

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2004/60

Bern, 7. September 2004

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin

und



B. _____
Beschwerdegegnerin 1

Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 2

Frau **D.** _____
Beschwerdegegnerin 3

Herrn **E.** _____
Beschwerdegegner 4

F. _____
Beschwerdegegnerin 5

G. _____
Beschwerdegegnerin 6

N. _____
Beschwerdegegnerin 7

Frau **H.** _____
Beschwerdegegnerin 8

Frau **I.** _____
Beschwerdegegnerin 9

Herrn **J.** _____
Beschwerdegegner 10

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher K. _____

und

Frau L. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte

vertreten durch Herrn Fürsprecher M. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern, Bauinspektorat, Bundesgasse 38, Postfach 2731, 3001 Bern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern vom 30. März 2004 (Baukontroll-Nr. 03-0279; P. _____ strasse 97; Massagesalon)

I. Sachverhalt

1. Die B. _____ ist Eigentümerin der Liegenschaften P. _____ strasse 95 und P. _____ strasse 99 in Bern. Am 26. September 2002 reichte sie beim Bauinspektorat der Stadt Bern eine baupolizeiliche Anzeige ein. Sie machte geltend, in der Wohnung im Hochparterre der Liegenschaft P. _____ strasse 97 auf Parzelle Bern GBBl. Nr. Q. _____ werde sei einiger Zeit ein Sexsalon betrieben. Diese Nutzung führe zu unzumutbaren Immissionen im Bereich ihrer benachbarten Liegenschaften. Die Umnutzung von Wohnen in Gewerbe sei baubewilligungspflichtig und erfordere eine Bewilligung nach WERG¹. Da die Umnutzung nicht bewilligungsfähig sei, müsse ein Wiederherstellungsverfahren nach Art. 46 ff. BauG² eingeleitet werden.

2. Mit Schreiben vom 5. März 2003 teilte das Bauinspektorat der Stadt Bern der Grundeigentümerin der Liegenschaft P. _____ strasse 97, Frau L. _____, mit, die Umnutzung von Wohnraum sei nach Art. 4 BewD³ bewilligungspflichtig. Für die bereits vollzogene Umnutzung sei weder eine Baubewilligung noch eine Bewilligung nach WERG

¹ Gesetz vom 9. September 1975 über die Erhaltung von Wohnraum (WERG; BSG 853.1)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (BewD; BSG 725.1)

erteilt worden. Sie werde daher aufgefordert, den fraglichen Wohnraum im Hochparterre ihrer Liegenschaft an der P._____strasse 97 ohne Verzug wieder dem Wohnzweck zuzuführen oder innert 30 Tagen ein nachträgliches Baugesuch und ein Gesuch nach WERG einzureichen.

Am 20. Juni 2003 reichte Frau L._____ beim Bauinspektorat der Stadt Bern ein nachträgliches Baugesuch und ein Gesuch nach WERG ein. Das Bauinspektorat der Stadt Bern veranlasste daraufhin die Publikation des nachträglichen Baugesuchs im Anzeiger der Region Bern. Gegen das Baugesuch gingen mehrere Einsprachen ein.

Am 30. März 2004 erteilte die Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern Frau L._____ den Bauabschlag. Gleichzeitig verfügte sie, das Massagestudio im Hochparterre der Liegenschaft P._____strasse 97 sei innert einer Frist von drei Monaten nach Rechtskraft des Entscheides wieder in eine 3-Zimmer-Wohnung umzuwandeln. Die Vorinstanz begründete den Entscheid damit, das Vorhaben widerspreche der Bestimmung von Art. 4 Abs. 2 WERG, wonach die Bewilligung nur dann zu erteilen sei, wenn das Interesse des Grundeigentümers das allgemeine Interesse am Weiterbestand der Wohnnutzung überwiege. Dies sei nicht der Fall.

4. Gegen diesen Entscheid erhob Frau A._____, welche Mieterin der fraglichen Hochparterrewohnung der Liegenschaft P._____strasse 97 ist, am 6. Mai 2004 Beschwerde beim Regierungsstatthalteramt Bern. Sie beantragt, der Bauabschlag und die Wiederherstellungsverfügung seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Nutzung des "Objektes" bewilligungsfrei sei. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es sei die Baubewilligung zu erteilen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Entscheid der Stadt Bern sei ihr versehentlich nicht eröffnet worden. Sie habe erst vor kurzem eine Kopie des Entscheids von ihrem Vermieter erhalten. Bereits im Mai 1991 sei in der fraglichen Wohnung ein Massagestudio eingerichtet worden. Seit dem 1. Februar 1999 sei sie Mieterin dieser Wohnung und betreibe den Massagesalon weiter. Die Wohnung sei zugleich ihr fester Wohnsitz. Die gegenwärtige Nutzung der Wohnung, bestehend aus einer Wohnnutzung von etwa 70 % und einer gewerblichen Nutzung von rund 30 %, sei zonenkonform und somit nicht baubewilligungspflichtig. Hinzu komme, dass sich der Betrieb des Salons nicht störend auswirke und das Wohnen an der P._____strasse 97 nicht beeinträchtige. Die Tatsache, dass in der Wohnung ein Salon

betrieben werde, sei den Stadtbehörden sei mehr als zehn Jahren bekannt.

5. Am 11. Mai 2004 leitete der Regierungsrat von Bern die Beschwerde an die kantonale Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) weiter. Er gab im Sinne eines Meinungsaustausches nach Art. 4 Abs. 2 VRPG⁴ seine Auffassung bekannt, dass für die Behandlung der Beschwerde die BVE zuständig sei.

Das Rechtsamt der BVE, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁵, bejahte die Zuständigkeit der BVE für die Beurteilung der Beschwerde. Es beteiligte Frau L. _____ als Baugesuchstellerin und Grundeigentümerin von Parzelle Bern GBB. Q. _____ von Amtes wegen am Verfahren und führte den Schriftenwechsel durch.

6. Frau L. _____ beantragt, der Bauabschlag und die Wiederherstellungsverfügung seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Nutzung des "Objektes" bewilligungsfrei sei. Eventualiter seien der Bauabschlag und die Wiederherstellungsverfügung aufzuheben und die Baubewilligung sei zu erteilen. Zur Begründung bringt sie die gleichen Argumente vor wie die Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdegegner beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und der Bauabschlag und die Wiederherstellungsverfügung seien zu bestätigen. Die Beschwerdeführerin sei nicht zur Beschwerde befugt im Sinne von Art. 40 Abs. 2 BauG⁶. Auf die Beschwerde sei daher nicht einzutreten. Im Übrigen sei fraglich, ob die BVE für die Beurteilung der Beschwerde überhaupt zuständig sei. In materieller Hinsicht vertreten die Beschwerdegegner die Auffassung, dass die Nutzungsänderung in der fraglichen Hochparterrewohnung bewilligungspflichtig sei. Eine Baubewilligung liege nicht vor und könne auch nicht nachträglich erteilt werden. Die Beschwerdeführerin mache kein privates Interesse geltend, welches das allgemeine Interesse am Weiterbestand der Wohnnutzung überwiege.

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁵ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 155.221.191)

⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

Das Bauinspektorat der Stadt Bern beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen und der angefochtene Entscheid sei zu bestätigen. Der Beschwerdeführerin sei der Entscheid versehentlich nicht eröffnet worden. Die Zuständigkeit des Regierungsstatthalters für die Beurteilung der Beschwerde sei zu verneinen. Die teilweise Nutzung der Wohnung als Massagesalon sei baubewilligungspflichtig und widerspreche Art. 4 Abs. 2 WERG. Ausserdem stehe sie in Widerspruch zur Bestimmung von Art. 17 Abs. 1 BO⁷, welche in der gemischten Wohnzone Wga lediglich nicht störendes Gewerbe zulasse. Die teilweise Nutzung als Massagesalon sei in der gemischten Wohnzone Wga stark störend und somit zonenfremd.

7. Das Rechtsamt verzichtete auf die Durchführung eines Beweisverfahrens.

Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid von Belang, in den Erwägungen zurückzukommen sein.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

a) Nach Art. 40 Abs. 1 BauG sind Bauentscheide mit Baubeschwerde bei der BVE anfechtbar. Laut Art. 49 Abs. 1 BauG können Wiederherstellungsverfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG ebenfalls mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Der angefochtene Entscheid wird zwar einzig damit begründet, das Vorhaben widerspreche der Vorschrift von Art. 4 Abs. 2 WERG. Im vorliegenden Fall hat jedoch die Grundeigentümerin der Liegenschaft P._____strasse 97 ein nachträgliches Baugesuch und ein Gesuch nach WERG eingereicht. Leitverfahren war dabei das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG⁸). Dementsprechend beinhaltet das Dispositiv der angefochtenen Verfügung einen Bauentscheid nach Art. 35 BewD und eine Wiederherstellungsverfügung nach Art. 46 BauG sowie einen Entscheid nach WERG. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

⁷ Bauordnung der Stadt Bern, Fassung vom 1. Januar 2003

⁸ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

b) Die Beschwerdegegner machen geltend, die Beschwerdeführerin sei im vorliegenden Fall weder Baugesuchstellerin noch Einsprecherin und daher nicht beschwerdebefugt im Sinne von Art. 40 Abs. 2 BauG. Auf ihre Beschwerde sei daher nicht einzutreten.

Es trifft zwar zu, dass sich die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin formell nicht auf Art. 40 Abs. 2 BauG abstützen lässt. Art. 8 WERG bestimmt jedoch, dass die Mieter den Entscheid über die Umnutzung von Wohnungen mit Beschwerde anfechten können. Der angefochtene Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung stellt zugleich einen Entscheid über die Umnutzung von Wohnraum im Sinne des WERG dar. Die Beschwerdeführerin ist als Mieterin der betroffenen Liegenschaft durch die angefochtene Verfügung beschwert und somit zur Beschwerde befugt. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin als Mieterin befugt ist, gegen die Wiederherstellungsverfügung Beschwerde zu führen⁹. Auf ihre Beschwerde ist somit einzutreten.

2. Bewilligungspflicht der Nutzungsänderung

a) Die Beschwerdeführerin und Frau L._____ machen geltend, die Beschwerdeführerin habe seit Ende Januar 2004 ihren festen Wohnsitz in der Hochparterrewohnung an der P._____strasse 97. Diese Liegenschaft befinde sich in der gemischten Wohnzone Wg a, in welcher nach Art. 17 Abs. 2 BO wenigstens 50 % der Bruttogeschossfläche der Wohnnutzung vorbehalten bleiben müssen. Die Wohnung diene zu etwa 70 % der Wohnnutzung und zu 30 % der gewerblichen Nutzung. Die gegenwärtige Nutzung verletze Art. 17 Abs. 2 BO nicht und sei zonenkonform. Dies umso mehr, als die Nutzung als Massagestudio gegen aussen nicht in Erscheinung trete. Eine Bewilligung für die Nutzungsänderung sei somit nicht erforderlich.

b) Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. a BewD i.V.m. Art. 4 Abs. 2 BewD bedarf jede wesentliche Änderung von Gebäuden und Gebäudeteilen einer Baubewilligung. Als wesentliche Änderung gelten insbesondere die Änderung der Zweckbestimmung und die Erneuerung von Bauten und Anlagen, wenn durch eine solche Änderung baurechtlich relevante Tatbestände betroffen werden, wie bei Änderungen an Bauten, welche über eine Baulinie hinausragen, welche die Zonenvorschriften, die Umweltschutzgesetzgebung oder die

⁹ Aldo Zaugg, Kommentar zum bernischen BauG, 2. Aufl. 1995, Art. 49 N. 2

Abstandsvorschriften berühren oder welche zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen führen (Art. 4 Abs. 2 Bst. d BewD). Art. 4 Abs. 1 WERG bestimmt zudem, dass Abbruch, Zweckänderung und wesentliche bauliche Umwandlung von Wohnungen nur mit behördlicher Bewilligung gestattet sind.

c) Änderungen der Zweckbestimmung gelten nach der Praxis immer dann als wesentliche und damit baubewilligungspflichtige Änderungen bestehender Gebäude, wenn sie die Zonenvorschriften „berühren“. Der Begriff „berühren“ ist dabei nicht mit dem Begriff „verletzen“ gleichzusetzen. Die Baubewilligungspflicht beginnt nicht erst dann, wenn die geplante Umnutzung den Nutzungsvorschriften mit Sicherheit widerspricht. Nur wenn – aufgrund einer summarischen Prüfung – mit Gewissheit ausgeschlossen werden kann, dass die neue Nutzung die baurechtlich relevanten Vorschriften berührt, darf die Baubewilligungspflicht verneint werden. Unter dieser Perspektive ist es angezeigt, die Bewilligungspflicht einer Zweckänderung bereits dann zu bejahen, wenn die neue Nutzung den bestehenden Zonenvorschriften *möglicherweise* widerspricht. Damit wird klargestellt, dass es für die Beurteilung der Baubewilligungspflicht einer Zweckänderung nicht so sehr darauf ankommt, wie weit die neue Nutzung von der früheren Nutzung abweicht; entscheidend ist vielmehr, ob als Folge der Zweckänderung die Gefahr entsteht, dass Zonenvorschriften verletzt werden¹⁰.

d) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass in der fraglichen Hochparterrewohnung an der P._____strasse 97 seit längerer Zeit ein Massagestudio betrieben wird. Eine Bewilligung für die teilweise Umnutzung der Wohnung in ein Massagestudio liegt nicht vor. Die hier interessierende Liegenschaft befindet sich gemäss Nutzungszonenplan der Stadt Bern in der gemischten Wohnzone Wga. Nach Art. 17 Abs. 1 BO ist in den gemischten Wohnzonen Wga und Wgb lediglich nicht störendes Gewerbe zulässig. Es ist gerichtsnotorisch, dass zwischen sexgewerblicher Nutzung und Wohnnutzung ein erheblicher Nutzungskonflikt besteht. Weil es nach der oben dargelegten Praxis bereits genügt, dass die neue Nutzung die bestehenden Zonenvorschriften *möglicherweise* verletzt, steht fest, dass die teilweise Umnutzung einer Wohnung in einen Massagesalon in der fraglichen Liegenschaft baubewilligungspflichtig ist.

e) Der Begriff „Änderung der Zweckbestimmung“ nach Art. 5 Abs. 2 Bst. d BewD ist

¹⁰ BVR 1995 S. 499 E. 5a, BVR 1996 S. 312 E. 2

gleichzusetzen mit dem Begriff „Zweckänderung“ nach Art. 4 Abs. 1 WERG. Damit bedarf die Nutzungsänderung der fraglichen Wohnung neben einer Baubewilligung auch eine Bewilligung nach Art. 4 Abs. 1 WERG.

f) Zusammenfassend folgt, dass die teilweise Nutzungsänderung der Hochparterrewohnung an der P._____strasse 97 von einer Wohnnutzung in ein Massagestudio sowohl nach Art. 4 Abs. 2 Bst. d Ziff. 2 BewD als auch nach Art. 4 Abs. 1 WERG bewilligungspflichtig ist.

3. Bewilligungsfähigkeit nach WERG

Die Vorinstanz hat den Bauabschlag einzig damit begründet, dass das allgemeine Interesse am Weiterbestand der Wohnnutzung das Interesse der Grundeigentümerin, in der fraglichen Wohnung weiterhin einen Massagesalon betreiben zu können, überwiege, und eine Bewilligung nach WERG daher nicht erteilt werden könne.

a) Das WERG verfolgt sozialpolitische Ziele; es dient der Bekämpfung von Wohnungsnot. Sein Geltungsbereich ist deshalb auf Gemeinden mit Wohnungsmangel beschränkt und es darf nach Art. 2 WERG auch nur für die Dauer der Wohnungsnot Geltung beanspruchen. Das WERG überlagert in den unterstellten Gemeinden die Ortsplanung und führt im Interesse der Erhaltung von Wohnraum zu zusätzlichen Einschränkungen der Befugnisse von Eigentümerinnen und Eigentümern. Dabei geht es nicht nur darum, den Wohnraum schlechthin zu erhalten, sondern es soll in allen Kategorien (preislich und grössenmässig) ein ausgewogenes Wohnungsangebot bestehen. Dies bedeutet, dass mit dem WERG vorab angestrebt wird, preisgünstigen und in sinnvollen Grösseneinheiten gestaffelten Wohnraum zu erhalten¹¹.

Es ist eine unbestrittene Tatsache, dass in der Stadt Bern unverändert ein erheblicher Mangel namentlich an preisgünstigen Wohnungen besteht. Aus den unbestritten gebliebenen Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid geht hervor, dass der Leerwohnungsbestand in der Stadt Bern in den vergangenen 10 Jahren konstant weniger als 1 % des Wohnungsbestands betrug. Im Jahr 2003 belief sich der Leerwohnungsbestand auf 0,29 %. Für das reibungslose Funktionieren des Wohnungsmarktes wird im allgemeinen ein Leerwohnungsbestand von 1 – 1,5 %

¹¹ BVR 1995 S. 527 E. 2a

angenommen¹². Die Stadt Bern ist den Bestimmungen des WERG nach wie vor unterstellt.

b) Nach Art. 4 Abs. 2 WERG ist die Bewilligung für Zweckänderungen von Wohnungen zu erteilen, wenn das Interesse der Grundeigentümerin oder des Grundeigentümers gegenüber dem allgemeinen Interesse am Weiterbestand eindeutig überwiegt. Diese Interessenabwägung ist unter Würdigung der gesamten Umstände vorzunehmen. Das bedeutet namentlich, dass alle betroffenen Anliegen der Öffentlichkeit zu würdigen sind, selbst wenn sie nicht mit den Zielen des WERG übereinstimmen. Das ergibt sich nicht zuletzt auch aus den Vorschriften von Art. 5 und 6 WERG, welche unter bestimmten Voraussetzungen dem Erhaltungsinteresse andere Anliegen der Allgemeinheit vorgehen lassen. Nicht in die Interessenabwägung einfließen können dagegen die besonderen privaten Interessen einer Mieterin oder eines Mieters. Diese sind zwar nach Art. 8 WERG als Betroffene zur Anfechtung von Entscheiden über Abbruch und Umwandlung befugt. Der Gesetzgeber hatte aber damit nicht die Absicht, bestimmten Mieterinnen und Mietern zu ermöglichen, ihre eigenen Interessen in die Beurteilung einzubringen. Vielmehr sollte sichergestellt werden, dass das *allgemeine* Interesse von Mieterinnen und Mietern angemessen berücksichtigt werde¹³.

c) Frau L._____ macht als Grundeigentümerin der Liegenschaft P._____ strasse 97 geltend, dass die Wohnqualität durch den Verkehrslärm geschmälert werde und es sich deshalb nicht um eine ideale Wohnlage handle. Die Wohnung könnte einer Person, welche an dieser Lage nur „wohnen“ möchte, nur schwer und zu einem äusserst tiefen Mietzins vermietet werden. Die gewerbliche Nutzung wirke sich zudem nicht störend auf die Wohnqualität aus und die Wohnung diene zur Hauptsache weiterhin Wohnzwecken.

Die verkehrsexponierte Lage der fraglichen Wohnung vermag Frau L._____ bei der Begründung ihres privaten Interesses nicht zu helfen. Lärm- und Geruchsimmissionen gehören heutzutage zum städtischen Alltag. Würden Umnutzungen von Wohnungen an den zahlreichen stark befahrenen Strassen ohne weiteres zugelassen, so hätte dies einen grossen Verlust an dringend benötigtem preisgünstigem Wohnraum zur Folge¹⁴. Die an der stark befahrenen, mehrspurigen P._____ strasse gelegene Liegenschaft ist zweifellos erheblich, im Vergleich mit anderen städtischen Wohnungen an wichtigen Verkehrsachsen

¹² BVR 1992 S. 489 E. 2a

¹³ BVR 1995 S. 527 E. 3

¹⁴ BVR 1995 S. 527 E. 4a

allerdings nicht überdurchschnittlich durch Immissionen belastet. Dem fraglichen Quartier kann der Wohncharakter nicht abgesprochen werden. An der Erhaltung der zentrumsnahen, gut mit öffentlichen Verkehrsmitteln erschlossenen und relativ preisgünstigen Wohnungen besteht deshalb trotz der Immissionsbelastung ein erhebliches öffentliches Interesse. Weitere Gründe, weshalb im vorliegenden Fall ein privates Interesse bestehen sollte, welches das öffentliche Interesse eindeutig überwiegt, macht die Grundeigentümerin der fraglichen Liegenschaft nicht geltend.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Grundeigentümerin der Liegenschaft P._____strasse 97 kein privates, das öffentliche Interesse eindeutig überwiegendes Interesse an der bereits vollzogenen Umnutzung der Wohnung in einen Massagesalon geltend machen kann. Die Vorinstanz hat die Bewilligung nach Art. 4 WERG daher zu Recht verweigert.

e) Im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches nach WERG wurde nicht geltend gemacht, dass die fragliche Hochparterrewohnung an der P._____strasse 97 nicht nur der gewerblichen Nutzung, sondern auch dem Wohnen dient. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe seit Ende Januar 2004 an der P._____strasse 97 ihren festen Wohnsitz. Unter diesen Umständen kann es zwar fraglich sein, ob überhaupt noch eine bewilligungspflichtige Zweckänderung nach Art. 4 Abs. 2 WERG vorliegt. Diese Frage kann jedoch offen bleiben, da die teilweise Nutzungsänderung aus baurechtlicher Sicht ohnehin nicht bewilligt werden kann (vgl. Erwägungen in Ziffer 4).

4. Zonenkonformität des Massagesalons in der gemischten Wohnzone Wga

a) Nach Art. 24 Abs. 1 BauG dürfen Bauten und Anlagen nicht zu Einwirkungen auf die Nachbarschaft führen, die der Zonenordnung widersprechen. Unter Einwirkungen sind auch ideelle bzw. immaterielle (z.B. ästhetische oder psychisch wirkende) Immissionen zu verstehen. Die hier interessierende Liegenschaft an der P._____strasse 97 befindet sich gemäss Nutzungszonenplan der Stadt Bern in der gemischten Wohnzone Wga. Nach Art. 17 Abs. 1 BO bezweckt die gemischte Wohnzone Wga die Sicherung von Wohnraum in stark gemischten Stadtgebieten. Es ist lediglich nicht störendes Gewerbe zulässig und es müssen wenigstens 50 % der Bruttogeschossfläche der Wohnnutzung vorbehalten bleiben (Art. 17 Abs. 2 BO). Im Folgenden ist zu prüfen, ob es sich beim Betrieb eines

Massagesalons um ein störendes Gewerbe im Sinne von Art. 17 Abs. 1 BO handelt oder nicht.

b) Die Frage nach dem Störungspotential von Sexbetrieben stellte sich in der Rechtspraxis bisher vor allem bei Betrieben in Wohnzonen mit einem hohen Wohnungsanteil. Als nicht störend gelten dabei Betriebe, die mit der Wohnnutzung ohne weiteres vereinbar sind oder diese sogar begünstigen. Als Störung wird demgegenüber jede Nutzungsart angesehen, die gemessen an den örtlichen Verhältnissen unzulässige Immissionen zur Folge hat. Bei der Beurteilung des übermässigen Störens stellt die Zonenordnung grundsätzlich auf durchschnittliche, objektivierte Bedingungen ab. Eine gewerbliche Nutzung ist in der Wohnzone auszuschliessen, wenn sie typischerweise Belästigungen zur Folge hat, die über das hinausgehen, was mit dem Wohnen verträglich ist. Es entspricht den Zielen und Zwecken des RPG¹⁵, in Wohnzonen, die nur nicht störendes Gewerbe zulassen, beispielsweise nur Gewerbe zu bewilligen, die dem täglichen Bedarf ihrer Bewohnerinnen und Bewohner dienen. Von einem Sexgewerbe können vorab ideelle Immissionen ausgehen. Darunter sind Einwirkungen zu verstehen, die das seelische Empfinden verletzen bzw. unangenehme Eindrücke erwecken und das ruhige und angenehme Wohnen beeinträchtigen. Sie können die Nachbarschaft direkt belästigen oder aber indirekte Wirkungen zeitigen, indem sie durch eine unästhetische oder sonst wie unerfreuliche Umgebung die Wohnqualität (und sei es auch nur den Ruf der Wohngegend) beeinträchtigen, die Vermietbarkeit von Wohnungen erschweren oder den Geschäften die Kundinnen und Kunden fernhalten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es vertretbar, in einer Zone mit einem Wohnanteil von 60 % sexgewerbliche Betriebe aufgrund ihrer ideellen Immissionen als stark störend einzustufen¹⁶. Zwischen einer Wohnnutzung und einer sexgewerblichen Nutzung besteht somit ein Nutzungskonflikt, welcher in Wohnzonen, jedenfalls in solchen mit einem hohen Mindestwohnanteil, zu Gunsten der Wohnzone und zu Lasten des Sexgewerbes geklärt werden muss¹⁷.

Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob diese Praxis auch auf den hier zu beurteilenden Massagesalon in der gemischten Wohnzone Wga mit einem Mindestwohnanteil von 50 % anwendbar ist.

c) Für die Auslegung des Begriffs der störenden bzw. nicht störenden Nutzung im Sinne

¹⁵ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG; SR 700)

¹⁶ BGer 1P.771 + 773/2001 vom 5.5.2003, E. 9.2

¹⁷ VGE 21563 vom 3.2.2004 i.S. R. GmbH, E. 5.3, 5.4.1 und 5.4.3

von Art. 17 Abs. 1 BO gilt es zu beachten, dass die Gemeinden in ihrer Ortsplanung im Rahmen der Gesetzgebung und der übergeordneten Planung frei sind (Art. 65 Abs. 1 BauG). Sache der Gemeinden ist es auch, die in den einzelnen Zonen zulässige Nutzung zu bestimmen. Die bernischen Gemeinden geniessen hinsichtlich dieser Fragen einen relativ grossen Entscheidungsspielraum bzw. Autonomie. Sind sie beim Erlass von kommunalen Vorschriften autonom, so sind sie es ebenfalls in deren Auslegung und Anwendung. Es ist somit vorab Sache der Gemeinde, zu bestimmen, wie sie eine kommunale Vorschrift verstanden haben will. Wird die Anwendung einer solchen Bestimmung Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens, haben die Rechtsmittelinstanzen zu prüfen, ob die Auslegung durch die Gemeinde rechtlich haltbar ist. Sie auferlegen sich mit andern Worten eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Auffassung der Gemeinde, indem sie nicht prüfen, ob eine andere Bedeutung der umstrittenen Bestimmung ebenfalls möglich und rechtlich vertretbar wäre. Sie sind nicht befugt, die kommunale Auslegung der Norm durch ihr eigenes Verständnis zu ersetzen, wenn die Rechtsauffassung der Gemeinde betreffend den Inhalt, den Sinn und die Tragweite der interessierenden Vorschrift rechtlich vertretbar erscheint. Es ist demnach nur zu prüfen, ob die Auslegung von Art. 17 Abs. 1 BO durch die Vorinstanz innerhalb des ihr durch die Gemeindeautonomie eingeräumten Rahmens liegt¹⁸.

d) Die Stadt Bern macht geltend, der Betrieb eines Massagesalons habe erfahrungsgemäss materielle und ideelle Immissionen zur Folge, welche hauptsächlich nachts zu erwarten und mit der Wohnnutzung nicht mehr vereinbar seien. Die Anwohnerinnen und Anwohner würden durch diese Immissionen erheblich gestört, so dass eine genügende Wohnqualität nicht mehr gewährleistet sei. Es bestehe die unmittelbare Gefahr, dass der fragliche Massagesalon weitere Etablissements dieser Art im Quartier hervorrufe. Dies würde zu einer schleichenden, unerwünschten Beeinträchtigung der Wohnqualität im ganzen Quartier führen. Die Stadt Bern vertritt somit die Auffassung, dass es bei der Prüfung der Frage, ob ein Gewerbe stört oder nicht, unbeachtlich ist, ob sich der fragliche Betrieb in einer Wohnzone mit einem hohen Wohnanteil von mindestens 90 % (z.B. Wohnzone Wa nach Art. 15 BO) oder wie hier in einer gemischten Wohnzone mit einem Wohnanteil von mindestens 50 % befindet.

e) Aus den Bestimmungen von Art. 15 bis 17 BO geht hervor, dass störende

¹⁸ BVR 2001 S. 17 E. 3a

gewerbliche Nutzungen sowohl in den Wohnzonen Wa und Wb als auch in den gemischten Wohnzonen Wga und Wgb unzulässig sind. Der Zweck dieser Vorschriften ist dabei für Wohnzonen und gemischte Wohnzonen der gleiche, das heisst es geht darum, gewerbliche Nutzungen, welche die Wohnnutzung stören, zu verhindern und das ruhige und gesunde Wohnen zu gewährleisten. Für die Definition des störenden Gewerbes ist es somit unbeachtlich, ob sich der fragliche Betrieb in einer Wohnzone mit einem hohen Wohnanteil oder in einer gemischten Wohnzone mit einem Mindestwohnanteil von 50 % befindet. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Betrieb des Massagesalons bei den Mieterinnen und Mietern der angrenzenden Liegenschaften P._____strasse 95/95A und 99 bereits öfters zu Immissionen geführt hat. So haben beispielsweise Freier in den Hauseingängen der Nachbarliegenschaften und in der Physiotherapiepraxis der Liegenschaft P._____strasse 99 mehrmals nach dem Sexsalon gesucht¹⁹. Der Betrieb des Massagesalons führt somit zu Einwirkungen auf die umliegenden Liegenschaften, die mit dem ruhigen und gesunden Wohnen grundsätzlich nicht vereinbar sind. Eine Bewilligung des Massagesalons hätte zur Folge, dass weitere Sexbetriebe dieser Art in dieser Zone entstehen würden. Dadurch würde der Zweck von Art. 17 Abs. 1 BO, Wohnraum in stark gemischten Stadtgebieten zu sichern, in Frage gestellt.

e) Zusammenfassend folgt, dass es sich beim Massagesalon um ein störendes Gewerbe handelt, welches der Zonenvorschrift von Art. 17 Abs. 1 BO widerspricht. Die Praxis der Stadt Bern, Sexbetriebe in Wohnzonen hinsichtlich der Zonenkonformität gleich zu behandeln wie solche in den gemischten Wohnzonen, ist haltbar. Die Nutzungsänderung kann daher auch aus baurechtlicher Sicht nicht bewilligt werden.

5. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so setzt die Baupolizeibehörde der Grundeigentümerin oder dem Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 BauG). Die Wiederherstellung kann unterbleiben, wenn die Bauherrschaft in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur fraglichen Bauausführung ermächtigt, und der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen

¹⁹ vgl. baupolizeiliche Anzeige der Suter + Partner, Thudor AG vom 26. September 2002, pag. 1 der Vorakten

entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt.

Die Wiederherstellungsverfügung muss in jedem Fall den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Die Anordnung darf nicht weiter gehen, als zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlich ist, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des Pflichtigen muss durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Im Übrigen muss die Wiederherstellungsmassnahme geeignet sein, den gewünschten Erfolg zu erzielen. Von der Anordnung der Wiederherstellung ist sodann abzusehen, wenn die verantwortliche Person in gutem Glauben gehandelt hat, sie sei zum betreffenden Vorgehen ermächtigt. Vorbehalten sind allerdings Fälle, in denen der Beibehaltung des rechtswidrigen Zustandes schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Auch Bösgläubige haben Anspruch, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit berücksichtigt wird. Sie müssen aber in Kauf nehmen, dass die Behörden ihnen gegenüber aus Gründen der Rechtsgleichheit und des Schutzes der gesetzlichen Ordnung dem Interesse an der Wiederherstellung höheres Gewicht beimessen und ihre Nachteile weniger berücksichtigen²⁰.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der fraglichen Wohnung werde seit 1991 ein Massagesalon betrieben. Dies sei den Stadtbehörden seit mehr als 10 Jahren bekannt. Sie beruft sich somit sinngemäss auf die Vorschrift von Art. 46 Abs. 3 BauG, welche bestimmt, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, nur verlangt werden kann, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern.

Die Beschwerdeführerin belegt ihre Behauptung, wonach den städtischen Behörden der Massagesalon seit mehr als 10 Jahren bekannt sei, nicht. Es finden sich auch keine Anhaltspunkte in den Vorakten, welche auf eine solche Kenntnis hindeuten würden. Die Frage, ob die Fünfjahresfrist von Art. 46 Abs. 3 BauG abgelaufen ist, kann aber offen gelassen werden, da zwingende öffentliche Interessen im vorliegenden Fall ohnehin eine Wiederherstellung erfordern.

c) Aus den bisherigen Erwägungen ergibt sich, dass im vorliegenden Fall nicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet werden kann. Die

²⁰ Aldo Zaugg, a.a.O., Art. 46 N. 8

zonenwidrige Nutzung führt zu unzumutbaren Einwirkungen auf die umliegenden (Wohn-)Liegenschaften. Auch wenn in dieser Zone eine gemischte Nutzung gilt und auch gelebt wird, besteht ein zwingendes öffentliches Interesse der Stadt Bern, Wohnzonen und gemischte Wohnzonen vor Sexgewerbe freizuhalten. Die verfügte Wiederherstellungsmassnahme, das heisst die Wiederherstellung der Wohnnutzung, ist zudem geeignet, die angestrebten Ziele, die Erhaltung von Wohnraum sowie die Durchsetzung des Verbots von Massagesalons in Wohnzonen, zu erreichen. Es sind auch keine milderen Massnahmen zur Verwirklichung dieser Ziele möglich.

6. Zusammenfassung

Aus diesen Erwägungen folgt zusammenfassend, dass die teilweise Nutzungsänderung der Hochparterrewohnung an der P._____strasse 97 von einer Wohnnutzung in ein Massagestudio sowohl nach Art. 4 Abs. 2 Bst. d Ziff. 2 BewD als auch nach Art. 4 Abs. 1 WERG bewilligungspflichtig ist. Beim Massagesalon handelt es sich um ein störendes Gewerbe, welches der Zonenvorschrift von Art. 17 Abs. 1 BO widerspricht. Die Nutzungsänderung kann nicht bewilligt werden. Die von der Vorinstanz verfügte Wiederherstellungsmassnahme, den Massagesalon spätestens drei Monate nach Rechtskraft der Verfügung wieder der Wohnnutzung zuzuführen bzw. in die ursprüngliche 3-Zimmer-Wohnung unzuwandeln, ist verhältnismässig. Die Beschwerde ist somit abzuweisen und der vorinstanzliche Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung zu bestätigen.

7. Kosten

a) Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin sowie Frau L._____ je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'400.00.

b) Die Beschwerdeführerin und Frau L._____ haben den Beschwerdegegnern zudem je die Hälfte der Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Der Parteivertreter der Beschwerdegegner ist bei der Berechnung seines Honorars von einem Stundenansatz von Fr. 275.00 ausgegangen. Die BVE erachtet diesen Stundenansatz gemäss der verwaltungsgerichtlichen Praxis²¹ als übersetzt und reduziert diesen –

²¹ VGE 21456 vom 10.1.2003, i.S. K., E. 2f

entsprechend dem Konventionaltarif des Bernischen Anwaltsverbandes – auf Fr. 230.00. Die Parteientschädigung wird somit auf insgesamt Fr. 2'992.00 (Honorar: Fr. 2'760.00, Auslagen: Fr. 20.00, Mehrwertsteuer: Fr. 212.00) festgelegt.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern vom 30. März 2004 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.00 werden der Beschwerdeführerin und Frau L._____ je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 700.00, auferlegt. Separate Zahlungseinladungen folgen, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführerin und Frau L._____ haben den Beschwerdegegnern die Parteikosten von Fr. 2'992.00 je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 1'496.00, zu bezahlen.

IV. Eröffnung

- Frau A._____ (mit Gerichtsurkunde)
- Herrn Fürsprecher K._____ (mit Gerichtsurkunde)
- Herrn Fürsprecher M._____ (mit Gerichtsurkunde)
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern, Bauinspektorat (LSI)
- Regierungsstatthalter I von Bern, zur Kenntnis (B-Post)

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer
Regierungspräsidentin