

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2019/108

Bern, 21. November 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch B. _____

und



Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wohlen, Departement Bau und Planung,
Hauptstrasse 26, 3033 Wohlen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wohlen vom 29. Mai 2019 (Baugesuch Nr. 16/18; Reklamenpylonen, Fahnenmasten, Autoabstellplätze)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin betreibt an der C. _____ strasse in Hinterkappelen eine Autogarage. Sie ist ebenfalls Eigentümerin der Parzelle Nr. D. _____, die in der ÜO 8 "E. _____" liegt.¹ Im Bereich der Parzelle Nr. D. _____ liegen unter anderem die Baufelder B1 und B2, die für Hauptbauten mit mindestens 20 % Gewerbeanteil vorgesehen sind (Art. 5 und 9 ÜV). Die Parzelle Nr. D. _____ diente während der Erstellung der anderen Gebäude als Bauinstallationsplatz. Seit rund zwölf Jahren nutzt die Beschwerdeführerin die Parzelle in Zusammenhang mit ihrem Autogewerbe als Abstellfläche für Fahrzeuge. Am 16. Januar 2006 (richtig 2007) erteilte die Gemeinde der

¹ Überbauungsordnung (ÜO) "HE. _____" Hinterkappelen; ZPP Nr. 4, bestehend aus dem Überbauungsplan und den Überbauungsvorschriften (ÜV), vom Amt für Gemeinden und Raumordnung genehmigt am 13. Juli 2001, mit Änderungen bis 26. Oktober 2016

Beschwerdeführerin eine auf fünf Jahre befristete Bau- und Reklamebewilligung für das Erstellen eines provisorischen Parkplatzes sowie für einen Reklamepylon und neun Fahnenmasten. Zudem erteilte sie die Ausnahmegewilligung für das Erstellen eines provisorischen Parkplatzes (Autoausstellung) anstelle von Bauten.² Diese Bewilligung lief im Februar 2012 ab. Im Mai 2014 schloss die Beschwerdeführerin mit der Gemeinde einen Planungsvertrag ab. Planungsziel war unter anderem die Änderung der UÖ "E._____" im Bereich der Parzelle Nr. D._____.³ Die Beschwerdeführerin brach das Planungsverfahren im Jahr 2015 ab, worauf die Gemeinde der Beschwerdeführerin am 24. November 2015 mitteilte, dass sie die "Schliessung der befristet bewilligten Parkplätze" verfügen werde.⁴ Am 29. April 2016 reichte die Beschwerdeführerin ein Baugesuch samt Ausnahmegesuch ein für die weitere Nutzung der Parzelle Nr. D._____ als Abstellplatz für Ausstellungs- und Besucherfahrzeuge, für die neun Fahnenmasten sowie für den bestehenden Reklamepylon und zwei neue Reklamepylone. Im Juni 2016 stellte die Beschwerdeführerin die zwei neuen Pylonen ohne Bewilligung auf, was die Gemeinde umgehend rügte.⁵

2. Im Januar/März 2018 schloss die Beschwerdeführerin mit der Gemeinde und einem Planungsunternehmen eine weitere Planungsvereinbarung ab, die bis am 31. Dezember 2023 befristet ist.⁶ Am 20. Februar 2018 forderte die Gemeinde die Beschwerdeführerin auf, für den Parkplatz, die Fahnenstangen und Pylonen auf Parzelle Nr. D._____ ein Baugesuch einzureichen.⁷ Dieser Aufforderung kam die Beschwerdeführerin mit dem (nachträglichen) Baugesuch vom 15. März 2018 nach. Das Bauvorhaben umfasst die drei Reklamepylone mit Betonsockel, die neun Fahnenmasten mit einbetonierten Bodenhülsen und die Nutzung der Parzelle Nr. D._____ für Besucherparkplätze sowie Abstellplätze für Occasionsfahrzeuge. Zudem reichte die Beschwerdeführerin ein Ausnahmegesuch für das Unterschreiten des Strassenabstands durch die Werbepylonen ein.⁸ Gegen das Bauvorhaben ging eine Einsprache ein.

² Vorakten Dossier 3, pag. 3.15 Beilage 2

³ Dossier 3, pag. 3.15 Beilage 3

⁴ Dossier 2, pag. 2.1

⁵ Dossier 4, Baugesuch 35/16, Vorakten pag. 4.11 ff., 4.3, 4.7

⁶ Dossier 3, pag. 3.15 Beilage 7

⁷ Dossier 3, pag. 3.15 Beilage 8

⁸ Dossier 1

3. Mit Entscheid vom 29. Mai 2019 erteilte die Gemeinde Wohlen dem Bauvorhaben den Bauabschlag (Ziffer 1) und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wie folgt an

«2.1 Die Bauherrschaft wird verpflichtet, in folgenden Bereichen den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen:

- Vollständiges Entfernen sämtlicher Fahrzeuge auf dem Situationsplan Mst. 1:500 vom 14.03.2018 eingezeichneten Fahrzeugabstellplätze für Besucher und Occasionen bis spätestens 31.08.2019. Die freiwerdende Fläche ist vollständig zu renaturieren und bis spätestens 31.09.2019 zu begrünen.
- Die Freifläche auf der Parzelle Nr. D._____ darf nicht zum Parkieren bzw. Abstellen von Fahrzeugen verwendet werden. Das Befahren und Benutzen der Freifläche ist mittels Blocksteinen zu verhindern. Die Blocksteine sind bis spätestens am 31.08.2019 im Einfahrtsbereich im Abstand von max. 1,5 m auf Kosten der Bauherrschaft zu setzen.
- Entfernen der drei Pylonen [...] mit vollständigem Rückbau der damit verbundenen Foundationen bis spätestens 31.08.2019.
- Entfernen der neun Fahnenmasten und Rückbau der damit verbundenen einbetonierten Bodenhülsen bis spätestens 31.08.2019.»

Zugleich drohte sie die Ersatzvornahme und Strafen im Widerhandlungsfall an.

4. Gegen diesen Entscheid reichte die Beschwerdeführerin am 27. Juni 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt, der Gesamtbauentscheid vom 29. Mai 2019 sei aufzuheben. Dem Vorhaben sei die Baubewilligung zu erteilen und es sei keine Wiederherstellung zu verfügen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Der Einsprecher verzichtete auf eine Beteiligung am Verfahren. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 31. Juli 2019, die Beschwerde sei abzuweisen.

⁹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG¹⁰ können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 und 49 BauG). Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführerin ist durch den Bauabschlag und die Wiederherstellungsverfügung beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

b) Da sich der Einsprecher nicht am Beschwerdeverfahren vor der BVE beteiligte, gilt auch seine Einsprache als zurückgezogen. Damit wurde die Frage gegenstandslos, ob der Einsprecher zur Einsprache legitimiert war. Insoweit wurde auch die Beschwerde gegenstandslos.

2. Entscheid des Gemeinderats, Baugesuch von 2016

a) Umstritten ist, ob der Gemeinderat zum Entscheid über das Bauvorhaben befugt war. Die Kommission des Departements Bau und Planung hatte ursprünglich eine bis am 31. Dezember 2023 befristete Baubewilligung mit anschliessender Rückbaupflicht befürwortet und den Beteiligten das rechtliche Gehör dazu gegeben. Der Einsprecher wehrte sich gegen eine weitere Duldung des unrechtmässigen Zustandes und verlangte dessen Behebung.¹¹ Die Departementskommission Bau und Planung überwies das Baugesuch daraufhin dem Gemeinderat zum Entscheid. Dieser entschied, dem

¹⁰ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

¹¹ Dossier 3, pag. 3.7, 3.8, 3.10

Bauvorhaben den Bauabschlag zu erteilen und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anzuordnen.¹²

b) Die Beschwerdeführerin rügt, die Voraussetzung für die Überweisung der Sache zum Entscheid an den Gemeinderat sei nicht gegeben, da dieses Geschäft weder besondere politische Bedeutung noch Präjudizcharakter habe. Zudem sei die "Kehrtwende" des Gemeinderats ohne sachliche Gründe erfolgt. Die Gemeinde macht geltend, Art. 36 der Gemeindeverfassung¹³ nenne keine materiellen Voraussetzungen für das Überweisen eines Geschäfts an den Gemeinderat. Es hätten durchaus sachliche Gründe für die Überweisung bestanden, da die Beschwerdeführerin zwei Ausnahmegewilligungen verlange und sich zudem auf die Planungsvereinbarung mit dem Gemeinderat beziehe.

c) Gemäss Art. 48 Abs. 1 GBR¹⁴ beschliesst der Gemeinderat alle der Gemeinde übertragenen bau- und planungsrechtlichen Angelegenheiten, sofern diese nicht ausdrücklich einem anderen Organ zugewiesen sind. Das Departement Bau und Planung ist abschliessend zuständig für das Baubewilligungsverfahren und die Baupolizei. Vorbehalten bleibt Art. 36 der Gemeindeverfassung (vgl. Art. 50 GBR). Nach Art. 36 Abs. 2 der Gemeindeverfassung können die Departementskommissionen unter anderem verlangen, dass ein bestimmtes Geschäft aus dem Zuständigkeitsbereich des Departements dem Gemeinderat zum Entscheid vorgelegt wird. Im Kommentar zu Art. 50 GBR steht zwar, dass ein Geschäft nur dann dem Gemeinderat zum Entscheid vorgelegt werden soll, wenn es besondere politische Bedeutung oder Präjudizcharakter hat. Diese Einschränkungen sind in Art. 36 der Gemeindeverfassung aber nicht als Voraussetzungen genannt und daher nicht rechtsverbindlich. Der Kommentar ist wohl dahingehend zu verstehen, dass eine Überweisung an den Gemeinderat nicht für Durchschnittsvorhaben gedacht ist und nicht die Regel werden soll. Die Departementskommission Bau und Planung war gestützt auf Art. 50 GBR i.V.m. Art. 36 der Gemeindeverfassung befugt, den Gemeinderat zum Entscheid über das vorliegende Bauvorhaben anzurufen. Das vorliegende Bauvorhaben hat im Übrigen aufgrund der langdauernden Zwischennutzung und der Planungsvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und der Gemeinde sowohl Präjudizcharakter als auch eine gewisse politische Bedeutung erlangt. Der

¹² Dossier 3, pag. 3.11

¹³ Gemeindeverfassung vom 29. Oktober 1996 der Gemeinde Wohlen bei Bern

¹⁴ Baureglement der Gemeinde Wohlen bei Bern, vom AGR genehmigt am 11. März 2011, Nachführungsstand Juli 2015

Gemeinderat war zuständig zum Erlass des angefochtenen Bauabschlags mit Wiederherstellung. Zur Beurteilung der Rüge waren keine zusätzlichen Akten (Gemeinderatsbeschluss und Antrag der Departementskommission an den Gemeinderat) erforderlich. Das entsprechende Editionsbegehren wird abgewiesen.

d) Die Beschwerdeführerin wirft der Gemeinde treuwidriges und willkürliches Verhalten vor. Die Kehrtwende des Gemeinderats sei sachlich nicht nachvollziehbar. Bei gleicher Sachlage beurteile die Gemeinde das Ausnahmegesuch zwei Mal diametral verschieden.

Die Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einem Entscheidentwurf begründet keine Vertrauensgrundlage. Das rechtliche Gehör ist nicht nur ein Mitwirkungsrecht der Parteien, sondern dient auch der Sachaufklärung. Die Behörde hat die Pflicht, die Vorbringen der Beteiligten anschliessend sorgfältig zu prüfen und in ihrem Entscheid zu berücksichtigen (vgl. Art. 21 VRPG¹⁵).¹⁶ Der Gemeinderat musste eine eigene Beurteilung vornehmen, er war bei seinem Entscheid frei. Dass er dabei zu einem anderen Schluss gelangt als die Kommission, stellt weder treuwidriges noch widersprüchliches Verhalten dar. Ob der Entscheid in der Sache rechtmässig ist, ist in den untenstehenden Erwägungen zu prüfen.

e) Die Beschwerdeführerin beanstandet die Verfahrensführung der Gemeinde. So habe die Gemeinde beim Baugesuch von 2015 verlangt, dass nicht nur die zwei neuen Reklamepylonen, sondern auch der Parkplatz und die bestehenden Fahnenmasten und der Pylon integriert werden. Dem sei sie mit Baugesuch vom 29. April 2016 nachgekommen. Über dieses Baugesuch habe die Gemeinde nie entschieden, obwohl es nie zurückgezogen worden sei.

Soweit ersichtlich blieb das Baugesuch vom 29. April 2016 bis heute unerledigt. Inhaltlich deckt es sich mit dem vorliegenden Baugesuch. Einziger Unterschied ist, dass das Baugesuch von April 2016 im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung hinsichtlich von zwei Reklamepylonen noch ein ursprüngliches Gesuch war. Bereits im Juni 2016 stellte die Beschwerdeführerin aber auch diese beiden Reklamepylonen unbewilligt auf. Mit dem vorliegend angefochtenen Bauentscheid über das Baugesuch vom 15. März 2018 besteht kein Rechtsschutzinteresse mehr an einem Entscheid über das identische Baugesuch vom

¹⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁶ Statt vieler: BGer 2D_17/2017 vom 7. März 2018 E. 3.2; BGE 142 I 135 E. 2.1

29. April 2016. Dieses müsste von der Gemeinde mit Abschreibungsverfügung erledigt werden.

3. Zonenkonformität

a) Die Gemeinde begründete den Bauabschlag insbesondere damit, dass sämtliche Vorhaben den Vorschriften der ÜO 8 "E._____" Hinterkappelen widersprächen und Änderungen der ÜO planungsrechtlich erfolgen müssten. Die zonenwidrige Nutzung bestehe inzwischen bereits seit zwölf Jahren. Die aktuelle Nutzung stehe auch mit der künftigen Planung nicht in Einklang.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zonenkonformität sei durch ihr Vorhaben nur geringfügig verletzt. Die Baufelder B1 und B2, die Flächen für einen Zwischenbau, die Erschliessungsfläche und die Fläche der acht bis zehn Parkplätze dürften befestigt werden. Die Nutzung als gewerblicher Parkplatz sei in diesen Bereichen demnach zonenkonform, dafür wäre sogar eine unbefristete Bewilligung zu erteilen. Nur für die restliche, kleine Fläche sei eine Ausnahmbewilligung erforderlich. Die ÜO enthalte keine positive Leistungspflicht, die Parzelle mit einem Gebäude zu überbauen. Die Gemeinde handle treuwidrig, wenn sie einerseits die ÜO "E._____" als anpassungsbedürftig erachte, einen Planungsvertrag zur Änderung der ÜO im Bereich der Parzelle Nr. D._____, abschliesse und andererseits eine nachträgliche befristete Baubewilligung gestützt auf die bestehende ÜO verweigere.

c) Das Legalitätsprinzip verpflichtet die Gemeinde, geltendes Recht anzuwenden (vgl. Art. 5 Abs 1 BV¹⁷, Art. 20a VRPG). Für die Beurteilung des Bauvorhabens ist daher die ÜO "E._____" massgebend (Art. 36 Abs. 1 BauG). Eine allfällige Änderung der ÜO hat erst nach der öffentlichen Auflage Vorwirkung (vgl. Art. 36 Abs. 2 BauG); so weit ist das vorliegende Planungsverfahren noch nicht fortgeschritten. Ob vorliegend ein Anspruch auf eine Baubewilligung aus Gründen des Vertrauensschutzes besteht, ist weiter unten in Erwägung 4 zu prüfen.

d) Im Überbauungsplan der ÜO "E._____" sind im Bereich der heutigen Parzelle Nr. D._____ die Baufelder B1 und B2 festgelegt, die für Hauptbauten mit mind. 20 %

¹⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

Gewerbeanteil vorgesehen sind (Art. 5 und 9 ÜV). Die Baukuben sollen die Baufelder annähernd ausfüllen (Art. 9 Abs. 2 ÜV). Nebst den Baufeldern sind in der ÜO unter anderem Pflanzbereiche für Hochstammbäume, oberirdische Autoabstellplätze, Fussgängerbereiche, private und öffentliche Grünbereiche verbindlich geregelt (vgl. Art 4 ÜV). Auf der Parzelle Nr. D._____ sind westlich der Baufelder einige oberirdische Parkplätze – die Besuchern vorbehalten sind (vgl. Art. 25 Abs. 4 ÜV) – sowie je ein Hochstammbaum vorgeschrieben. Da die ÜO für dieses klar umgrenzte Gebiet eine spezielle baurechtliche Regelung statuiert, ist klar, dass diese Besucherparkplätze nutzungsmässig den Gebäuden in den betreffenden Baufeldern oder jedenfalls den Gebäuden der ÜO zugeordnet sind. Auch die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass die Fläche bei den Baufeldern (Hauptbauten) befestigt werden dürfe, greift zu kurz. Die ÜO regelt nicht nur, wo etwas gebaut werden kann, sondern auch was, mithin legt sie die zulässige Nutzung fest. Im Bereich der Parzelle Nr. D._____ sollen zwei Gebäude mit zugehörigen Anlagen (Garten, Fussgängerzugänge, Besucherparkplätze) erstellt werden. Auch wenn daraus keine Verpflichtung resultiert, diese Gebäude zu erstellen, kann das Grundstück nicht anders als in der ÜO vorgesehen genutzt werden. Dort wo die ÜO Hochbauten, Gärten oder Fussgängerzugänge definiert, ist ein Parkplatz, der überdies einem Gewerbebetrieb ausserhalb der ÜO dienen soll, nicht zonenkonform.

Im Westen erstreckt sich ein Teil der Parkplatzfläche der Beschwerdeführerin auf die gemeinschaftliche Parzelle Nr. F._____.¹⁸ Der beanspruchte Bereich gehört zur Siedlungsstrasse, die in Art. 23 ÜV als Aufenthaltsbereich und Verkehrsfläche definiert ist. Diese Nutzungsbestimmung schliesst eine private gewerbliche Nutzung als Autoparkplatz ebenfalls aus. Im Übrigen ist auch kein Einverständnis der Grundeigentümerschaft für die Nutzung dieser Fläche aktenkundig. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin hat die Gemeinde die Zonenkonformität des Parkplatzes, der Fahnenstangen und Reklamepylonen auch bei der befristeten Baubewilligung von 2007 nicht bejaht. Bei der Beurteilung der Ausnahmegewilligung erwog sie: "Die gewerbliche Nutzung steht nicht in Widerspruch zu den Vorgaben der ÜO. Die Ausnahme besteht darin, dass anstelle von Bauten eine Autoausstellfläche entstehen soll."¹⁹ Die Nutzung der Parzelle Nr. D._____ als gewerblicher Parkplatz (Besucherautos und Ausstellungsfahrzeuge) ist als Ganzes nicht zonenkonform. Das Vorhaben steht im Widerspruch zu einer zentralen baurechtlichen Vorschrift.

¹⁸ Vgl. Grundstückdaten-Informationssystem GRUDIS, Grundstückplan in Geoportal des Kantons Bern

¹⁹ Befristete Bau- und Reklamebewilligung vom 16. Januar 2006 (richtig 2007), Dossier 3, pag. 3.15 Beilage 2

4. Befristete Ausnahmegewilligung

a) Im angefochtenen Bauentscheid verneinte die Gemeinde, dass zureichende Gründe für eine Ausnahmegewilligung vorliegen. Soweit ersichtlich hat die Beschwerdeführerin für das Bauvorhaben kein Ausnahmegesuch für das Abweichen von der ÜO "E._____" eingereicht; diese Ausnahme wurde dementsprechend nicht publiziert.²⁰ Auch eine Befristung wurde weder im Baugesuch genannt noch publiziert. Erst in der Stellungnahme zum voraussichtlichen Bauabschlag machte die Beschwerdeführerin eine befristete Ausnahme bis am 31. Dezember 2023 geltend.²¹ Implizit stellte sie damit ein Ausnahmegesuch, das die Gemeinde im Bauentscheid beurteilte. Die fehlende Publikation des befristeten Ausnahmegesuchs wirkt sich bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht aus.

b) Gemäss Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können aber auch Besonderheiten, die sich aus den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Personen ergeben, eine Ausnahme begründen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Ausnahmegrund keine absolute Grösse ist. Ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, hängt von drei Komponenten ab: Vom Interesse an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen

²⁰ Baugesuch in Dossier 1; Dossier 2, pag. 2.4

²¹ Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16. April 2019, Dossier 3, pag. 3.14 S. 11

werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung. Besondere Zurückhaltung ist bei der Ausnahme von einer ÜO geboten.²²

Ausnahmebewilligungen können befristet werden, wobei die Befristung an sich keinen Ausnahmegrund darstellt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Art. 29 BauG ebenfalls unter dem Titel "1.4 Ausnahmen" steht. Eine Befristung kann aber dazu führen, dass bei Abweichung von einer weniger wichtigen Vorschrift keine allzu hohen Anforderungen an die besonderen Verhältnisse gestellt werden. Eine befristete Ausnahmebewilligung ist insbesondere als Überbrückung bis zur Verwirklichung einer dauerhaften Lösung ausnahmsweise möglich.²³

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Abschluss der Planungsvereinbarung sei für sie immer untrennbar mit einer weiteren befristeten Ausnahmebewilligung verknüpft gewesen. In Ziff. 11 des Vertrags sei vereinbart, dass eine weitere befristete Baubewilligung erteilt und die Situation der Pylonen geklärt würden. Die Gemeinde habe sie am 20. Februar 2018 auch explizit aufgefordert, das Baugesuch einzureichen²⁴. Da im Planungsvertrag eine Mischnutzung vorgesehen ist, sei eine Erweiterung der Ausstellungsfläche (Parkplatzfläche für Fahrzeuge zu Ausstellungszwecken) auch bei der neuen ÜO angedacht. Weil die ÜO "E._____" in absehbarer Zeit auf der Parzelle D._____ keine Geltung mehr habe, müsse die Hürde für eine Ausnahmebewilligung tief angesetzt werden. Es gehe nur um eine befristete Zwischennutzung, die bereits einmal bewilligt worden sei. Die Abstell- und Ausstellungsfläche sei für die Aufrechterhaltung des Garagenbetriebs, mithin den Erhalt der Arbeitsplätze, enorm wichtig. Es sei Teil der Strategie der Gemeinde, gute Rahmenbedingungen für innovatives Gewerbe zu schaffen. Das öffentliche und private Interesse an der Ausnahme sei daher sehr gross. Die Nichtbewilligung würde für sie eine unzumutbare Härte bedeuten und wirtschaftliche Interessen tangieren. Die Fläche würde in diesem Fall brach liegen. Die Nutzung sei immissionsarm, nicht störend und quatierveträglich. Mit der Ausnahme werde nicht eine optimale Ausnützung erzielt; im Gegenteil sei das Nutzungsmass bei einem Parkplatz geringer als wenn die Parzelle überbaut würde. Es bestünden keine entgegenstehenden öffentlichen oder wesentlichen nachbarlichen Interessen. Wegen den erfolgten Nutzungsübertragungen sei auf der Parzelle Nr. D._____ nur noch gewerbliche

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. Vorbemerkung zu Art. 26-31 N. 4; Art. 26-27 N. 4

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 29 N. 4

²⁴ Vgl. Beschwerdebeilage 21; Dossier 3, pag. 3.15 Beilage 8

Nutzung zulässig, so dass die von der ÜO geforderten Wohn- und Gewerbebauten gar nicht erstellt werden könnten.

Die Gemeinde bringt vor, die Planungsvereinbarung regle den Umgang mit den bestehenden Bauten und Anlagen nicht, die infolge Ablaufs der Baubewilligung widerrechtlich geworden seien. Die Gemeinde habe keinerlei Zugeständnisse gemacht, dass die ÜO-widrige Zwischennutzung, weiterhin toleriert werde. Darüber sei in einem Baubewilligungsverfahren zu entscheiden. Auch wenn die Vorschriften im Bereich der Parzelle Nr. D._____ unbestritten anpassungsbedürftig seien, bestehe kein Anspruch darauf, das Land bis zur Plananpassung für eine Nutzung zu beanspruchen, die weder mit der heutigen noch mit der künftigen planerischen Grundlage in Einklang stehe. Die Begründung, dass das Land andernfalls brach liegen würde, sei ein rein wirtschaftliches Argument, das keine Ausnahmegewilligung rechtfertige. Die Ausnahme würde zu einer unzulässigen Normkorrektur der anwendbaren Bauvorschriften führen. Eine ÜO sei eine detaillierte, auf ein eng begrenztes Gebiet zugeschnittene Planung, welche den Besonderheiten bereits Rechnung trage. Ausnahmen von einer ÜO könnten nur mit grösster Zurückhaltung bewilligt werden. Die Abweichungen seien nicht geringfügig. Auch die Befristung stelle für sich allein keinen Ausnahmegrund dar. Zudem stehe keine kurzzeitige "Zwischennutzung" mehr zur Diskussion, da diese bereits seit zwölf Jahren andauere.

d) Im März 2018 schloss die Beschwerdeführerin mit der Gemeinde sowie einem Planungsunternehmen eine bis am 31. Dezember 2023 befristete Planungsvereinbarung ab. Die Gemeinde bekundet darin Interesse, dass die Baulücke auf der Parzelle Nr. D._____ geschlossen und das Gewerbe gefördert werde. Geplant ist eine Mischnutzung (Erdgeschoss Gewerbe, Obergeschoss Wohnen). Angestrebt wird eine verdichtete Bauweise. Für die Parzellen Nr. H._____, I._____ und D._____ soll eine neue ÜO erlassen und die bestehende ÜO E._____ Hinterkappelen sowie der Zonenplan angepasst werden (Ziffer 2 "Zielsetzungen").²⁵ Daraus erhellt, dass kaum beabsichtigt ist, die bestehende Parkplatznutzung auf der Parzelle Nr. D._____ als definitiven Zustand festzulegen, sondern dass die Gemeinde wieder Hochbauten vorsieht. In Ziff. 1 ("Ausgangslage") und 11 ("Parkplatznutzung und Werbeflypionen") des Planungsvertrags wurde vereinbart, dass die Beschwerdeführerin erneut ein Baugesuch für

²⁵ Dossier 3, pag. 3.15 Beilage 7

die befristete Bewilligung der Parkplätze einreicht. Dabei werde auch die baurechtliche Situation der Werbeflyons geklärt. Diese Vertragspunkte enthalten keine Zusicherung, dass die Zwischennutzung weiterhin bewilligt wird. Vereinbart wurde einzig, dass ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden soll, in dem auch die "Situation der Werbeflyons" beurteilt wird. Dies stellt höchstens eine Vertrauensgrundlage für das erneute Einreichen des Baugesuchs dar, nicht jedoch für eine weitere Ausnahmegewilligung.

Für die Beschwerdeführerin musste überdies erkennbar sein, dass über die Bewilligungsfähigkeit eines Baugesuchs nicht ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens in einem Vertrag entschieden werden kann. Dass sie den Abschluss der Planungsvereinbarung an die Erwartung einer weiteren Ausnahmegewilligung geknüpft hat, beschlägt die zivilrechtliche Frage der Vertragsgültigkeit. Der aus Art. 5 Abs. 3 und 9 BV abgeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes setzt neben einer Vertrauensgrundlage auch voraus, dass die betreffende Person gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann.²⁶ Die Beschwerdeführerin hat gestützt auf die Planungsvereinbarung keine weiteren Dispositionen getroffen; die provisorische Parkplatznutzung und die Fahnen sowie Werbeflyons bestehen bereits seit Jahren. Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes sind demnach nicht erfüllt. Die Planungsvereinbarung stellt keinen zureichenden Grund für eine Ausnahmegewilligung dar.

e) Das öffentliche Interesse an der Förderung und Erhaltung von Gewerbebetrieben und das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin am Bauvorhaben begründen keine besonderen Verhältnisse, die auch für eine befristete Ausnahmegewilligung vorausgesetzt werden. Auch das Grundstück weist keine Besonderheiten auf. Das Brachliegen der Fläche stellt für die Beschwerdeführerin zwar eine Unzweckmässigkeit dar. Es ist aber zu berücksichtigen, dass das Provisorium auf dieser Parzelle inzwischen seit zwölf Jahren besteht. Die befristete Baubewilligung lief im Februar 2012 ab, mithin besteht seit über sieben Jahre ein unbewilligter Zustand. Die Beschwerdeführerin hatte lange Zeit, eine definitive Lösung für ihre Ausstellungsfläche und Besucherparkplätze zu suchen. Bei der ersten Planungsvereinbarung von 2014 war im Übrigen sie es, die auf die Fortsetzung der Planung verzichtete.²⁷ Vorliegend steht nicht eine zeitlich eng begrenzte Zwischennutzung zur Diskussion. Der Ausgang des laufenden Planungsverfahrens ist sowohl in der Sache

²⁶ BGE 137 I 69 E. 2.5.1; 131 II 627 E. 6.1; 129 I 161 E. 4.1

²⁷ Vgl. Brief der Gemeinde vom 24. November 2015, Dossier 2, pag. 2.1

als auch in terminlicher Hinsicht noch ungewiss. Eine weitere (befristete) Ausnahmegewilligung für die Zwischennutzung würde dazu führen, dass ein schon lange bestehender, unrechtmässiger Zustand perpetuiert wird. Die Ausnahmegewilligung würde damit zu einer unzulässigen Normkorrektur führen. Wenn die Parteien die Festlegungen der ÜO "E._____" auf der Parzelle Nr. D._____ nicht mehr als sinnvoll erachten, muss die zulässige Nutzung in einem Planungsverfahren neu definiert werden. Die ÜO "E._____" widerspricht im Übrigen nicht übergeordnetem Recht. Eine zonenkonforme gewerbliche Nutzung der Parzelle Nr. D._____ ist nicht völlig ausgeschlossen, zumal der Gewerbeanteil bei den Baufeldern B1-B4 "mindestens" 20 % beträgt und ein Abtausch der Gewerbeanteile zwischen den Baufeldern A-D möglich ist (vgl. Art. 5 Abs.4 und 5 ÜV).

f) Zusammenfassend bestehen keine besonderen Verhältnisse, die eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen würden. Ob einer Ausnahmegewilligung öffentliche oder private Interessen entgegenstehen, braucht bei diesem Ergebnis nicht mehr geprüft zu werden. Die Gemeinde hat dem Vorhaben zu Recht den Bauabschlag erteilt.

5. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG).

b) Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die fünfjährige Wiederherstellungsfrist sei abgelaufen. Die Gemeinde hätte den rechtswidrigen Zustand schon bei Ablauf der Baubewilligung im Jahr 2012 erkennen können und müssen. Die Gemeinde habe aber zugewartet und sie erst am 20. Februar 2018 aufgefordert, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Sie sei jahrelang im Unklaren über die rechtliche Situation ihrer Nutzung gelassen worden. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bestünden keine zwingenden öffentlichen Interessen.

Die Baubewilligung vom 16. Januar 2006 (richtig: 2007) war auf fünf Jahre ab Rechtskraft der Bewilligung befristet. Der bewilligte Zustand endete demnach im Februar 2012. Die befristete Baubewilligung enthielt bereits die Verpflichtung zum Rückbau. In Ziff. 1.3 wurde angeordnet: "Spätestens bei Ablauf der Frist gilt die Bewilligung als widerrufen und die Anlage ist zu entfernen (...)." Bei einer befristeten Ausnahmegewilligung ist die Baute oder Anlage nach Ablauf der Befristung zudem von Gesetzes wegen zu entfernen (Art. 29 Abs. 1 BauG). Die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist eine Dauerverfügung und gilt immer noch; sie wurde von der Gemeinde lediglich noch nicht durchgesetzt. Ausserdem wies die Gemeinde die Beschwerdeführerin mindestens zwei Mal auf die vorzunehmende Wiederherstellung hin, so im Brief vom 24. November 2015, wo sie der Beschwerdeführerin zur beabsichtigten "Schliessung der befristet bewilligten Parkplätze" das rechtliche Gehör gewährte.²⁸ Mit Brief vom 27. Januar 2016 teilte sie der Beschwerdeführerin mit, dass sie die unrechtmässigen Parkplätze nicht länger dulden könne. Sie werde daher die Wiederherstellung der Parkplätze verfügen müssen, was auch den Rückbau der Werbetafel und Fahnenmasten beinhalten werde.²⁹ Die fünfjährige Wiederherstellungsfrist ist nicht verwirkt.

c) Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.³⁰

Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Bauordnung, insbesondere der Zonenvorschriften, ist gewichtig. Bei den Bestimmungen zur Zonenkonformität handelt es sich um zentrale Vorschriften; die Normabweichung ist vorliegend gross. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ordnete die Gemeinde an, dass die Fahrzeuge, Werbepylone sowie Fahnenmasten samt Foundationen bzw. einbetonierten Bodenhülsen zu entfernen sind und dass die Fläche renaturiert und begrünt werden muss. Diese Massnahmen sind geeignet und erforderlich zur Wiederherstellung des

²⁸ Dossier 2, pag. 2.1

²⁹ Dossier 3, pag. 3.15 Beilage 4

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

rechtmässigen Zustandes. Das zusätzliche Verbot, die Freifläche als Parkplatz zu benützen, wäre ohne bauliche Massnahmen nur schwierig durchsetzbar. Das Setzen von Blocksteinen im Einfahrtsbereich ist erforderlich und geeignet, um das weitere Befahren und Benutzen der Fläche zu verhindern. Mildere Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bestehen nicht. Da die Umsetzung keine grossen baulichen Massnahmen erfordert, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Wiederherstellung mit hohen Kosten verbunden sein soll. Finanzielle Gründe fallen bei Verhältnismässigkeit von Wiederherstellungsmassnahmen ohnehin kaum ins Gewicht.

d) Die Beschwerdeführerin betont, dass die Ausstellungsfläche für ihren Betrieb unentbehrlich und die Wiederherstellungsfrist zu kurz sei. Die Gemeinde ordnete den Rückbau bis am 31. August 2019 und die Begrünung der Fläche bis am 31. September 2019 an; sie räumte der Beschwerdeführerin mithin eine Frist von drei Monaten ein. Wie vorne ausgeführt, sind die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes zwar nicht erfüllt. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde das Wiederherstellungsverfahren nicht zügig vorantrieb, das Baugesuch vom April 2016 nicht behandelte und mit der erneuten Aufforderung, ein Baugesuch einzureichen, missverständliche Signale aussandte. Die Beschwerdeführerin musste unter diesen Umständen nicht damit rechnen, dass eine Ersatzlösung dringlich ist. Da es sich um eine grosse Abstellfläche handelt, wird es eine gewisse Zeit beanspruchen, bis eine neue Lösung gefunden ist. Die dreimonatige Wiederherstellungsfrist ist daher zu kurz bemessen und während des Beschwerdeverfahrens ohnehin abgelaufen. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes inklusive Begrünung erscheint eine Frist von rund zwei Jahren, d.h. bis am 30. November 2021 angemessen. Mit dieser verlängerten Frist erweist sich die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes als zumutbar.

6. Ergebnis und Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³¹).

b) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen

³¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerde ist in Bezug auf die Wiederherstellungsfrist teilweise gutzuheissen, im Übrigen dringt die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde nicht durch. Sie gilt daher zum grössten Teil als unterliegend. Es rechtfertigt sich, ihr 3/4 der Gebühr aufzuerlegen, ausmachend Fr. 1'350.–. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

c) Die Verlegung der Parteikosten erfolgt ebenfalls nach dem Unterliegerprinzip (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV³² beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG³³). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als leicht unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Angesichts der umstrittenen Rechtsfragen sind auch die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als höchstens durchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 4'500.– als angemessen. Hinzu kommen die geltend gemachten Auslagen von Fr. 192.– ausmachend total Fr. 4'692.–.

Die Beschwerdeführerin ist mehrwertsteuerpflichtig³⁴ und kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Die Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.³⁵ Die Gemeinde hat der Beschwerdeführerin demnach 1/4 der Parteikosten zu ersetzen, ausmachend Fr. 1'173.–.

³² Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

³³ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

³⁴ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

³⁵ BVR 2014 S. 484 E. 6

III. Entscheid

1. Die Frist für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (inklusive Begrünung der Fläche) gemäss Ziffer 2.1. des Entscheids der Gemeinde Wohlen bei Bern vom 29. Mai 2019 wird angesetzt auf den 30. November 2021. Insoweit wird die Beschwerde teilweise gutgeheissen.

Im Übrigen wird der Bauabschlag mit Wiederherstellung der Gemeinde Wohlen bei Bern vom 29. Mai 2019 bestätigt und die Beschwerde abgewiesen.

2. Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 1'350.– auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.
3. Die Gemeinde Wohlen bei Bern hat der Beschwerdeführerin einen Parteikostenersatz im Betrag von 1'173.– (inkl. Auslagen) zu leisten.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wohlen, Departement Bau und Planung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

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.