vermerks zu erkundigen, um gegebenenfalls ein Rechtsmittel gegen den Entscheid ergreifen zu können. Aufgrund der Erweiterung des Dachgeschosses um zwei ganze Zimmer durfte er nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass auch das Dachgeschoss (weiterhin) von einem bestehenden Besitzstandsschutz profitiert und künftig als Ferienwohnung vermietet werden darf. Aus dem Vorbringen in seinem Schreiben vom

²⁶ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b.

16. Juli 2024, wonach er die Auskunft erhalten habe, dass dieser Vermerk bei allen Baubewilligungen erfolge, kann er überdies nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal diese Auskunft – sollte sie tatsächlich so erteilt worden sein – nichts über den Inhalt des fraglichen Zweckentfremdungsverbots aussagt. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Voreigentümer die Baubewilligung vom 17. Juni 2014 nicht angefochten hat, womit das Zweckentfremdungsverbot – sollte der Vermerk im Bauentscheid wirklich ein solches begründen, was in Bezug auf das Dachgeschoss glaubhaft erscheint – in Rechtskraft erwachsen ist.

Auch hier hat die Gemeinde ihren Ermessensspielraum mit dem Erlass eines vorsorglichen Benützungsverbots nicht überschritten: Es erscheint glaubhaft, dass das Dachgeschoss aufgrund des Vermerks in der Baubewilligung vom 17. Juni 2014 mit einem Zweckentfremdungsverbot belegt ist, welches der Vermietung der Wohnung als Ferienwohnung entgegensteht. Zudem erscheint aufgrund der Liste der ehemaligen Bewohnerinnen und Bewohner, welchen die Liegenschaft als Erstwohnsitz diente, unklar, ob die Wohnung tatsächlich durchwegs zur Vermietung an Feriengäste genutzt wurde.²⁷ Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden in ihrer Stellungnahme vom 4. September 2024 ergibt sich aus der Liste nicht, dass lediglich für die Betriebsleiterwohnungen des Voreigentümers feste Anmeldungen erfolgt sind. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit kann auf die Ausführungen unter Erwägung 4.d. verwiesen werden. Die Voraussetzungen für die Anordnung eines vorsorglichen Benützungsverbots für das Dachgeschoss waren erfüllt und die Beschwerde erweist sich insoweit als unbegründet.

6. Benützungsverbot Wohnungen im Erd- und Obergeschoss

a) Anlässlich der Begehung der Liegenschaft vom 9. April 2024 wurde gemäss Aktennotiz festgestellt, dass im Erdgeschoss eine Toilette, Handwaschbecken und Waschmaschine im ehemaligen Gerätelageraum eingebaut wurden.²⁸ Ausserdem sei der Öltank in einen Lagerraum und der Schutzraum zu temporär genutztem Büro und Lagerraum umgenutzt worden. Auf der Terrasse sei eine Dusche eingebaut und ein Whirlpool aufgestellt worden. Wann die genannten Änderungen und Umnutzungen vorgenommen wurden, geht aus den Akten nicht hervor. Im Obergeschoss wurden gemäss der Aktennotiz keine Abweichungen vom baulich bewilligten Zustand festgestellt.

b) Soweit aus den Akten ersichtlich, ist die Erstwohnungsanteilsplanung erstmalig mit dem Baureglement vom 10. September 1990 erlassen worden. Die Liegenschaft der Beschwerdeführenden wurde unbestrittenermassen 1966 bewilligt, als die Erstwohnungsanteilsvorschriften noch nicht in Kraft waren. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Zweitwohnungsnutzung bei Erstellung der Liegenschaft noch bewilligungsfrei und uneingeschränkt zulässig war. Gemäss Anhang A158 Abs. 3 GBR gilt für bestehende Gebäude in Bezug auf die Erstwohnungsanteilsvorschriften der Besitzstandsschutz. Sollten die Wohnungen tatsächlich seit 1966 durchgehend an Feriengäste vermietet worden sein, so wäre diese Nutzung demnach wohl grundsätzlich auch heute noch vom Besitzstand geschützt und bewilligungsfrei zulässig. Dies unter dem Vorbehalt, dass ein allfällig bestehender Besitzstand nicht dahingefallen ist, wie bspw. durch die zwischenzeitliche Aufgabe der Nutzung.

Mit Ziffer 6 des Bauentscheides vom 17. Juni 2014 wurde festgehalten, dass das Mehrfamilienhaus an der G._____strasse dem Zweckentfremdungsverbot gemäss Art. 211 und A158 GBR unterstehe. Anschliessend wurde dieses «Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteilsplan» im Grundbuch eingetragen. Fraglich erscheint insbesondere, ob mit dem Vermerk in der Baubewilligung aufgrund seiner nicht ohne weiteres klaren Formulierung und dem pauschalen

²⁷ Vgl. Liste der ehemaligen Bewohnerinnen und Bewohner der G._____strasse vom 17. Juli 2024.

²⁸ Vgl. Aktennotiz zu der Begehung vom 9. April 2024, pag. 62 der Vorakten der Gemeinde.

Verweis auf Anhang 158 GBR – welcher für bestehende Gebäude die Besitzstandsgarantie festhält – tatsächlich ein Verbot begründet wurde, alle in der Liegenschaft bestehenden Wohnungen als Zweitwohnungen zu nutzen, oder ob für die bestehenden Wohnungen nicht vielmehr weiterhin der Besitzesstand gilt – sofern dieser nicht zwischenzeitlich dahingefallen ist. Anders als bei der (weitgehenden) Erweiterung im Dachgeschoss ist beim Erdgeschoss unklar, ob die baulichen Veränderungen und Umnutzungen vor oder nach erstmaligem Erlass der Erstwohnungsanteilsplanung vorgenommen wurden. Die Räume im Obergeschoss wurden – soweit aus den Akten ersichtlich – sodann baulich weder verändert noch umgenutzt. Über die Rechtmässigkeit der Nutzung und die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen ist nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren, sondern im allfälligen nachträglichen Baubewilligungs- oder Wiederherstellungsverfahren durch die Gemeinde zu befinden. Massgebend für die Beurteilung des vorsorglichen Benützungsverbots ist einzig, ob die Nutzung aufgrund einer summarischen Prüfung wahrscheinlich rechtswidrig ist. Auch wenn eine Unrechtmässigkeit der Nutzung vorliegend nicht ausgeschlossen werden kann, bestehen bei den Wohnungen im Erd- und Obergeschoss nach dem Gesagten diverse Unklarheiten in Bezug auf den Besitzstandsschutz und das Zweckentfremdungsverbot. Vor dem Hintergrund dieser Unklarheiten erscheint die Annahme der Beschwerdeführenden sowie des Voreigentümers, sie seien davon ausgegangen, dass die Nutzung Besitzstandsschutz geniesse, bezogen auf das Erd- und Obergeschoss zumindest plausibel, da diese Wohnungen nicht – resp. allenfalls bereits vor Einführung der Erstwohnungsanteilsvorschriften – erweitert oder umgebaut wurden. Die von der Gemeinde vorgebrachten Argumente genügen bei dieser unklaren Sach- und Rechtslage nicht, um gestützt auf eine summarische Prüfung von einer Rechtswidrigkeit der Nutzung auszugehen. Die Verhältnisse gebieten den Erlass eines vorsorglichen Benützungsverbots für das Erd- und Obergeschoss nach dem Gesagten nicht. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist das Benützungsverbot für die Wohnungen im Erd- und Obergeschoss demnach aufzuheben.

7. Verfahrens- und Beweisanträge, Weiteres

a) Die Sitzungsprotokolle des Gemeinderats befinden sich in den amtlichen Akten der Gemeinde,²⁹ welche den Beschwerdeführenden von der BVD mit Verfügung vom 20. August 2024 zur Einsichtnahme zugestellt worden sind. Der Antrag der Beschwerdeführenden auf Edition der entsprechenden Sitzungsprotokolle des Gemeinderats ist damit gegenstandslos geworden und folglich abzuweisen.

b) Sodann erscheint die beantragte Einvernahme von E. _____ und H. _____ als Zeugen vorliegend nicht erforderlich, da von einer Befragung in Bezug auf die Beurteilung der Rechtmässigkeit des vorsorglichen Benützungsverbots keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind. Der Beweisantrag der Beschwerdeführenden ist abzuweisen.

c) Die Gemeinde beantragte in ihrer Vernehmlassung die Festlegung von Massnahmen zur Durchsetzung des Benützungsverbots durch die BVD. Die BVD als Beschwerdeinstanz ist lediglich für die Überprüfung der angefochtenen Verfügung, nicht aber für deren Einhaltung und Durchsetzung zuständig ist, weshalb auf den Antrag nicht eingetreten werden kann. Für die Durchsetzung baupolizeilicher Verfügungen und Massnahmen und damit auch zur Festlegung entsprechender Massnahmen ist die entsprechende Gemeindebehörde zuständig (Art. 45 BauG). Überdies ist mit Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung vom 7. Juni 2024 bereits eine grundsätzlich geeignete Massnahme zur Durchsetzung des Benützungsverbots festgelegt wurde (Anbringung eines Siegels).

²⁹ Vgl. Protokollauszug des Gemeinderats vom 29. Mai 2024 (pag. 70 der Vorakten) und Genehmigung Zirkularbeschluss vom 7. Juni 2014 inkl. Protokollauszug des Gemeinderats vom 19. Juni 2024 (pag. 100 der Vorakten).

d) Das Rechtsamt weist darauf hin, dass die Durchführung eines Wiederherstellungsverfahrens kein nachträgliches Baugesuch voraussetzt. Vielmehr ist den Pflichtigen zusammen mit dem Erlass einer allfälligen Wiederherstellungsverfügung Gelegenheit einzuräumen, innert 30 Tagen seit Eröffnung der Wiederherstellungsverfügung ein nachträgliches Baugesuch einzureichen (Art. 46 Abs. 2 BauG).

8. Ergebnis und Kosten

a) Die BVD kommt nach einer summarischen Würdigung der Aktenlage zum Schluss, dass die Voraussetzungen zum Erlass eines Benützungsverbots für die gewerbliche Vermietung der Wohnungen im Erdgeschoss und im Obergeschoss der Liegenschaft der Beschwerdeführenden nicht erfüllt sind. Das Benützungsverbot für die Wohnungen im Erdgeschoss und im Obergeschoss ist folglich aufzuheben. In Bezug auf das Studio im Untergeschoss und die Wohnung im Dachgeschoss ist die Beschwerde hingegen abzuweisen und das vorsorgliche Benützungsverbot zu bestätigen.

b) Selbst wenn die Gemeinde bei den Wohnungen im Erd- und Obergeschoss auf die Anordnung eines Benützungsverbots verzichtet hätte, wäre ihr Aufwand im gleichen Umfang entstanden. Die Kosten des vorinstanzlichen Entscheids sind daher nicht zu kürzen.

c) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1400.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁰). Die Verfahrenskosten werden 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 (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Die Beschwerdeführenden dringen mit ihrer Beschwerde insoweit durch, als das vorsorgliche Benützungsverbot für zwei der vier in der Liegenschaft bestehenden Wohnungen aufgehoben wird. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, den Beschwerdeführenden die Hälfte der Verfahrenskosten – ausmachend CHF 700.00 – aufzuerlegen. Der Gemeinde Oberhofen können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 700.00 trägt daher der Kanton.

d) 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). Die Gemeinde Oberhofen hat im Umfang ihres Unterliegens den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden beläuft sich auf CHF 9742.60 (Honorar CHF 8950.00, Auslagen CHF 62.60, Mehrwertsteuer CHF 730.00). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV³¹ 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

³⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

³¹ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG³²). Angesichts der unterdurchschnittlichen Bedeutung der Streitsache, des auf die Frage nach der Rechtmässigkeit des vorsorglichen Benützungsverbots beschränkten Streitgegenstands sowie des als unterdurchschnittlich zu wertenden gebotenen Zeitaufwands und der durchschnittlichen Komplexität des Falls erscheint ein Honorar von CHF 4800.00 als angemessen.

Die massgebenden Parteikosten betragen damit CHF 5256.60 (Honorar CHF 4800.00, Auslagen CHF 62.60, Mehrwertsteuer CHF 394.00). Die Parteikosten werden analog zu den Verfahrenskosten verteilt. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden folglich die Hälfte der Parteikosten, ausmachend CHF 2628.30, zu bezahlen. Der nicht anwaltlich vertretenen Gemeinde sind keine Parteikosten entstanden.

III. Entscheid

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Gemeinde Oberhofen am Thunersee vom 7. Juni 2024 wie folgt geändert (Änderungen unterstrichen):

«Für die Liegenschaft G. _____ strasse in 3653 Oberhofen wird ab sofort und bis auf Weiteres ein vorläufiges Benützungsverbot für die gewerbliche Vermietung des Studios im Untergeschoss und der Wohnung im Dachgeschoss und ähnlichem ausgesprochen. Zugelassen ist ausschliesslich die Nutzung des Studios/der Wohnung als Erstwohnung. Als Erstwohnung gilt eine Wohnung, die von mindestens einer Person genutzt wird bzw. gemäss der Grundbuchanmerkung genutzt werden muss, die in der betreffenden Gemeinde genau an dieser Adresse niedergelassen ist».

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen und die Verfügung der Gemeinde Oberhofen am Thunersee vom 7. Juni 2024 wird bestätigt.

2. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten von CHF 700.00 zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Gemeinde Oberhofen am Thunersee hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von CHF 2628.30 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt C. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Oberhofen, eingeschrieben

³² Kantonaes Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

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 drei 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.