



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2021/174

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 24. Januar 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

und

**Baubewilligungsbehörde der Stadt Langenthal, Bauinspektorat, Jurastrasse 22,
4901 Langenthal**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Langenthal vom 3. September 2021 (Baugesuch Nr. 076-2019; Umnutzung Kinderzimmer in Massageraum / Umnutzung Wintergarten in Wohnraum)

I. Sachverhalt

1. Am 28. März 2019 ging bei der Stadt Langenthal eine anonyme Meldung ein, wonach die Beschwerdeführenden in ihrer Stockwerkeigentumswohnung auf der Parzelle Langenthal 1 (Langenthal) Grundbuchblatt Nr. H._____ einen Massagesalon betreiben würden und dies gelegentlich zu Parkplatzengpässen auf dem gemeinsamen Parkplatz des Mehrfamilienhauses an der J._____strasse 29 führe. Zudem hätten die Beschwerdeführenden vor einigen Jahren die Wand zwischen Wohnzimmer und Wintergarten (ursprünglich Balkon ohne Verglasung) entfernt und die Fläche des Wintergartens bzw. des ehemaligen Balkons dem beheizten Wohnraum zugeschlagen. Die Parzelle Nr. H._____ liegt in der Wohnzone W4.

Mit Schreiben vom 11. April 2019 gewährte die Stadt Langenthal den Beschwerdeführenden das rechtliche Gehör und forderte sie gleichzeitig auf ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Die Beschwerdeführenden teilten der Stadt mit Schreiben vom 16. April 2019 unter anderem mit, den Wintergarten hätten sie im Jahr 2011 in ihre Wohneinheit integriert. Beim Zimmer, in dem der Beschwerdeführer massiere, handle es sich um das (ehemalige) Kinderzimmer. Dieses sei nie zweckentfremdet worden. So stehe lediglich eine Massageliege auf dem Parkett. Zudem hätten

die Beschwerdeführenden einen Parkplatz dazu gemietet, der von den Patienten genutzt werde. Abschliessend baten die Beschwerdeführenden die Stadt um einen Augenschein und Mitteilung, was sie tun müssten, um eventuell Versäumtes nachzuholen. Der von den Beschwerdeführenden gewünschte Augenschein fand am 9. Mai 2019 statt. Anlässlich dieses Termins teilte die zuständige Bauinspektorin der Stadt Langenthal den Beschwerdeführenden mit, welche Angaben und Unterlagen für das nachträgliche Baugesuch betreffend die Umnutzung des Kinderzimmers in einen Massageraum sowie die Umnutzung des Wintergartens in Wohnraum erforderlich seien. Als Frist für die Einreichung des nachträglichen Baugesuchs wurde der 15. Juli 2019 festgelegt.

Am 9. Juli 2019 reichten die Beschwerdeführenden ein nachträgliches Baugesuch ein für die Integration des Wintergartens bzw. ehemaligen Balkons in den Wohnbereich. Für die Umnutzung des Kinderzimmers in einen Massageraum haben die Beschwerdeführenden kein nachträgliches Baugesuch eingereicht.

Mit Verfügung vom 11. Oktober 2019 teilte die Stadt den Beschwerdeführenden mit, dass das nachträgliche Baugesuch sowohl formell als auch materiell mangelhaft sei. Gleichzeitig wurde den Beschwerdeführenden das rechtliche Gehör gewährt und Gelegenheit gegeben, das Baugesuch anzupassen bzw. die fehlenden Unterlagen nachzureichen. Am 19. November 2019 reichten die Beschwerdeführenden das Baugesuch mit gewissen Überarbeitungen erneut ein, zusammen mit einem Begleitschreiben und dem «Kassabuch Massage» für das Jahr 2018.

Mit Verfügung vom 16. Dezember 2019 teilte die Stadt den Beschwerdeführenden mit, dass das Baugesuch nach wie vor formell und materiell mangelhaft sei. Die Stadt gab den Beschwerdeführenden wiederum Gelegenheit, das Baugesuch anzupassen bzw. die fehlenden Unterlagen nachzureichen. Mit E-Mail vom 17. Dezember 2019 erkundigte sich der Beschwerdeführer 1 bei der zuständigen Bauinspektorin der Stadt Langenthal, ob eine erneute Besprechung möglich sei. Daraufhin teilte die Bauinspektorin dem Beschwerdeführer 1 mit E-Mail vom 18. Dezember 2019 mit, dass eine erneute Besprechung vermutlich nicht die gewünschten Ergebnisse liefern würde. Sie empfahl ihm aber eine Fachperson zur Ausarbeitung der fehlenden Unterlagen zu engagieren. Mit Eingabe vom 30. Januar 2020 teilten die Beschwerdeführenden der Stadt unter anderem mit, sie würden keinen Architekten engagieren, sondern ihr Wohneigentum so belassen, wie es für sie stimme.

Mit Schreiben vom 5. Februar 2021 gewährte die Stadt den Beschwerdeführenden das rechtliche Gehör zum von ihr damals beabsichtigen Bauabschlag mit Wiederherstellung (Verfügensentwurf). Gleichzeitig gab die Stadt den Beschwerdeführenden abermals Gelegenheit, das Baugesuch anzupassen. Mit Schreiben vom 30. März 2021 teilten die inzwischen anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden der Stadt mit, der von ihr beabsichtigte Bauabschlag mit Wiederherstellung sei weder recht- noch verhältnismässig.

Mit Schreiben vom 14. April 2021 gab die Stadt den Beschwerdeführenden nochmals Gelegenheit, die nötigen Baugesuchsunterlagen nachzureichen. Daraufhin teilten die Beschwerdeführenden der Stadt mit Schreiben vom 28. Mai 2021 erneut mit, dass der von ihr beabsichtigte Bauabschlag mit Wiederherstellung weder recht- noch verhältnismässig sei.

Mit Schreiben vom 23. Juli 2021 teilte die Stadt den Beschwerdeführenden mit, dass sie ihr Schreiben vom 28. Mai 2021 bei der Überarbeitung ihres Verfügungsentwurfs berücksichtigt habe. Gleichzeitig gab sie den Beschwerdeführenden Gelegenheit, sich zum angepassten Entwurf (Nichteintreten und Wiederherstellung) zu äussern und/oder allfällige weitere Unterlagen einzureichen. Mit Eingabe vom 26. August 2021 teilten die Beschwerdeführenden der Stadt mit, der von ihr beabsichtigte Nichteintretensentscheid auf das am 9. Juli 2019 bzw. am 19. November 2019 eingereichte Baugesuch und die damit einhergehenden baupolizeilichen Massnahmen seien

weder recht- noch verhältnismässig. Weitere Unterlagen reichten die Beschwerdeführenden nicht ein.

Mit «Gesamtbauentscheid» vom 3. September 2021 trat die Stadt aufgrund formeller Mängel nicht auf das nachträgliche Baugesuch der Beschwerdeführenden ein. Gleichzeitig verpflichtete sie die Beschwerdeführenden, innert einer Frist von sechs Monaten ab Rechtskraft des Entscheids die Umnutzung des Kinderzimmers und den Umbau des Balkons rückgängig zu machen bzw. den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und das Kinderzimmer nicht mehr gewerblich zu nutzen. Für den Fall der Nichtbefolgung drohte die Stadt schliesslich die Ersatzvornahme an.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 5. Oktober 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

1. Der Gesamtbauentscheid vom 3. September 2021 sei aufzuheben, auf das Baugesuch sei einzutreten und dem Bauprojekt der Beschwerdeführer sei soweit überhaupt nötig die nachträgliche Baubewilligung zu erteilen. Es sei überdies festzustellen, dass das Aufstellen der Massageliege im Kinderzimmer keiner Baubewilligung bedarf.
2. Eventualiter: Der Gesamtbauentscheid vom 3. September 2021 sei aufzuheben, das baupolizeiliche Verfahren einzustellen und von einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sei abzusehen.
3. Subeventualiter: Der Gesamtbauentscheid vom 3. September 2021 sei aufzuheben und die Akten zu neuer Durchführung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens soweit benötigt an das Stadtbauamt Langenthal zu überweisen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet,¹ führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Stadt Langenthal beantragt in ihrer Stellungnahme vom 25. Oktober 2021, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Mit Verfügung vom 24. November 2021 nahm das Rechtsamt von Amtes wegen zwei Aufnahmen aus Google Street View zu den Akten, auf denen unter anderem die Südostfassade der Liegenschaft J._____strasse 29 bzw. die Verglasung des in Frage stehenden, ehemaligen Balkons zu sehen ist. Gleichzeitig gab das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Die Beschwerdeführenden halten in ihren Schlussbemerkungen vom 14. Dezember 2021 an ihrer Beschwerde fest. Von der Stadt Langenthal sind keine Schlussbemerkungen eingegangen.

4. Auf die Rechtsschriften und Vorakten sowie auf die beigezogenen Aufnahmen aus Google Street View wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Mit dem angefochtenen Entscheid tritt die Stadt Langenthal auf das nachträgliche Baugesuch vom 9. Juli bzw. 19. November 2019 nicht ein (Dispositivziffer 1) und ordnet verschiedene Wiederherstellungsmassnahmen an (Dispositivziffer 2).

b) Bei Dispositivziffer 1 handelt es sich um einen Bauentscheid. Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden sind als Baugesuchstellende durch den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung dagegen legitimiert.

c) Bei den in Dispositivziffer 2 verfügten Wiederherstellungsmassnahmen handelt es sich um baupolizeiliche Anordnungen. Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die von der Stadt angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen beschwert und daher zur Beschwerde dagegen legitimiert.

d) Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

e) Die Beschwerdeführenden verlangen mit ihrem Hauptantrag neben der Aufhebung des «Gesamtbauentscheids» vom 3. September 2021 (Nichteintreten und Wiederherstellung) insbesondere die Feststellung, dass das Aufstellen der Massageliege im Kinderzimmer keiner Baubewilligung bedürfe. Feststellungsbegehren bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses und sind gegenüber leistungsverpflichtenden und rechtsgestaltenden Begehren subsidiär und damit nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann.³ Im Rahmen der Überprüfung der Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids bzw. der von der Vorinstanz angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen ist auch die Frage der Baubewilligungspflicht für das Aufstellen der Massageliege im Kinderzimmer vorfrageweise zu prüfen. Die Beschwerdeführenden können mit anderen Worten bereits mit ihrem Begehren betreffend Aufhebung des «Gesamtbauentscheids» vom 3. September 2021 die Frage der Baubewilligungspflicht für das Aufstellen der Massageliege im Kinderzimmer überprüfen lassen. Folglich haben sie kein schutzwürdiges Interesse an ihrem zusätzlichen Feststellungsbegehren. Auf Letzteres ist daher nicht einzutreten.

2. Baubewilligungspflicht; Allgemeines

a) Das Bundesrecht bestimmt in Art. 22 Abs. 1 RPG⁴, dass Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden dürfen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als bewilligungsbedürftige Bauten und Anlagen jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen,

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

³ BVR 2018 S. 310 E. 7.3; Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 72 ff.

⁴ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen.⁵ Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit deren Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.⁶ Das Bundesgericht folgt damit einer wirkungsbezogenen Betrachtungsweise, wonach es in erster Linie auf qualitative und weniger auf quantitative Aspekte ankommt. Dabei können gewisse Vorhaben vor allem wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein. Folgerichtig können auch reine Zweckänderungen (Umnutzungen ohne bauliche Massnahmen) baubewilligungspflichtig sein.⁷ Art. 22 Abs. 1 RPG ist eine Minimalvorschrift und unmittelbar anwendbar. Den Kantonen bleibt es vorbehalten, über den bundesrechtlichen Mindeststandard hinauszugehen und weitere Vorgänge der Bewilligungspflicht zu unterstellen. Andererseits dürfen sie Kleinstbauten und –anlagen von der Baubewilligungspflicht ausnehmen, sofern sie keine nennenswerten Einflüsse auf Raum, Erschliessung oder Umwelt bewirken. Die Kantone dürfen jedoch nicht von der Bewilligungspflicht befreien, was nach Art. 22 Abs. 1 RPG einer Bewilligung bedarf.⁸

b) Das bernische Recht regelt in Art. 1a Abs. 1 BauG die Baubewilligungspflicht in allgemeiner Weise in Anlehnung an Art. 22 Abs. 1 RPG und an die Formel des Bundesgerichts. Baubewilligungspflichtig sind danach alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Art. 1a Abs. 2 BauG erklärt sodann in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht auch reine Zweckänderungen (Umnutzungen) von Bauten, Anlagen und Einrichtungen grundsätzlich als baubewilligungspflichtig. Die Baubewilligung ist insofern eben auch eine Nutzungsbewilligung.⁹

3. Baubewilligungspflicht (formelle Rechtswidrigkeit); Massageraum

a) Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführenden in ihrer Wohnung im ehemaligen Kinderzimmer eine Massageliege aufgestellt haben und dort auch Massagen an Drittpersonen vom Beschwerdeführer 1 vorgenommen werden. Die Beschwerdeführenden sind jedoch der Ansicht, dass es sich bei diesen Massagen um eine hobbymässige und nicht um eine gewerbliche Tätigkeit handle und daher auch nicht von einer Zweckänderung im baurechtlichen Sinne gesprochen werden könne. Bereits aus diesem Grund sei diesbezüglich nicht von einer Baubewilligungspflicht auszugehen.

b) Der fragliche Raum wurde ursprünglich als Kinderzimmer bewilligt.¹⁰ Nun wird das Zimmer mitunter zur Durchführung von Massagen an Drittpersonen genutzt. Dem von den Beschwerdeführenden eingereichten «Kassabuch Massage» ist zu entnehmen, dass im Jahr 2018 während 121 Tagen insgesamt 202 Massagen durchgeführt worden sind. Dass in gewissen Monaten keine bzw. weniger Massagen als gewöhnlich durchgeführt worden sind, ist primär auf gesundheitliche Gründe des Beschwerdeführers 1 oder Ferien zurückzuführen.¹¹ Nach dem

⁵ BGE 123 II 256 E. 3 und 113 Ib 314 E. 2b.

⁶ BGE 139 II 134 E. 5.2.

⁷ BGE 119 Ib 222 E. 3a; BGer 1C_127/2008 vom 4.12.2008, E. 2.2.

⁸ Vgl. zum Ganzen: Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 1a N. 10 mit weiteren Hinweisen.

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 24.

¹⁰ Vgl. Vorakten, pag. 2.

¹¹ Vgl. Vorakten, pag. 1.

Gesagten kann nicht mehr von einer bloss «sporadischen» Massagetätigkeit an Drittpersonen gesprochen werden. Die betreffenden Massagen erfolgen sodann nicht unentgeltlich, sondern gegen Bezahlung.¹² Die fragliche Massagetätigkeit wird vom Beschwerdeführer 1 steuerlich sogar als selbständige Erwerbstätigkeit deklariert.¹³ Zudem bezahlt er auf die betreffenden Einkünfte AHV-Beiträge.¹⁴ Bei den vom Beschwerdeführer 1 im ehemaligen Kinderzimmer durchgeführten Massagen an Drittpersonen handelt es sich also auch nicht mehr bloss um eine «hobbymässige», sondern um eine gewerbliche Tätigkeit. Dafür sprechen insbesondere auch die im «Kassabuch Massage» vermerkten Positionen «Massageöl 10 Kg» und «Visitenkarten».¹⁵ Schliesslich bezeichnet sich der Beschwerdeführer 1 selbst als «Kleingewerbler».¹⁶ Die Nutzung des ehemaligen Kinderzimmers als gewerblicher Massageraum stellt folglich eine Zweckänderung im baurechtlichen Sinne dar.

c) Gestützt auf Art. 1b Abs. 1 BauG befreit Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD¹⁷ Umnutzungen von Bauten und Anlagen dann von der Baubewilligungspflicht, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind. Solche Tatbestände sind aber z.B. betroffen, wenn die Zweckänderung Zonenvorschriften berührt oder wenn die Änderung zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen (inkl. Parkplätze) führt. Eine Zweckänderung ohne bauliche Massnahmen ist nur dann nicht bewilligungspflichtig, wenn der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zugelassenen Nutzung entspricht und sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt, Erschliessung (auch Parkplätze), Planung usw. als ausgesprochen geringfügig erweist und die Brandsicherheit nicht betroffen ist; oder anders ausgedrückt: wenn keine Auswirkungen zu erwarten sind, die eine präventive Kontrolle als nötig erscheinen lassen. Sind die mit der neuen Nutzung verbundenen Auswirkungen intensiver als die bisherigen, so ist von einer Baubewilligungspflicht auszugehen.¹⁸ Im Zweifelsfall ist die Baubewilligungspflicht zu bejahen.¹⁹

d) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Massagetätigkeit sei zonenkonform und führe zu keinen relevanten Immissionen. Es handle sich vielmehr um eine «stille» Tätigkeit. Eine Auswirkung auf die Parkplatzsituation der übrigen Anwohnerschaft könne zudem ausgeschlossen werden. So würden die Beschwerdeführenden über zwei Parkplätze verfügen und den wenigen Drittpersonen, die mit dem Auto zur Massage kämen, für die Dauer der Behandlung ihren eigenen Parkplatz vor dem Gebäude zur Verfügung stellen. Die Massagetätigkeit an Drittpersonen im ehemaligen Kinderzimmer habe auch sonst keine relevanten Auswirkungen auf die Erschliessung, weshalb sie bewilligungsfrei sei.

e) Die Wohnung der Beschwerdeführenden befindet sich in der Wohnzone W4. Gemäss Art. 90 Abs. 1 BauV²⁰ dürfen in Wohnzonen «stille Gewerbe» unter bestimmten Voraussetzungen bewilligt werden. Die Gemeinden können die gewerbliche Nutzung weiter beschränken oder ausschliessen (Art. 90 Abs. 3 Bst. a BauV). Nach Art. 34 Abs. 1 BR²¹ sind die Wohnzonen für Wohnnutzungen bestimmt. «Nicht störende Kleingewerbe und Dienstleistungen» sind gemäss Art. 34 Abs. 2 BR jedoch zulässig. Die Einstufung «nicht störend» setzt nicht das Fehlen jeglichen Konfliktpotentials voraus; es ist aber eine Gesamtschau unter Einbezug des geplanten Vorhabens

¹² Vgl. «Kassabuch Massage» (Vorakten, pag. 1).

¹³ Vgl. E-Mail des Finanzamts der Stadt Langenthal vom 29. März 2019 (Vorakten, pag. 7).

¹⁴ Vgl. Schreiben der Beschwerdeführenden vom 30. Januar 2020 (Vorakten, pag. 73).

¹⁵ Vgl. Vorakten, pag. 1.

¹⁶ Vgl. Schreiben der Beschwerdeführenden vom 6. Juli 2019 (Vorakten, pag. 39).

¹⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

¹⁸ Vgl. zum Ganzen: Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 24 mit Hinweisen.

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 21.

²⁰ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

²¹ Baureglement der Stadt Langenthal vom 30. November 2003 (BR).

und der bestehenden Umgebung anzustellen.²² Die gewerbliche Massagetätigkeit des Beschwerdeführers 1 im ehemaligen Kinderzimmer stellt keine Wohnnutzung dar und tangiert damit die Zonenkonformität. Folglich ist die fragliche Zweckänderung bereits aus diesem Grund baubewilligungspflichtig. Es ist zwar denkbar, dass die gewerbliche Massagetätigkeit des Beschwerdeführers 1 – je nach konkreter Ausgestaltung und den damit einhergehenden Auswirkungen (insbesondere in Bezug auf die Erschliessungs- und Lärmsituation) – als nicht störendes Kleingewerbe bzw. nicht störende Dienstleistung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 BR qualifiziert werden kann. Dies kann aber ebenfalls nur im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens geprüft werden. Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, für die Frage der Baubewilligungspflicht sei darauf abzustellen, ob so erhebliche Auswirkungen zu erwarten seien, dass eine präventive Kontrolle nötig sei, gilt Folgendes festzuhalten: Der Umstand, dass der Beschwerdeführer 1 einen zusätzlichen Parkplatz angemietet hat, um seiner Klientschaft während der Massagebehandlung eine Parkmöglichkeit anbieten zu können,²³ lässt darauf schliessen, dass zumindest die mit der gewerblichen Massagetätigkeit verbundenen Auswirkungen auf die Erschliessungs- und Parkplatzanlagen intensiver sind als die bisherigen. Da es sich bei der umstrittenen Massagetätigkeit – soweit ersichtlich – um einen publikumsoffenen Dienstleistungsbetrieb handelt, sind insbesondere auch die Vorschriften des hindernisfreien Zugangs (Art. 22 BauG und Art. 85 BauV) sowie diejenigen der Sicherheit (inkl. Brandschutz) und Gesundheit (Art. 21 BauG) betroffen. Es besteht mit anderen Worten ein Interesse der Öffentlichkeit und der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle. Dies dient letztlich auch den Beschwerdeführenden (Rechtssicherheit bzw. Schutz vor nachträglicher Intervention der Baupolizeibehörde oder Dritter).

f) Nach dem Gesagten stellt die gewerbliche Massagetätigkeit an Drittpersonen im ehemaligen Kinderzimmer eine baubewilligungspflichtige Zweckänderung dar, für die die Beschwerdeführenden bis heute kein Baugesuch eingereicht haben. Es ist zudem nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführenden auch nicht geltend gemacht, dass im Zeitpunkt der fraglichen Nutzungsänderung eine andere Rechtslage gegolten hätte bzw. die Zweckänderung damals noch baubewilligungsfrei gewesen wäre. Die Nutzung des ehemaligen Kinderzimmers als gewerblicher Massageraum ist daher formell rechtswidrig. Soweit die Massageliege für rein private Zwecke (im ehemaligen Kinderzimmer) aufgestellt wird, liegt hingegen kein baubewilligungspflichtiger Tatbestand und insofern auch kein formell rechtswidriger Zustand vor.

4. Baubewilligungspflicht (formelle Rechtswidrigkeit); Wohnraumerweiterung

a) Die Beschwerdeführenden verglasten den ehemaligen Balkon gemäss eigenen Angaben im Jahre 1997 und nutzten diesen fortan als Wintergarten. Die Integration des Wintergartens in den (beheizten) Wohnbereich habe sodann im Jahre 2011 stattgefunden.²⁴ Die Beschwerdeführenden haben bei der Stadt Langenthal ein nachträgliches Baugesuch eingereicht und damit um Bewilligung der Integration des Wintergartens bzw. ehemaligen Balkons in den Wohnbereich ersucht. Sie haben die Bewilligungspflicht dieser Umnutzung und der damit verbundenen Arbeiten somit anerkannt. Dies wird von den Beschwerdeführenden auch nicht bestritten. Sie rügen jedoch, dass die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf ihr nachträgliches Baugesuch eingetreten sei. In Anbetracht dessen, dass es sich bei den Beschwerdeführenden um Rechtslaien handle und die von ihnen eingereichten Unterlagen weitgehend zur Prüfung des nachträglichen Baugesuchs ausreichen würden, sei das Vorgehen der Vorinstanz überspitzt formalistisch und somit unhaltbar.

²² BGE 136 I 395 E. 4.3.3; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 24 N. 31 Bst. a.

²³ Vgl. Vorakten, pag. 10, 20, 39 und 40.

²⁴ Vgl. Schreiben des Beschwerdeführers 1 vom 16. April 2019 (Vorakten, pag. 10) und Schreiben der Beschwerdeführenden vom 6. Juli 2019 (Vorakten, pag. 39).

b) Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung nach Art. 29 Abs. 1 BV²⁵ liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und den Bürgern und Bürgerinnen den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Wohl sind im Rechtsgang prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht demnach zu Art. 29 Abs. 1 BV im Widerspruch. Überspitzter Formalismus ist nur gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert.²⁶

c) Baugesuche haben bestimmten formellen Anforderungen zu genügen. So ist ein Baugesuch auf dem dafür vorgesehenen amtlichen Formular einzureichen (Art. 10 Abs. 2 BewD). Dem Baugesuch sind nach Art. 10 Abs. 3 BewD sodann der Situationsplan, die Projektpläne und die allenfalls erforderlichen weiteren Unterlagen beizulegen. Bei allen Bauvorhaben ist zudem das Formular Erdbebensicherheit mit den darin geforderten Beilagen einzureichen (Art. 10 Abs. 3a BewD). Setzt die Bewilligung des Bauvorhabens die Erteilung einer Ausnahme voraus, so ist gemäss Art. 10 Abs. 4 BewD in der Baueingabe darum nachzusuchen. Bei Bauvorhaben, die der Energie- oder Umweltschutzgesetzgebung unterstehen, sind schliesslich auch die dort verlangten Unterlagen beizulegen (Art. 10 Abs. 5 BewD).

Stellt die Baubewilligungsbehörde bei der vorläufigen Prüfung formelle Mängel fest, weist sie gemäss Art. 18 Abs. 1 BewD das Baugesuch zur Verbesserung zurück. Auf ein wieder eingereichtes, noch immer formell mangelhaftes Gesuch tritt die Baubewilligungsbehörde gemäss Art. 18 Abs. 4 BewD nicht ein.

d) Der von den Beschwerdeführenden eingereichte Grundrissplan erfüllt nicht die Anforderungen an einen Projektplan gemäss Art. 14 BewD. Insbesondere geht aus diesem nicht hervor, welche Gebäudeteile abgebrochen worden sind. Ein Fassadenplan fehlt komplett. Ein solcher zählt gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. c BewD aber ebenfalls zu den erforderlichen Projektplänen und ist insbesondere zur Beurteilung der Balkonverglasung und Absturzsicherung zwingend nötig. Das Formular Erdbebensicherheit ist ebenfalls nicht vorhanden. Schliesslich fehlen auch noch andere, für die materielle Beurteilung des Baugesuchs notwendige Unterlagen bzw. die eingereichten Unterlagen sind teilweise unvollständig (z.B. Formular Brandschutz, Hindernisfreies Bauen und Energienachweis). Dem Vorbringen der Beschwerdeführenden, wonach die von ihnen eingereichten Unterlagen weitgehend zur Prüfung des nachträglichen Baugesuchs ausreichen würden, kann somit nicht gefolgt werden. Die Beschwerdeführenden erhielten zudem mehrfach Gelegenheit, ihr Baugesuch anzupassen bzw. die fehlenden Unterlagen nachzureichen (vgl. Sachverhalt, Ziffer 1). Selbst nachdem die Stadt die Beschwerdeführenden am 23. Juli 2021 mit dem (überarbeiteten) Verfügungsentwurf bedient hatte – aus welchem klar hervorgeht, dass die Vorinstanz aufgrund formeller Mängel nicht auf das nachträgliche Baugesuch eintreten würde –, unterliessen es die Beschwerdeführenden, ihr Baugesuch anzupassen bzw. die fehlenden Unterlagen nachzureichen. Die Vorinstanz ist daher gestützt auf Art. 18 Abs. 4 BewD zu Recht nicht auf das nachträgliche Baugesuch eingetreten und hat nicht überspitzt formalistisch gehandelt. Daran ändert auch der Umstand nichts, wonach die Beschwerdeführenden gemäss eigenen Angaben Rechtslaien sind. So hat die zuständige Bauinspektorin der Stadt Langenthal mit E-Mail vom 18. Dezember 2019 dem Beschwerdeführer 1

²⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

²⁶ BGer 1C_475/2019 vom 29.1.2020, E. 3.2.

empfohlen, eine Fachperson (Architekt, Hochbauzeichner o.ä.) zur Ausarbeitung der fehlenden Unterlagen zu engagieren.²⁷ Spätestens ab dem 25. Februar 2021 waren die Beschwerdeführenden zudem anwaltlich vertreten.²⁸

e) Zusammengefasst handelt es sich bei der Integration des Wintergartens bzw. ehemaligen Balkons in den beheizten Wohnbereich um einen baubewilligungspflichtigen Vorgang, für den keine Baubewilligung vorliegt. Folglich ist auch diesbezüglich formelle Rechtswidrigkeit gegeben.

5. Materielle Rechtswidrigkeit; Allgemeines

Selbst in Ermangelung eines nachträglichen Baugesuchs (oder wenn auf ein solches wegen Verspätung oder sonstiger Ungültigkeit nicht eingetreten werden kann) ist wenigstens summarisch zu prüfen, ob die im Streit liegende Anlage oder Nutzung materiell rechtswidrig ist, sofern darüber nicht schon rechtskräftig entschieden worden ist. Denn es wäre unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der förmlichen Baubewilligung (formelle Rechtswidrigkeit) schleifen bzw. beseitigen zu lassen.²⁹

6. Baubewilligungsfähigkeit (materielle Rechtswidrigkeit); Massageraum

a) Wie bereits erwähnt (vgl. E. 3e), ist es zwar denkbar, dass die gewerbliche Massagetätigkeit des Beschwerdeführers 1 je nach konkreter Ausgestaltung als nicht störendes Kleingewerbe bzw. nicht störende Dienstleistung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 BR qualifiziert werden kann. Letztlich kann dies jedoch nur im Rahmen eines «ordentlichen» Baubewilligungsverfahrens und unter Vorlage eines verbindlichen Betriebskonzepts (Anzahl Behandlungen, Öffnungszeiten etc.) beurteilt werden. So hängt die Qualifikation der gewerblichen Massagetätigkeit des Beschwerdeführers 1 als «nicht störend» bzw. deren Zonenkonformität insbesondere davon ab, wie häufig und zu welchen Zeiten die Massagen durchgeführt werden. Trotz entsprechender Aufforderung seitens der Vorinstanz³⁰ haben es die Beschwerdeführenden aber bis heute unterlassen, ein Betriebskonzept einzureichen. Die Aussagen der Beschwerdeführenden vermögen das fehlende Betriebskonzept ebenso wenig zu ersetzen wie das in den Akten befindliche «Kassabuch Massage». So sind diese weder detailliert genug noch lässt sich daraus eine Verbindlichkeit gegenüber den Beschwerdeführenden ableiten. Gestützt auf eine summarische Prüfung ist die gewerbliche Massagetätigkeit an Drittpersonen im ehemaligen Kinderzimmer folglich nicht bewilligungsfähig. Schliesslich gilt zu beachten, dass es vorliegend nicht um die Beseitigung bzw. Schleifung einer Baute oder Anlage geht, sondern lediglich um die Unterlassung einer nicht bewilligten Nutzung (Benützungsverbot des ehemaligen Kinderzimmers für gewerbliche Zwecke). Dies ist möglich, ohne dass dabei die bereits getätigten Investitionen zerstört werden. So kann das ehemalige Kinderzimmer weiterhin als Wohnraum bzw. für private Zwecke verwendet werden. Letzteres gilt auch für die Massageliege und das meiste andere Material, das im Hinblick auf die gewerbliche Massagetätigkeit angeschafft worden ist (Massageöl, Sterilium, Liegetücher etc.). Es ist daher fraglich, ob in Bezug auf die Nutzung des ehemaligen Kinderzimmers als gewerblicher Massageraum – trotz Fehlens eines (nachträglichen) Baugesuchs – überhaupt eine summarische Prüfung der Bewilligungsfähigkeit nötig gewesen wäre.

²⁷ Vgl. Vorakten, pag. 75.

²⁸ Vgl. Vollmacht vom 25. Februar 2021 (Vorakten, pag. 82).

²⁹ Vgl. statt vieler VGE 2018/243 vom 27.1.2020, E. 2.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a mit weiteren Hinweisen.

³⁰ Vgl. Vorakten, pag. 12 und 61.

b) Die Bewilligungsfähigkeit der gewerblichen Massagetätigkeit an Drittpersonen im ehemaligen Kinderzimmer ist im Übrigen auch wegen der Parkplatzsituation fraglich. So müssen Abstellplätze auf fremdem Boden sowohl nach kantonalem (Art. 49 Abs. 3 BauV) als auch nach kommunalem Recht (Art. 6 PPR³¹) grundbuchlich sichergestellt sein. Dazu ist der Abschluss eines entsprechenden Dienstbarkeitsvertrages erforderlich; ein blosser Mietvertrag, auch wenn er im Grundbuch vorgemerkt ist, genügt nicht. Genügend ist hingegen Miteigentum.³² Die Beschwerdeführenden sind Eigentümerin und Eigentümer des Parkplatzes Nr. 3 auf der an die Liegenschaft J._____strasse 29 angrenzenden Parzelle Nr. B._____. Der Beschwerdeführer 1 hat zudem einen Mietvertrag für einen Einstellhallenplatz abgeschlossen.³³ Müssten die Beschwerdeführenden aufgrund ihrer Wohnung und der gewerblichen Massagetätigkeit des Beschwerdeführers 1 tatsächlich zwei Autoabstellplätze vorweisen (wovon die Vorinstanz offenbar ausgeht), dürfte der angemietete Parkplatz nach dem Gesagten also nicht angerechnet werden. Da die gewerbliche Massagetätigkeit an Drittpersonen im ehemaligen Kinderzimmer bereits aus anderen Gründen nicht bewilligungsfähig ist (vgl. E. 6a), kann die Frage des genügenden Parkplatznachweises letztlich aber offen bleiben.

7. Baubewilligungsfähigkeit (materielle Rechtswidrigkeit); Wohnraumerweiterung

a) In der Wohnzone W4, in welcher sich die Wohnung der Beschwerdeführenden befindet, gilt gemäss Art. 31 BR eine Ausnützungsziffer von 0.80. Gemäss Art. 26 Abs. 1 BR gilt für den Begriff der Ausnützungsziffer die Begriffsbestimmung in Art. 93 BauV. Die Art. 93 bis 98 BauV wurden zwar im Zusammenhang mit der Inkraftsetzung der BMBV³⁴ am 25. Mai 2011 aufgehoben. Die Gemeinden haben jedoch bis zum 31. Dezember 2023 Zeit, ihre baurechtliche Grundordnung den Bestimmungen der BMBV anzupassen. Bis zur Anpassung der baurechtlichen Grundordnung finden die bisherigen aArt. 93 bis 98 Abs. 1 BauV Anwendung (Art. 34 Abs. 1 und 2 BMBV). Die Stadt Langenthal hat ihre baurechtliche Grundordnung noch nicht den Bestimmungen der BMBV angepasst. Gemäss aArt. 93 Abs. 1 BauV ist die Ausnützungsziffer die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche.

b) Im nachträglichen Baugesuch der Beschwerdeführenden fehlen Angaben zur Bruttogeschoss- und Landfläche; Gleiches gilt in Bezug auf die Ausnützungsziffer.³⁵ Den in den Akten befindlichen Unterlagen zum Bauentscheid vom 5. November 1979, mit welchem unter anderen die Liegenschaft J._____strasse 29 bewilligt worden ist, lässt sich jedoch entnehmen, dass bereits mit der (Gesamt-)Überbauung von 1979 die Ausnützungsziffer 0.823 betragen hat.³⁶ Dabei gilt zu beachten, dass bei den damals bewilligten Liegenschaften bei allen Wohnungen offene Balkone vorgesehen waren bzw. diese bei der Berechnung der Ausnützungsziffer nicht mitberücksichtigt worden sind.³⁷ Die durch die Integration des Wintergartens bzw. ehemaligen (ursprünglich offenen) Balkons in den Wohnbereich zusätzlich geschaffene beheizte Wohnfläche (ca. 6 m²) muss nun aber bei der Berechnung der Ausnützungsziffer ebenfalls mitberücksichtigt werden (vgl. aArt. 93 Abs. 2 BauV). Dadurch wird die in der Wohnzone W4 maximal zulässige Ausnützungsziffer von 0.80 weiter überschritten. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man bei der Berechnung der Ausnützungsziffer auf die heutige Grundstücksfläche der Parzelle Nr. H._____ (1292 m²) sowie die «Bruttofläche» der darauf befindlichen Liegenschaften J._____strasse 29/29a gemäss Bauentscheid vom 5. November 1979 (1196.16 m²) abstellt:

³¹ Parkplatzreglement der Stadt Langenthal vom 10. November 1987 (PPR).

³² Vgl. zum Ganzen: Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 16–18 N. 24 mit Hinweisen.

³³ Vgl. Vorakten, pag. 20.

³⁴ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3).

³⁵ Vgl. Vorakten, pag. 36.

³⁶ Vgl. Vorakten, pag. 55.

³⁷ Vgl. Vorakten, pag. 54 f.

So beträgt die Ausnützungsziffer in diesem Fall 0.926 bzw. 0.931 unter Berücksichtigung der streitigen Wohnraumerweiterung. Selbst wenn die «Bruttofläche» der Gesamtüberbauung gemäss Bauentscheid vom 5. November 1979 (7167.12 m²) der für die Beschwerdeführenden vorteilhafteren Grundstücksfläche der heutigen Parzellen Nrn. H._____, F._____, G._____, I._____, K._____, B._____ und L._____ (8888 m²) gegenübergestellt wird, resultiert daraus eine Ausnützungsziffer von 0.806 bzw. 0.807 unter Berücksichtigung der streitigen Wohnraumerweiterung.³⁸ Gerundet auf zwei Dezimalstellen ist die in der Wohnzone W4 maximal zulässige Ausnützungsziffer also auch in diesem Fall überschritten. Art. 31 BR sieht für die Wohnzone W4 ausdrücklich eine Ausnützungsziffer mit zwei Dezimalstellen vor; für die meisten anderen Zonen gelten Ausnützungsziffern mit bloss einer Dezimalstelle. Auch wenn die Überschreitung der Ausnützungsziffer je nach Berechnungsgrundlagen sehr gering ist, darf der für die Beschwerdeführenden daraus resultierende Nutzen (zusätzlicher Wohnraum im Umfang von ca. 6 m²) nicht vernachlässigt werden.³⁹

c) Gestützt auf eine summarische Prüfung führt die Integration des Wintergartens bzw. ehemaligen Balkons in den Wohnbereich zu einer (zusätzlichen) Überschreitung der Ausnützungsziffer. Die betreffende Umnutzung und die damit verbundenen Arbeiten sind folglich ebenfalls nicht bewilligungsfähig bzw. materiell rechtswidrig.

8. Wiederherstellung; Allgemeines

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). Die Wiederherstellung kann auf Schleifung (Abbruch) widerrechtlicher Bauten oder Bauteile lauten, eine Unterlassung oder Änderung der Nutzung oder eine andere Anpassung an den rechtmässigen Zustand verlangen oder zum Wiederaufbau widerrechtlich abgebrochener Bauten oder Bauteile verpflichten.⁴⁰

b) Die Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD). 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.⁴¹ Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist. Es gilt zu verhindern, dass illegal Bauende bessergestellt werden als Bauwillige, die gesetzeskonform vorgängig ein Baugesuch stellen. Besonderes Gewicht kommt dem öffentlichen Interesse am konsequenten Vollzug des Bau-, Planungs- und Umweltrechts ausserhalb des Baugebiets zu. Ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht aber generell an der Durchsetzung der Zonenordnung, auch innerhalb des Bauzone, insbesondere auch am Schutz der Wohnzone vor übermässigen Immissionen. Ein zusätzliches öffentliches Interesse kann sich aus der Gefahr ergeben, dass sich Gleiches wiederholen könnte (Präjudizwirkung).⁴² Bei gutem

³⁸ Vgl. auch Berechnungen der Vorinstanz vom 7. Oktober 2019 (Vorakten, pag. 42).

³⁹ Vgl. BVD 120/1990/29 vom 20.7.1990, E. 3.

⁴⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 8.

⁴¹ BVR 2013 S. 85 E. 5.1; VGE 2015/350 vom 25.2.2016, E. 2.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 und 9c mit weiteren Hinweisen.

⁴² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a mit Hinweisen.

Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen sie gebieten. Allgemein wird vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Bewilligungspflicht erkundigen.⁴³

c) Die Anordnung einer Wiederherstellung nach langem Zeitablauf kann mit den Geboten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in Konflikt geraten. Art. 46 Abs. 3 BauG bestimmt daher, dass im Regelfall die Wiederherstellung nach Ablauf von fünf Jahren seit Erkennbarkeit der Baurechtsverletzung nicht mehr angeordnet werden kann, es sei denn, zwingende öffentliche Interessen würden sie erfordern. Erkennbar ist ein rechtswidriger Zustand, wenn er von der zuständigen Behörde bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden können und müssen. Der Ablauf der Frist darf aber nicht leichthin angenommen werden, denn die Baupolizeibehörden sind nicht gehalten, regelmässig nach allfälligen, widerrechtlichen Bauten zu suchen. Um die Frist von fünf Jahren zu wahren, muss nicht unbedingt schon die Wiederherstellung verfügt werden; die Frist ist bereits gewahrt mit der Aufforderung der Behörde, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, mit dem tatsächlichen Einreichen eines solchen oder mit der Zusicherung, dass der rechtswidrige Zustand innert nützlicher Frist beseitigt werde. Die blosser Anzeige oder Intervention Dritter genügt hingegen nicht zur Fristwahrung.⁴⁴

9. Wiederherstellung; Massageraum

a) In Bezug auf das ehemalige Kinderzimmer ordnete die Vorinstanz die Entfernung der Massageliege an und erliess gleichzeitig ein Verbot, den betreffenden Raum gewerblich zu nutzen. Das von der Vorinstanz erlassene Benützungsverbot ist geeignet und erforderlich, um das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Zonenordnung zu verwirklichen und die baurechtliche Ordnung bzw. den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Gleichzeitig hat das Benützungsverbot auch präjudizielle Wirkung und zwar sowohl in Bezug auf die Beschwerdeführenden als auch in Bezug auf die Allgemeinheit. Das Benützungsverbot ist für die Beschwerdeführenden ausserdem zumutbar. Es hat für den Beschwerdeführer 1 zwar eine Einkommenseinbusse zur Folge. Diese dürfte jedoch nicht allzu gross ins Gewicht fallen bzw. überwiegt nicht die (teilweise gewichtigen) öffentlichen Interessen, die für das Benützungsverbot sprechen (Einhaltung der baurechtlichen Ordnung bzw. Durchsetzung der Zonenordnung und Präjudizwirkung). So bezeichnen die Beschwerdeführenden die gewerbliche Massagetätigkeit des Beschwerdeführers 1 selbst als «Hobby». In den Schreiben vom November 2019 und 30. Januar 2020 führt der Beschwerdeführer 1 zudem aus, dass wenn die zur Verfügung stehenden Parkplätze nicht ausreichen würden, er seine Tätigkeit sofort beenden würde.⁴⁵ Dem Beschwerdeführer 1 steht es ferner frei, seine gewerbliche Massagetätigkeit andernorts anzubieten. Folglich werden durch das von der Vorinstanz angeordnete Benützungsverbot auch die im Hinblick auf die gewerbliche Massagetätigkeit gemachten Investitionen nicht nutzlos. So kann die Massageliege und das meiste andere Material, das im Hinblick auf die gewerbliche Massagetätigkeit angeschafft worden ist (Massageöl, Sterilium, Liegetücher etc.) auch andernorts oder für private Zwecke verwendet werden. Das ehemalige Kinderzimmer kann weiterhin zu Wohnzwecken genutzt werden (vgl. auch E. 6a). Die Beschwerdeführenden machen schliesslich richtigerweise nicht geltend, gutgläubig gehandelt zu haben. Geschützt wird im Übrigen nicht der gute Glauben an sich, sondern nur die gestützt auf ihn getätigten Dispositionen, insbesondere

⁴³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a mit Hinweisen.

⁴⁴ Vgl. zum Ganzen: Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11 f.

⁴⁵ Vgl. Vorakten, pag. 68 und 73.

bauliche Investitionen, die nicht ohne Schaden rückgängig gemacht werden können.⁴⁶ Solche liegen in Bezug auf die gewerbliche Massagetätigkeit des Beschwerdeführers 1, wie soeben ausgeführt, nicht vor. Nach dem Gesagten ist das von der Vorinstanz angeordnete Benützungsverbot nicht zu beanstanden.

b) Anders verhält es sich in Bezug auf die von der Vorinstanz angeordnete Entfernung der Massageliege aus dem ehemaligen Kinderzimmer. Dies wäre zwar leicht und ohne finanziellen Aufwand möglich. Wie aber bereits erwähnt, kann bzw. darf die Massageliege für rein private Zwecke baubewilligungsfrei genutzt werden, insbesondere auch im ehemaligen Kinderzimmer. Folglich besteht kein Raum, um deren Entfernung (aus dem ehemaligen Kinderzimmer) zu verlangen. Die betreffende Wiederherstellungsmassnahme erweist sich insoweit als unzulässig und ist aufzuheben.

10. Wiederherstellung; Wohnraumerweiterung

a) In Bezug auf die Wohnraumerweiterung verfügte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Entfernung der Glaselemente inkl. der Haltevorrichtungen beim ursprünglich offenen Balkon sowie die Entfernung der Heizung im betreffenden Bereich. Ferner ordnete sie den Wiedereinbau der rückgebauten Aussenwand inkl. Balkontüre an, so dass der rechtmässige Zustand gemäss Baubewilligung vom 5. November 1979 wiederhergestellt sei. Das öffentliche Interesse an den betreffenden Wiederherstellungsmassnahmen besteht in erster Linie ebenfalls in der Einhaltung der baurechtlichen Ordnung. Ausserdem sprechen auch hier präjudizielle Gründe für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Die von der Vorinstanz angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen sind sodann geeignet, um diese öffentlichen Interessen zu verwirklichen. Ebenso sind die betreffenden Massnahmen erforderlich. So sind keine milderen Massnahmen mit gleicher Wirkung ersichtlich. Die von der Vorinstanz angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen sind für die Beschwerdeführenden grundsätzlich auch zumutbar. Zwar sind damit diverse Kosten verbunden (Abbruch- und Wiederaufbaukosten) und die ursprünglichen Investitionskosten (von den Beschwerdeführenden auf CHF 15 000.– beziffert⁴⁷) gehen durch die Wiederherstellungsmassnahmen verloren (wobei zu beachten gilt, dass sich der Betrag von CHF 15 000.– auf die Umbauarbeiten in allen Zimmern der Wohnung bzw. an allen Böden und Decken bezieht und nicht bloss auf die streitige Wohnraumerweiterung⁴⁸). Diese rein finanziellen Interessen überwiegen die öffentlichen Interessen an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands jedoch nicht. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführenden den betreffenden Bereich weiterhin nutzen können. Schliesslich kann den Beschwerdeführenden auch kein gutgläubiges Handeln zugesprochen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, wonach sie sich auf die Meinung eines Fachmannes verlassen hätten, der ihnen erklärt habe, dass die fraglichen Veränderungen nicht baubewilligungspflichtig seien. So muss sich die Bauherrschaft das Wissen(müssen) von ihr beigezogenen Fachpersonen anrechnen lassen.⁴⁹

b) Zu beachten gilt vorliegend aber, dass die aktuelle Verglasung des ursprünglich offenen Balkons seit spätestens Juni 2013 besteht bzw. vom öffentlichen Strassenraum aus sichtbar ist. Dies ergibt sich aus den anlässlich des Augenscheins vom 9. Mai 2019 aufgenommenen Fotos⁵⁰ sowie den beiden vom Rechtsamt mit Verfügung vom 24. November 2021 von Amtes wegen zu den Akten genommenen Aufnahmen aus Google Street View. Letztere zeigen unter anderem die

⁴⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a mit Hinweisen.

⁴⁷ Vgl. Vorakten, pag. 37.

⁴⁸ Vgl. Schreiben der Beschwerdeführenden vom 6. Juli 2019 (Vorakten, pag. 39).

⁴⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. b mit Hinweisen.

⁵⁰ Vgl. Vorakten, pag. 17 f.

Südostfassade der Liegenschaft J._____strasse 29 bzw. die Verglasung des ehemaligen Balkons und wurden im Juni 2013 aufgenommen. Die aktuelle Verglasung des ursprünglich offenen Balkons ist also spätestens seit diesem Zeitpunkt für die Vorinstanz erkennbar gewesen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich gemäss Vorinstanz bei der J._____strasse nicht um eine Durchgangsstrasse, sondern lediglich um eine Gemeindestrasse ausserhalb des Zentrums von Langenthal handle. Die Vorinstanz hat erstmals mit Schreiben vom 11. April 2019, mithin nach mehr als fünf Jahren, die Beschwerdeführenden aufgefordert, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.⁵¹ Die Entfernung der Glaselemente inkl. der Haltevorrichtungen kann folglich nicht mehr verlangt werden, zumal auch keine zwingenden öffentlichen Interessen vorliegen, die eine entsprechende Wiederherstellung trotz Zeitablaufs verlangen würden. Die betreffende, von der Vorinstanz angeordnete Wiederherstellungsmassnahme erweist sich insoweit als unzulässig und ist aufzuheben.

c) Anders verhält es sich in Bezug auf die von der Vorinstanz angeordnete Entfernung der Heizung und den Wiedereinbau der rückgebauten Aussenwand inkl. Balkontüre. Denn die Verglasung des ursprünglich offenen Balkons lässt nicht automatisch darauf schliessen, dass im Gebäudeinnern auch eine beheizte Wohnraumerweiterung stattgefunden hat. Die Umnutzung des Wintergartens bzw. ehemaligen, ursprünglich offenen Balkons in beheizten Wohnraum und die damit verbundenen baulichen Massnahmen im Innern der Wohnung waren für die Vorinstanz mit anderen Worten trotz der von aussen sichtbaren Balkonverglasung nicht erkennbar. Es liegen auch sonst keine Beweise dafür vor, dass im Zeitpunkt des Schreibens der Vorinstanz vom 11. April 2019 (erstmalige Aufforderung zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs) die Umnutzung des Wintergartens bzw. ehemaligen Balkons in beheizten Wohnraum bereits seit mehr als fünf Jahren für die Baupolizeibehörde erkennbar war. Etwas anderes ergibt sich insbesondere auch nicht aus der Auftragsbestätigung der M._____AG vom 23. August 2007.⁵² So hat die Integration des Wintergartens bzw. ehemaligen Balkons in den beheizten Wohnbereich gemäss den eigenen Angaben der Beschwerdeführenden erst im Jahre 2011 stattgefunden.⁵³ Die Beschwerdeführenden können aus der Auftragsbestätigung von 2007 folglich von Anfang an nichts zu ihren Gunsten ableiten hinsichtlich Erkennbarkeit der unrechtmässigen Umnutzung in beheizten Wohnraum. Die Beweislast dafür, dass seit Erkennbarkeit mehr als fünf Jahre verstrichen sind, liegt bei der Bauherrschaft.⁵⁴ Gleich nachdem die Vorinstanz am 28. März 2019 die baupolizeiliche Anzeige erhalten und damit Kenntnis von der unrechtmässigen Umnutzung in beheizten Wohnraum erlangt hatte, wurde sie schliesslich aktiv und hat die Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 11. April 2019 zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs aufgefordert.⁵⁵ Nach dem Gesagten sind die von der Vorinstanz angeordnete Entfernung der Heizung im Bereich des ehemaligen Wintergartens bzw. Balkons und der Wiedereinbau der rückgebauten Aussenwand inkl. Balkontüre weder zu spät erfolgt noch sonst wie zu beanstanden.

11. Zusammenfassung

a) Zusammengefasst hat die Stadt Langenthal den angefochtenen Entscheid, soweit sich dieser auf das Nichteintreten betreffend das nachträgliche Baugesuch der Beschwerdeführenden, das gewerbliche Benützungsverbot für das ehemalige Kinderzimmer sowie die Entfernung der Heizung im Bereich des ehemaligen Wintergartens bzw. Balkons und den Wiedereinbau der rückgebauten Aussenwand inkl. Balkontüre bezieht, zu Recht erlassen. In Bezug auf die

⁵¹ Vgl. Vorakten, pag. 9.

⁵² Vgl. Beschwerdebeilage 3.

⁵³ Vgl. Schreiben des Beschwerdeführers 1 vom 16. April 2019 (Vorakten, pag. 10) und Schreiben der Beschwerdeführenden vom 6. Juli 2019 (Vorakten, pag. 39).

⁵⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11a drittes Lemma mit Hinweis.

⁵⁵ Vgl. Vorakten, pag. 6. ff.

Entfernung der Massageliege aus dem ehemaligen Kinderzimmer sowie die Entfernung der Glaselemente inkl. der Haltevorrichtungen beim ehemaligen Wintergarten bzw. Balkon erweist sich der angefochtene Entscheid hingegen als unrechtmässig und ist aufzuheben. Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der ursprünglich offene Balkon kann nach Durchführung der als rechtmässig beurteilten Wiederherstellungsmassnahmen demnach als «unbeheizter Wintergarten» weitergenutzt werden.

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten genügend überprüft bzw. festgestellt werden. Auf die von den Beschwerdeführenden zusätzlich beantragten Beweismassnahmen (Parteibefragung und Augenschein) kann daher verzichtet werden, da von diesen keine neuen relevanten Erkenntnisse zu erwarten sind.

12. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 erster Satz VRPG⁵⁶). Diese wird festgesetzt auf CHF 1500.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁵⁷).

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführenden obsiegen vorliegend nur teilweise. Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdeführenden drei Fünftel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 900.–, zur Bezahlung aufzuerlegen. Die Stadt Langenthal ist nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 zweiter Satz VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten trägt daher der Kanton. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten auf sie entfallenden Betrag.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten der Beschwerdeführenden sind in analoger Anwendung des zuvor Ausgeführten zu zwei Fünfteln der Stadt Langenthal aufzuerlegen. Da die Beschwerdebeilagen 3 und 4 für den vorliegenden Entscheid nicht massgebend sind, kann der Umstand, dass die betreffenden Beilagen erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren und nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren von den Beschwerdeführenden eingereicht worden sind, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, nicht (zusätzlich) bei der Verlegung der Parteikosten berücksichtigt werden.

Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden beläuft sich auf CHF 4100.– (inkl. Auslagen, zzgl. Mehrwertsteuer) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Stadt Langenthal hat daher den Beschwerdeführenden Parteikosten im Betrag von CHF 1640.– (inkl. Auslagen, zzgl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

⁵⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁵⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

III. Entscheid

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Ziffer IV/2 der Verfügung der Stadt Langenthal vom 3. September 2021 aufgehoben, soweit sich diese auf die Entfernung der Massageliege aus dem ehemaligen Kinderzimmer sowie die Entfernung der Glaselemente inkl. Haltevorrichtungen beim ehemaligen Wintergarten bzw. Balkon bezieht.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann, und die Verfügung der Stadt Langenthal vom 3. September 2021 bestätigt.

2. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten im Betrag von CHF 900.– zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für diesen Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Stadt Langenthal hat den Beschwerdeführenden Parteikosten im Betrag von CHF 1640.– (inkl. Auslagen, zzgl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt E. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Langenthal, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.