

100.2017.271U
STE/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 23. Oktober 2018

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Verwaltungsrichterin Steinmann
Gerichtsschreiberin Ringgenberg

1. **A.** _____
 2. **B.** _____
- beide vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführer

gegen

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

und

Einwohnergemeinde Grindelwald
Baubewilligungsbehörde, Spillstattstrasse 2, Postfach 104,
3818 Grindelwald

betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands einer Terrasse
(Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
vom 31. August 2017; RA Nr. 110/2016/43)



Sachverhalt:

A.

A._____ ist Eigentümer der in der Landwirtschaftszone liegenden Parzelle Grindelwald Gbbl. Nr. 1_____. Am 31. März 2011 erteilte ihm die Einwohnergemeinde (EG) Grindelwald eine Baubewilligung für die Sanierung des Weidhauses und am 11. September 2014 – noch während der Bauausführung – eine weitere Baubewilligung für eine Erweiterung der Wohnfläche. Anlässlich einer Baukontrolle stellte die EG Grindelwald am 5. August 2015 fest, dass die ausgeführten Bauarbeiten in verschiedener Hinsicht nicht der Baubewilligung entsprechen. Trotz wiederholter Aufforderung reichte A._____ nur unvollständige Ausführungspläne ein. Das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) verweigerte am 27. Januar 2016 eine Ausnahmegewilligung für das grosse unbesprossene Fenster auf der Südseite und die Vergrösserung der Terrasse. Für die weiteren «Projektänderungen» erteilte es eine Ausnahmegewilligung mit Auflagen. Hierauf erliess die EG Grindelwald am 4. Februar 2016 eine Verfügung mit folgendem Inhalt:

- «1. Für folgende Gegenstände wird der Bauabschlag erteilt und Sie werden aufgefordert, die ohne Baubewilligung ausgeführten Bauarbeiten wie folgt rückgängig zu machen und den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen:
 - 1.1 Das grosse, unbesprossene Fenster an der Südfassade ist auf das bewilligte Mass zurückzubauen und gemäss der Baubewilligung vom 31. März 2011 mit Sprossen auszuführen.
 - 1.2 Die auf ca. 30.00 m² vergrösserte Terrasse ist auf die bewilligte Grösse von 3.00 x 2.30 = 7 m² zurückzubauen.
 - 1.3 Die beiden Giebelfenster auf der Ostseite sind nachträglich mit Sprossen zu versehen.
2. Für folgende Gegenstände wird die Baubewilligung erteilt:
[...]
3. [Wiederherstellungsfrist]
[...]]»

B.

Am 26. Februar 2016 reichte A. _____ dagegen Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Die BVE beteiligte B. _____, den Vater von A. _____, der den Umbau vorgenommen hatte und das Weidhaus bewohnt, von Amtes wegen als Partei am Verfahren und fällte am 31. August 2017 folgenden Entscheid:

- «1. Die Beschwerde wird, soweit sie die Herstellung des rechtmässigen Zustands des Fensters in der Südfassade und der Giebelfenster in der Ostseite betrifft (vgl. Ziffer 1.1 und 1.3 der Wiederherstellungsverfügung), als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit die Herstellung des rechtmässigen Zustands der Terrasse betroffen ist. Ziffer 1.2 des Dispositivs der Verfügung der Gemeinde Grindelwald vom 4. Februar 2016 wird wie folgt präzisiert:

«Die mit Steinplatten auf 46.2 m² vergrösserte Terrasse ist auf die bewilligte Terrassenfläche von 3.15 m² (gemäss Grundrissplan vom 23. Januar 2011 mit rev. Datum vom 23. Februar 2011 im Mst. 1:50) zurückzubauen. D.h., die Steinplatten sind zu entfernen und der ursprüngliche Zustand ist wieder herzustellen. Der Bodenaufbau und die Bodenqualität sind entsprechend der angrenzenden Umgebung zu rekultivieren. Die bestehenden Stützmauern und der Holzzaun sind zurückzubauen und an die bewilligte Terrassengrösse von 3.15 m² anzupassen.»

Im Übrigen wird der Entscheid der Einwohnergemeinde Grindelwald vom 4. Februar 2016 bis auf die Wiederherstellungsfrist in Ziffer 3 des Verfügungsdispositivs bestätigt. Die Frist wird neu auf den 31. Juli 2018 angesetzt.

3. [Verfahrenskosten]
4. [Parteikosten].»

C.

Gegen diesen Entscheid haben A. _____ und B. _____ am 29. September 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben und folgende Anträge gestellt:

- «1. Ziff. 2 bis 4 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion vom 31. August 2017 seien aufzuheben und die Sache sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter seien Ziff. 2 bis 4 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion vom 31. August 2017 aufzuheben und die Beschwerde an die Vorinstanz sei, soweit sie die Herstellung des

rechtmässigen Zustands der Terrasse betrifft (Ziff. 1.2 der Wiederherstellungsverfügung), als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben.

3. Subeventualiter seien Ziff. 2 bis 4 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion vom 31. August 2017 aufzuheben sowie Ziff. 1.2 der Baupolizeiverfügung vom 4. Februar 2016 aufzuheben.

- unter Kostenfolge ->

Die EG Grindelwald führt in ihrer Beschwerdeantwort vom 23. Oktober 2017 aus, unter Berücksichtigung der Abmachung bzw. Besprechung vor Ort im November 2016 sowie der Bauabnahme vom 18. Mai 2017 sei die Verpflichtung gemäss Wiederherstellungsverfügung vom 4. Februar 2016 erfüllt. Sie habe deshalb kein Interesse an einem Entscheid der BVE gehabt und hebe Ziff. 1.2 ihrer Verfügung vom 4. Februar 2016 auf. Mit Vernehmlassung vom 13. Oktober 2017 beantragt die BVE die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Beschwerdeführer haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Anfechtungsgegenstand bildet der Entscheid der BVE vom 31. August 2017; dieser ist an die Stelle der Verfügung der EG Grindelwald vom 4. Februar 2016 getreten (sog. Devolutiveffekt der Beschwerde; vgl.

BGE 139 II 404 E. 2.5; BVR 2010 S. 411 E. 1.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 60 N. 7). Soweit die Beschwerdeführer beantragen, Ziff. 1.2 der Baupolizeiverordnung vom 4. Februar 2016 sei aufzuheben, kann auf die Beschwerde deshalb nicht eingetreten werden.

1.3 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

Umstritten ist vor Verwaltungsgericht nur noch, ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführer die Terrasse zurückbauen müssen.

2.1 Die Beschwerdeführer machen vorab geltend, die BVE hätte das Verfahren auch betreffend Ziff. 1.2 der Wiederherstellungsverfügung abschreiben müssen. Sie hätten die Situation zusammen mit einer Vertretung der Gemeinde und des AGR vor Ort analysiert und entsprechend dem Ergebnis dieser auch für die BVE bindenden Beurteilung einen Teil der Steinplatten entfernt. Auch die Gemeinde habe der BVE im Anschluss daran ausdrücklich ihr Desinteresse an einem Entscheid mitgeteilt. Die Vorinstanz habe den Vertrauensgrundsatz und die Gemeindeautonomie verletzt, indem sie sich über diese Erklärung hinweggesetzt habe. – Wie bereits die BVE ausführte, hat die Gemeinde ihre Verfügung im vorinstanzlichen Verfahren weder formell zurückgenommen noch deren Rücknahme verbindlich in Aussicht gestellt. Die Behörden stellen den rechtserheblichen Sachverhalt im Übrigen von Amtes wegen fest (Art. 18 Abs. 1 VRPG). Die BVE hat festgehalten, dass auch nach Entfernung von 4,2 m² Steinplatten immer noch eine zusammenhängende Steinplattenfläche von 46,2 m² bestehe, in der Wiederherstellungsverfügung aber ein Rückbau auf 7 m² verlangt worden sei. Gestützt auf diese Feststellungen ist sie zum Schluss gekommen, dass die Auffassung der Gemeinde nicht haltbar ist, wonach mit der Verkleinerung der Terrasse um 4,2 m² der rechtmässige Zustand wiederhergestellt sei (Eingabe vom 29.5.2017, act. 3A pag. 97). Anders als die Beschwerdeführer meinen, war die BVE an eine davon abweichende «Ana-

lyse» der Beschwerdeführer, die sie nach einer Besprechung mit der Gemeinde und dem AGR verfasst haben, nicht gebunden, umso weniger als das AGR letztlich daran festhielt, dass der Rückbau der Terrasse auf 7 m² zwingend durchzusetzen sei (Stellungnahme vom 31.5.2017, act. 3A pag. 100). Die kommunale Verfügung ist sodann in Anwendung von kantonalem und Bundesrecht ergangen, d.h. in einem Bereich, in dem die Gemeinden keine Autonomie geniessen.

2.2 Die BVE hat den Wiederherstellungsbefehl gemäss Ziff. 1.2 der kommunalen Verfügung bestätigt und präzisiert. Damit ist die Anordnung der BVE an die Stelle jener der Gemeinde getreten (sog. Devolutiveffekt). Soweit die EG Grindelwald in ihrer Beschwerdeantwort vom 23. Oktober 2017 mitteilt, sie hebe Ziff. 1.2 ihrer Verfügung vom 4. Februar 2016 auf, steht ihr dieser Entscheid nicht zu. Sie kann den Entscheid der ihr übergeordneten Beschwerdeinstanz nicht abändern. Art. 71 VRPG, auf den sie sich stützt, regelt offensichtlich eine andere Konstellation. Die von der EG Grindelwald verfügte Aufhebung von Ziff. 1.2 ihrer Verfügung vom 4. Februar 2016 ist nichtig und nicht weiter zu beachten (vgl. auch Verfügung des Abteilungspräsidenten vom 2.11.2017).

3.

Betreffend die umstrittene Terrasse ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Am 31. März 2011 erteilte die EG Grindelwald dem Beschwerdeführer 1 u.a. die Bewilligung, die Verschalung des Eingangsbereichs zu entfernen und die dadurch entstehende Terrasse vor der Südfassade des Weidhauses auf 7 m² zu vergrössern (Baubewilligung mit Plänen, act. 3B pag. 29). Tatsächlich ausgeführt haben die Beschwerdeführer eine ab der Südfassade des nicht abgebrochenen Eingangsbereichs ca. 4 m tiefe, mit Steinplatten belegte Terrasse (inkl. massiver Stützmauer und Abzäunung), die um die Südostecke des Gebäudes gezogen wurde, vor der Ostfassade fast 5 m breit ist und nahtlos in eine gekofferte Zufahrt übergeht (Fotodokumentation zum Augenschein der BVE, act. 3A pag. 42 f.; Umgebungsplan

vom 4.5.2017, act. 3A hinter pag. 94 [im Folgenden: Umgebungsplan]). Während des Verfahrens vor der BVE haben sie 4,2 m² der Steinplatten wieder entfernt und durch eine Kofferung ersetzt, mit dem Ergebnis, dass die befestigte Zufahrt im Umfang der verkleinerten Terrasse verlängert wurde. Zudem haben die Beschwerdeführer bis zum neuen Übergang zwischen Terrasse und Zufahrt den Zaun entfernt (vgl. Umgebungsplan). Wie die BVE bereits zutreffend festgestellt hat (E. 3c des angefochtenen Entscheids), wird die Baupolizeibehörde der EG Grindelwald noch zu prüfen haben, ob für die gekofferte Zufahrt und für den Strassenanschluss eine Bewilligung vorliegt oder ein weiteres Wiederherstellungsverfahren durchzuführen ist; diese Bauarbeiten sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

4.

4.1 Während die EG Grindelwald verfügte, die auf ca. 30 m² vergrösserte Terrasse sei auf die bewilligte Grösse von 3 x 2,3 = 7 m² zurückzubauen, ordnete die BVE an, die mit Steinplatten auf 46,2 m² vergrösserte Terrasse sei auf die bewilligte Fläche von 3,15 m² (gemäss Grundrissplan vom 23.1.2011 mit rev. Datum vom 23.2.2011 im Mst. 1:50) zurückzubauen. Die Beschwerdeführer machen geltend, damit habe die BVE die angefochtene Verfügung zu ihren Ungunsten geändert (sog. *reformatio in peius*), was nur nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zulässig gewesen wäre. Da die BVE sie nicht angehört habe, sei ihr Entscheid schon wegen dieser Gehörsverletzung aufzuheben, zumal das Gericht nicht über die gleiche Prüfungsbefugnis verfüge.

4.2 Die Gemeinde hat den Rückbau der Terrasse auf die bewilligte Fläche angeordnet. Da die Verschalung des Eingangsbereichs nicht, wie ursprünglich vorgesehen, entfernt wurde, beträgt diese Fläche nicht 7 m², sondern 3,15 m² ausserhalb des Gebäudegrundrisses (vgl. auch Vernehmlassung der BVE vom 13.10.2017, act. 3). Das AGR hatte für seine Beurteilung bloss die bewilligten Pläne aus dem Jahr 2011 (act. 3B pag. 29) sowie die unvollständigen Ausführungspläne vom 24. November 2015 und zwei Fotos zur Verfügung (act. 3B pag. 10 ff.). Darauf sind die Stützmauer

und der vor der Südfassade liegende Teil der Terrasse erkennbar, mangels Grundrissplan oder Foto der Ostseite aber nicht die ganze Terrassenfläche (vgl. auch vorne Bst. A). Auch auf dem Situationsplan ist die Fläche der tatsächlich realisierten Terrasse nur gegen Westen, Süden und Osten begrenzt. Wo sie gegen Norden endet, ist nicht ersichtlich. Gestützt auf diese Unterlagen und die im Situationsplan eingezeichnete Masse ist das AGR offenbar davon ausgegangen, dass die Terrasse (nur) die Fläche vor der Südfassade einnehme (8,2 m x 3,97 m) und somit abweichend von der Baubewilligung «auf ca. 30 m² vergrössert» worden sei. Die Gemeinde hat diese ungefähre Annahme in ihre Wiederherstellungsverfügung übernommen. Die BVE hat ihrerseits einen Augenschein durchgeführt und im Anschluss daran einen Umgebungsplan verlangt, auf dem die Steinplattenfläche nunmehr genau eingezeichnet und vermasst ist (vgl. vorne E. 3). Gestützt darauf hat die BVE klargestellt, dass die Terrasse auf 46,2 m² vergrössert worden ist. Damit hat sie die Anordnung der Gemeinde nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführer abgeändert. Denn der Kern der Wiederherstellungsmassnahme besteht darin, dass die Terrasse auf den bewilligten Zustand zurückzubauen ist. Wie gross die Fläche genau ist, die wieder in den ursprünglichen Zustand zurückgeführt werden muss, ist auch deshalb nebensächlich, weil alle Verfahrensbeteiligten davon ausgehen, dass mit «Terrasse» (im Unterschied zur «Zufahrt») die mit Natursteinplatten belegte Fläche vor der Süd- und Ostfassade des Weidhauses gemeint ist (vgl. insb. Umgebungsplan). Entscheidend ist letztlich das herbeizuführende Ergebnis, d.h. die Terrasse im bewilligten Ausmass von 3,15 m² ausserhalb des Gebäudegrundrisses (inkl. Abbruch von Stützmauern und Anpassung der Abzäunung) und die Rekultivierung der darüber hinaus mit Steinplatten belegten Fläche. Die BVE ist folglich nicht über den Wiederherstellungsbefehl der Gemeinde hinausgegangen, sondern hat diesen nach eigenen Sachverhaltsfeststellungen bloss präzisiert. Ihr ist deshalb auch keine Gehörsverletzung vorzuwerfen.

5.

5.1 Die Beschwerdeführer rügen schliesslich eine Verletzung der Eigentumsgarantie, weil ein Teil ihrer Investitionen in den Umbau des Weidhau-

ses vernichtet werde. Dafür finde sich keine Grundlage im Raumplanungsrecht. Die Massnahme liege nicht im öffentlichen Interesse und sei auch nicht verhältnismässig.

5.2 Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer solchen ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde der jeweiligen Grundeigentümerschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 47 Abs. 6 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]; statt vieler BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 46 N. 9).

5.3 Die BVE hat in ihrem Entscheid darlegt, in welchem Umfang die Terrasse formell wie materiell baurechtswidrig ist (E. 3 ff.). Sie hat die Rechtsgrundlagen für die Wiederherstellung rechtswidriger Bauten genannt, das zwingende öffentliche Interesse daran benannt und die Verhältnismässigkeit im Einzelnen geprüft (E. 6). Da die Beschwerdeführer nicht weiter darlegen, inwiefern diese Erwägungen rechtsfehlerhaft sein sollen, kann darauf verwiesen werden. Anders als sie es darstellen, gehen die widerrechtlichen Bauarbeiten im Übrigen weit über den blossen Erhalt eines landschaftsprägenden Weidhauses hinaus. Eine Verletzung der Eigentumsgarantie ist nicht ersichtlich.

6.

6.1 Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet; sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Da die Wiederherstellungsfrist gemäss angefochtenem Entscheid unterdessen abgelaufen ist, ist eine neue Frist anzusetzen.

6.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die unterliegenden Beschwerdeführer unter Solidarhaft die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird auf den **31. Juli 2019** festgesetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden den Beschwerdeführern auferlegt.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
5. Zu eröffnen:
 - den Beschwerdeführern
 - der Einwohnergemeinde Grindelwald
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
 - dem Bundesamt für Raumentwicklungund mitzuteilen:
 - dem Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli
 - dem Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.