

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2019/44

Bern, 14. August 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

und

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Bauverwaltung, Vordorfgrasse 1,
3714 Frutigen**



betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen vom
11. Februar 2019 (Baugesuch Nr. 2017-0061; Umnutzung Gewerberaum zu Wohnraum)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer reichte am 21. Juli 2017 bei der Gemeinde Frutigen ein generelles Baugesuch ein für die Umnutzung von Gewerberaum zu Wohnraum auf Parzelle Frutigen Grundbuchblatt Nr. B. _____. Die Parzelle an der C. _____ strasse liegt in der Mischzone Kern MK A und im Perimeter der Überbauungsordnung (UeO) Kern. Der Beilage vom 21. Juli 2017 zum generellen Baugesuch und dem Grundrissplan EG vom 20. Juli 2017 lässt sich entnehmen, dass die Umnutzung in zwei Etappen stattfinden soll.¹ In einer ersten Etappe soll der Ladenteil in der westlichen Gebäudeecke zu Wohnraum umgenutzt werden, in der zweiten Etappe innerhalb von drei Jahren der Ladenteil in der nördlichen Gebäudeecke. Mit Entscheid vom 11. Februar 2019 erteilte die Gemeinde Frutigen den Bauabschlag ohne Bekanntmachung.

¹ Siehe Vorakten pag. 19 und Pläne in der Beilage der Vorakten

2. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 8. März 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt die Aufhebung des Entscheids vom 11. Februar 2019. Sinngemäss beantragt er zudem, das generelle Baugesuch sei zu bewilligen. Eventualiter beantragt er eine Sistierung des Verfahrens "bis die Gemeinde einen Schritt weiter ist".

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde Frutigen beantragt in ihrer Stellungnahme vom 25. März 2019 die Abweisung der Beschwerde. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintreten

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Der Baugesuchsteller, dessen generelles Baugesuch abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Zonenkonformität

² 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)

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

a) Die Gemeinde Frutigen hat den Bauabschlag damit begründet, dass im Erdgeschoss der betroffenen Parzelle keine Wohnnutzung zulässig sei. Dies wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Dementsprechend hat er in seiner Beilage vom 21. Juli 2017 zum generellen Baugesuch ein Ausnahmegesuch gestellt.

b) Gemäss dem kommunalen Baureglement sind in den Mischzonen Wohnen und dem Wohnen gleichgestellte Nutzungen, Gastgewerbe, Verkaufsgeschäfte bis 500 m² Verkaufsfläche, Kleingewerbe und Dienstleistungen zugelassen. Nicht zugelassen sind Werkhöfe und Lagerplätze sowie weitere gewerbliche Nutzungen, welche ein überdurchschnittlich hohes Mass an Immissionen oder quartierfremdem Verkehr verursachen (Art. 211 Abs. 3 GBR⁴). Gemäss der UeO Kern sind die Kernzonen für Dienstleistungs-, Handels- und Gewerbebetriebe sowie für Wohnnutzungen bestimmt (Art. 3 Abs. 1 UeV⁵). In der Kernzone A entlang der Dorfstrasse, der Kanderstegstrasse, der oberen Bahnhofstrasse südlich des Leimbachs sowie südlich der Postgasse sind Läden, Gewerbe oder Dienstleistungen im Erdgeschoss obligatorisch (Art. 3 Abs. 2 erster Satz UeV). Aus wichtigen Gründen kann Wohnnutzung im Erdgeschoss zugelassen werden, wenn die Gebäudestruktur einer späteren Umwandlung in Geschäftsflächen nicht hinderlich ist und die lichte Raumhöhe der Tragkonstruktion mindestens 3 m beträgt (Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV).

Den Richtlinien vom 28. Februar 2002 zum Richtplan Kern vom 11. März 1992 lässt sich zur betroffenen Parzelle nichts entnehmen. Die Parzelle liegt in keinem der sechs Gebiete, für die die Richtlinien ergänzende Angaben zur UeO Kern enthalten.

c) Das generelle Baugesuch des Beschwerdeführers betrifft eine Umnutzung von Gewerberaum zu Wohnraum im Erdgeschoss. Aufgrund von Art. 3 Abs. 2 erster Satz UeV ist diese Umnutzung grundsätzlich nicht bewilligungsfähig, was unbestritten ist. Bewilligt kann das generelle Baugesuch somit nur dann werden, wenn eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Dabei sieht Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV selber die Möglichkeit vor, dass aus wichtigen Gründen Wohnnutzung im Erdgeschoss zugelassen werden kann, wenn die Gebäudestruktur einer späteren Umwandlung in Geschäftsflächen nicht hinderlich ist und die lichte Raumhöhe der Tragkonstruktion mindestens 3 m beträgt.

⁴ Baureglement der Einwohnergemeinde Frutigen vom 28. November 2010

⁵ Überbauungsvorschriften vom 2. Juni 2002 zur UeO Kern

Dabei stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Art. 26 BauG zu Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV. Gemäss Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften gewährt werden. Darunter zu verstehen sind Vorschriften und Pläne des Kantons und der Gemeinden, die sich auf die Ausführung von Bauvorhaben beziehen.⁶ Somit handelt es sich bei Art. 26 BauG um eine echte Ausnahme. Voraussetzung für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG ist insbesondere, dass besondere Verhältnisse eine Ausnahme rechtfertigen.

Von einer echten Ausnahme ist die unechte Ausnahme zu unterscheiden, d.h. die Alternativvorschrift oder Ermächtigungsklausel. Solche Vorschriften ermächtigen oder verpflichten die zuständige Behörde, unter näher umschriebenen Voraussetzungen von einer bestimmten Vorschrift abzuweichen.⁷ Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV ermächtigt die Baubewilligungsbehörde, unter bestimmten Voraussetzungen von der Vorschrift von Art. 3 Abs. 2 erster Satz UeV abzuweichen. Damit handelt es sich bei Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV um eine unechte Ausnahme, welche einer echten Ausnahme grundsätzlich vorgeht. Sofern vorliegend die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV erfüllt sind, ist daher keine Ausnahme gemäss Art. 26 BauG nötig.

3. Ausnahme

a) Als wichtiger Grund für eine Ausnahme nennt der Beschwerdeführer in seinem Ausnahmegesuch vom 21. Juli 2017 den Umstand, dass die Ladenlokalität nicht mehr vermietet werden können. Das Geschäft sei erfolglos über eineinhalb Jahre in Zeitungen und Internet ausgeschrieben gewesen. Daher sei die Geschäftsfläche vorübergehend von seinem Sohn zur Erweiterung des E._____ genutzt worden, das dieser in einem Teil des Erdgeschosses als Mieter betreibe. Aufgrund der Umstände (Parkplatzprobleme, Lärmreklamationen usw.) habe sein Sohn jetzt aber kein Interesse mehr an der zusätzlichen Fläche. Aufgrund dieser Umstände sei auch eine Vermietung als Gastronomiebetrieb an einen Dritten nicht realistisch. Sein Einkommen bestehe aus AHV und Mietzinsen, weshalb eine Vermietung für ihn wichtig sei.

⁶ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26–27 N. 1

⁷ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Vorbemerkungen zu den Art. 26–31 N. 1

In seiner Beschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, Gemeindevertreter hätten ihm signalisiert, dass Handlungsbedarf für eine Anpassung der Überbauungsvorschriften in der Kernzone bestehe. Dies sei auch dringend nötig, da es nicht sein könne, dass entlang der betroffenen Strassen sehr viele Geschäftslokale leer stünden. Zwar sei gegen einen Erhalt der Geschäfte im Dorfzentrum grundsätzlich nichts einzuwenden. Die Gemeinde Frutigen habe aber mit Verkehrsmassnahmen den Kundenverkehr zu den Gewerbelokalen erschwert und damit die Problematik mitverursacht.

b) Die Gemeinde Frutigen verweist im angefochtenen Entscheid darauf, dass dem Beschwerdeführer bereits mit Bau- und Ausnahmegewilligung vom 30. Juni 2015 der Einbau einer Wohnung im Erdgeschoss bewilligt worden sei. Betroffen sei jedoch die Südwestseite des Gebäudes gewesen. Damit sei der bewilligte Wohnraum gegen die D._____strasse orientiert. Von der C._____strasse betrachtet liege der Wohnraum auf der strassenabgewandten Seite des Gebäudes. Demgegenüber liege der nun geplante Wohnraum mehrheitlich auf der Nordostseite des Gebäudes und sei mit der gesamten Fassadenlänge gegen die C._____strasse orientiert. Dieses Abstellen auf die Orientierung des nachgesuchten Wohnraums entspreche der gängigen Bewilligungspraxis. Weiter verweist die Gemeinde auf die Lärmgrenzwerte. Das Einhalten der massgebenden Immissionsgrenzwerte der Lärmempfindlichkeitsstufe (ES) III sei nicht möglich. Zu diesem Schluss sei auch eine Beurteilung des Oberingenieurkreises (OIK) I gekommen.

In ihrer Stellungnahme vom 25. März 2019 weist die Gemeinde Frutigen darauf hin, dass eine Überarbeitung der Vorschriften der UeO Kern hinsichtlich Rahmenbedingungen und möglicher Vorgehensweisen zwar geprüft werde, eine rechtskräftig geänderte UeO Kern jedoch noch in sehr weiter Ferne sei. Der Bauabschlag beruhe auf dem heute gültigen Recht und entspreche der gängigen Praxis. Das vermeintliche nicht vermieten können von Geschäftsraum stelle keinen Ausnahmegrund nach Art. 26 BauG dar.

c) Voraussetzung für eine unechte Ausnahme gemäss Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV ist das Vorliegen von wichtigen Gründen. Dies war vor der Teilrevision des Baugesetzes vom 22. März 1994 auch die Voraussetzung für eine Ausnahme nach Art. 26 BauG. Mit dieser Teilrevision wurde das Erfordernis des wichtigen Grundes zwar durch das Erfordernis der besonderen Verhältnisse ersetzt, in der Sache änderte sich dadurch aber kaum etwas. Eine Lockerung besteht lediglich darin, dass unter den besonderen Verhältnissen auch gewisse subjektive Gründe eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen

können.⁸ Somit sind die Voraussetzungen an den Ausnahmegrund für Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV und Art. 26 BauG grundsätzlich die gleichen.

Allerdings ist im Rahmen der kommunalen Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV die Gemeindeautonomie zu berücksichtigen. Das heisst, es ist vorab Sache der Gemeinde zu bestimmen, wie sie ihre eigenen Vorschriften verstanden haben will. Ist ihre Auslegung der Norm rechtlich vertretbar, darf eine Rechtsmittelbehörde nicht einer anderen, ebenfalls möglichen oder vertretbaren Auslegung den Vorzug geben.⁹

d) Eine Ausnahme gemäss Art. 26 BauG von Art. 3 Abs. 2 erster Satz UeV käme vorliegend nicht in Frage. Gemäss der Rechtsprechung zu Art. 26 BauG ist besondere Zurückhaltung geboten hinsichtlich Ausnahmen von Vorschriften, die den Charakter einer Ortschaft prägen und von Vorschriften einer Überbauungsordnung. Rein fiskalische Interessen bzw. wirtschaftliche Gründe genügen nicht als Ausnahmegrund.¹⁰

Die Vorschrift, wonach in der Kernzone A entlang der C._____strasse Läden, Gewerbe oder Dienstleistungen im Erdgeschoss obligatorisch sind, prägt den Charakter der Ortschaft. Zudem findet sie sich in einer Überbauungsordnung. Die vom Beschwerdeführer genannten Gründe sind rein wirtschaftlicher Natur. Dabei relativiert sich der von ihm geltend gemachte Leerstand des Erdgeschosses, wenn man berücksichtigt, dass in einem Teil dieses Geschosses bereits eine Wohnung existiert, ein anderer Geschossteil seit längerem und nach wie vor von einem Gastgewerbebetrieb (E._____) genutzt wird und auch der verbleibende Teil des Geschosses zumindest bis vor kurzem als Erweiterung dieses Gastgewerbebetriebs genutzt wurde. Unter diesen Umständen liegen keine besonderen Verhältnisse vor, die eine Ausnahme gestützt auf Art. 26 BauG rechtfertigen würden.

e) Da die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 26 BauG nicht erfüllt sind, ist es unter Berücksichtigung der Gemeindeautonomie nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde das Vorliegen von wichtigen Gründe verneint und keine Ausnahme gestützt auf Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV erteilt hat. Dies umso mehr, als sie dem Beschwerdeführer 2015 bereits eine entsprechende Ausnahmegewilligung erteilt hat und er gestützt darauf

⁸ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26–27 N. 4 f.

⁹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 65 N. 1–3

¹⁰ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26–27 N. 4 f.

schon den der C._____strasse abgewandten Teil des Erdgeschosses als Wohnung nutzt. Die entsprechende Praxis der Gemeinde überzeugt, wonach sie in den Räumen, die den gemäss UeV relevanten Strassen abgewandt sind, ausnahmsweise eine Wohnnutzung erlaubt, in den Räumen jedoch, die den gemäss UeV relevanten Strassen zugewandt sind, streng ist. Damit trägt sie dem Umstand Rechnung, dass das öffentliche Interesse an einer geschäftlichen Nutzung primär in den zugewandten Räumen besteht, in den abgewandten Räumen dagegen geringer ist. Demgegenüber dürfte es für die Grundeigentümer bei strassenabgewandten Räumen besonders schwierig sein, diese als Geschäftsräume zu vermieten, jedenfalls als Verkaufsräume. Die Praxis der Gemeinde stellt somit einen ausgewogenen Ausgleich dar zwischen dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung der Vorschrift von Art. 3 Abs. 2 erster Satz UeV und den privaten Interessen der Grundeigentümer an einer Ausnahme gemäss Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV. Die Schwierigkeiten bei der Vermietung von Geschäftsräumen werden damit ausreichend berücksichtigt.

An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass eine Überarbeitung der UeO Kern eingeleitet wurde. Diese Überarbeitung steht erst ganz am Anfang des langwierigen Verfahrens¹¹ und eine Berücksichtigung im Rahmen einer Ausnahmegewilligung würde indirekt auf eine unzulässige Vorwirkung hinauslaufen. Die erst in den Anfängen stehende Überarbeitung ist im Übrigen für eine Sistierung des vorliegenden generellen Baubeschwerdeverfahrens noch zu wenig weit fortgeschritten: Vage Aussichten auf eine Rechtsänderung vermögen keine Sistierung zu rechtfertigen.¹² Sollte diese Überarbeitung tatsächlich dereinst umgesetzt werden, steht es dem Beschwerdeführer frei, erneut ein entsprechendes Baugesuch einzureichen.

Soweit der Beschwerdeführer mit den von ihm genannten Verkehrsmassnahmen das Parkverbot an der D._____strasse anspricht, so wurde diesbezüglich durch die Gemeinde lediglich der gesetzmässige Zustand durchgesetzt.¹³ Andere Verkehrsmassnahmen sind nicht bekannt, weshalb nicht erkennbar ist, inwiefern die Gemeinde den Kundenverkehr zu den Gewerbelokalen erschwert hätte. Auch diesbezüglich kann der Beschwerdeführer somit nichts zu seinen Gunsten ableiten.

¹¹ Vgl. die Stellungnahme der Gemeinde Frutigen vom 25. März 2019

¹² Siehe Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 38 N. 6

¹³ Vgl. Beilage 2 der Stellungnahme der Gemeinde Frutigen vom 25. März 2019

Nicht nachvollziehbar sind zwar die Aussagen im angefochtenen Entscheid zum Lärm, wonach das Einhalten der massgebenden Immissionsgrenzwerte der ES III gemäss Beurteilung des OIK I nicht möglich sei. Der E-Mail des OIK I vom 10. Dezember 2018 lässt sich keine solche Aussage entnehmen. Der OIK I hält lediglich fest, in einem Lärmgutachten sei durch ein ausgewiesenes Akustikbüro aufzuzeigen, mit welchen Massnahmen die massgebenden Immissionsgrenzwerte der ES III eingehalten werden könnten. Eine Ausnahme gemäss Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz UeV scheitert jedoch nicht am Lärm, weshalb dies letztlich unerheblich ist.

f) Demzufolge erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie wird abgewiesen und der angefochtene Bauabschlag wird bestätigt.

4. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat daher die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG¹⁴). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG i. V. m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁵). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid (Bauabschlag) der Gemeinde Frutigen vom 11. Februar 2019 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Herrn A._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Bauverwaltung, 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.