

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2004/41

Bern, 10. November 2004

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Port, Gemeindeverwaltung, Lohngasse 12,
2562 Port

betreffend die Verfügungen der Gemeinde Port vom 14. und 22. Juli 2004
(B. _____ strasse, Gewerbebau: Baueinstellung und Benützungsverbot)

I. Sachverhalt

1. Der Regierungsstatthalter von Aarberg bewilligte der A. _____ mit Gesamtentscheid vom 25. Mai 2001 den Wiederaufbau einer Lager- und Werkhalle samt Anbau an der B. _____ strasse2 in Port. Die Bauparzelle Port Gbbl. Nr. C. _____ liegt in der Gewerbezone. Nachdem die Gemeinde Port festgestellt hatte, dass die Halle nicht dem bewilligten Projekt entsprechend ausgeführt wurde, forderte sie die A. _____ zur Einreichung eines Projektänderungsgesuches auf und erliess am 22. November 2002 eine Baueinstellungsverfügung. Mit Gesamtbauentscheid vom 7. Januar 2004 genehmigte der Regierungsstatthalter von Aarberg der A. _____ nachträglich den Ausbau der bestehenden Halle zur Nutzung als Lager, Werkhalle und einer Wohnung. Beide Entscheide erwachsen in Rechtskraft.

2. Anlässlich der Bauabnahme stellte die Gemeinde Port am 13. bzw. 20. Juli 2004 fest, dass die A._____ im Obergeschoss (OG) des Gebäudes neben der bewilligten Wohnung¹ eine weitere einbaute² sowie eine dritte bereits fertig gestellt und vermietet hatte³. Gestützt darauf verfügte sie am 14. und 22. Juli 2004 die sofortige Einstellung der Bauarbeiten am begonnenen Wohnungseinbau und verhängte für die fertig gestellten und unbewilligten Räume ein Benützungsverbot.

3. Gegen diese baupolizeilichen Verfügungen erhob die A._____ am 14. August 2004 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Sie beantragt deren Aufhebung und macht sinngemäss geltend, die Ausbauarbeiten würden entsprechend der Bewilligung zonenkonform vorgenommen. Dabei würden die Mieterwünsche mit dem Einbau diverser Büros für Gewerbebetriebe und einer Wohnung berücksichtigt. Ihrer Beschwerdeschrift legt die A._____ einen „revidierten“ Projektplan für das Obergeschoss mit Datum vom 19. Juli 2004 bei, nach welchem der Ausbau erfolge und der mit dem Bauvorsteher der Gemeinde Port abgesprochen sei. Anlässlich einer Sitzung mit dem Geschäftsführer der A._____, Herrn D._____, habe der Bauvorsteher am 2. August 2004 den eventuellen Rückzug der baupolizeilichen Verfügungen in Aussicht gestellt.

4. Die Gemeinde Port beantragt in ihrer Stellungnahme vom 21. September 2004 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung ihrer Verfügungen. Sie führt aus, der mit der Beschwerde eingereichte Plan bezeichne nicht die bewilligte Situation und für die beiden betroffenen Wohnungen liege weder eine gültige Baubewilligung vor, noch sei ein entsprechendes Baugesuch eingereicht worden. Schliesslich habe der Bauvorsteher keineswegs einen eventuellen Rückzug der Verfügungen in Aussicht gestellt, sondern den Geschäftsführer der A._____ vielmehr auf die Notwendigkeit eines nachträglichen Baugesuches für die Projektänderung hingewiesen – eine Tatsache, die der A._____ im Übrigen spätestens seit der ersten Baueinstellungsverfügung vom 22. November 2002 bekannt sei.

¹ zwischen Binderfeld 1 und 3 gemäss dem am 4. Januar 2004 bewilligten Projektplan OG

² zwischen Binderfeld 3 und 5 gemäss dem am 4. Januar 2004 bewilligten Projektplan OG

³ zwischen Binderfeld 5 und 8 gemäss dem am 4. Januar 2004 bewilligten Projektplan OG

5. Das Rechtsamt, das gestützt auf Art. 7 OrV BVE⁴ die Beschwerdeverfahren im Zuständigkeitsbereich der BVE leitet, vereinigte die Beschwerdeverfahren gegen die beiden baupolizeilichen Verfügungen, führte den Schriftenwechsel durch und edierte die Vorakten. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Die BVE prüft die **Prozessvoraussetzungen** von Amtes wegen. Die Gemeinde hat zwei baupolizeiliche Verfügungen im Sinne von Art. 45 ff. BauG⁵ erlassen. Gestützt auf Art. 49 Abs. 1 BauG können baupolizeiliche Verfügungen innert dreissig Tagen seit ihrer Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde gegen baupolizeiliche Verfügungen ist gemäss Art. 65 VRPG⁶ befugt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat, sowie jede andere Person, Organisation oder Behörde, die durch Gesetz oder Dekret dazu ermächtigt ist. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin durch die vorinstanzlichen Entscheide formell und materiell beschwert und demzufolge zur Beschwerdeführung legitimiert.⁷ Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so verfügt die zuständige Behörde gestützt auf Art. 46 Abs. 1 BauG die **Einstellung der Bauarbeiten**; sie kann ein **Benützungsverbot** erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern.

Eine Baueinstellung oder ein Benützungsverbot kann laut konstanter Praxis dann erlassen

⁴ Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 65 N. 5

werden, wenn ein *formell rechtswidriger Zustand* vorliegt.⁸ Dies setzt voraus, dass ein baubewilligungspflichtiger Tatbestand erfüllt ist und die Bewilligung fehlt, oder dass von einer Bewilligung oder von Nebenbestimmungen dazu abgewichen worden ist. Eine Baueinstellung oder ein Benützungsverbot kann mit sofortiger Wirkung erlassen werden, wenn es die *Verhältnisse erfordern*. Das Benützungsverbot greift dabei dann Platz, wenn eine Baueinstellung nutzlos wäre, weil die Bauarbeiten bereits abgeschlossen sind. Beide vorsorglichen Massnahmen wirken solange, bis entweder die entsprechende Baubewilligung rechtskräftig erteilt oder die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes rechtskräftig verfügt worden ist. Ihr Sinn liegt darin zu verhindern, dass vollendete Tatsachen mit dem entsprechenden Nutzen für den Bauherrn und allenfalls Schaden für die übrigen Betroffenen geschaffen werden können, bevor nur die Frage geprüft ist, ob die betreffende Nutzung mit den Bauvorschriften überhaupt vereinbar ist.⁹

3. Zunächst ist zu prüfen, ob ein **formell rechtswidriger Zustand** vorliegt, d.h. ob die begonnenen Arbeiten zwischen E._____ 3 und 5 sowie die bereits realisierte Wohnung zwischen E._____ 5 und 8 durch die rechtsgültige Baubewilligung abgedeckt sind oder davon abweichen. Nach Art. 1 Abs. 1 Bst. a BauG bedürfen die Erstellung, die wesentliche Änderung (einschliesslich der wesentlichen Zweckänderung) und der Abbruch von Gebäuden, Gebäudeteilen und sonstigen Bauten einer Baubewilligung. Als wesentliche Änderung gilt gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. d BewD¹⁰ unter anderem die Änderung der Zweckbestimmung von Bauten und Anlagen, wenn dadurch baurechtlich relevante Tatbestände betroffen werden, wie bei Änderungen, welche die Zonenvorschriften, die Umweltschutzgesetzgebung oder die Abstandsvorschriften berühren.

Aus den Akten ergibt sich Folgendes: Im Gesamtentscheid vom 7. Januar 2004 hat der Regierungsstatthalter der Beschwerdeführerin den Ausbau der bestehenden Halle zur Benutzung als Lager, Werkhalle und Wohnung bewilligt, gestützt auf das entsprechende Baugesuch und mit Verweis auf die gleichentags gestempelten Projektpläne. Der massgebliche Projektplan OG vom 4. September 2002 sieht auf der Nordseite im Bereich von E._____ 1-3 eine 2½-Zimmerwohnung vor; in den Bereichen von E._____ 3-5 sowie 5-8 enthält der Plan je einen Vermerk „LAGER/BENUTZER NOCH NICHT

⁸ Aldo Zaugg, Kommentar zum bernischen BauG, 2. Auflage, 1995, Art. 46 N. 6; KPG-Bulletin 5/1992 S. 26 f.

⁹ KPG-Bulletin 4/1992 S. 17

¹⁰ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (BewD; BSG 725.1)

BEKANNT“. Demgegenüber bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe mit dem Ausbau den Wünschen der Mieterschaft entsprochen und diesen entsprechend dem im Beschwerdeverfahren eingereichten „revidierten“ Plan realisiert. Der nicht genehmigte Projektplan OG vom 19. Juli 2004 bezeichnet den als Wohnung bewilligten Bereich von E._____ 1-3 mit „BÜRO SEN FINANZ“; der von der Baueinstellung betroffene Bereich von E._____ 3-5 ist mit „BÜRO“ beschrieben, während im Bereich von E._____ 5-8 eine 2½-Zimmerwohnung eingebaut wurde, die mit dem Benützungsverbot belegt ist. Die Gemeinde hält fest, in den Bereichen von E._____ 3-5 und 5-8 sei je eine Wohnung im Bau bzw. bereits realisiert und vermietet. In Bezug auf die von der Baueinstellung betroffenen Räumlichkeiten, die durch die Beschwerdeführerin im Projektplan OG vom 19. Juli 2004 als „BÜRO“ bezeichnet werden, liegt eine Meldung der entsprechenden Immobilienverwaltung an die Gemeinde in den Vorakten, nach welcher die „Loftwohnung“ per 1. August 2004 vermietet werde.

Nach der Aktenlage steht fest und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten, dass sie den Ausbau des Obergeschosses nicht ausschliesslich im Sinne der erteilten Gesamtbaubewilligung vorgenommen hat bzw. vornehmen will. Die Nutzung der Räumlichkeiten als Wohnungen anstelle der bewilligten Lager stellt eine baurechtlich relevante Änderung der Zweckbestimmung dar, welche die Zonenvorschriften in der Gewerbezone berührt und sich gegebenenfalls auf baupolizeiliche, brand- oder umweltschutzrechtliche Beurteilungen auswirken kann. Das Baureglement der Gemeinde Port¹¹ nach Art. 45 Abs. 1 gestattet in der Gewerbezone ausschliesslich Wohnungen für das betriebsnotwendig an den Standort gebundene Personal, sofern durch geeignete Vorkehren für wohnhygienische Verhältnisse gesorgt ist. Ob die beabsichtigte sowie die realisierte Wohnung vor diesem Hintergrund die Zonenordnung einhalten oder allenfalls als Ausnahme bewilligt werden können, ist im Rahmen eines nachträglichen Baugesuchsverfahrens zu entscheiden. Der getätigte wie auch der begonnene Ausbau entsprechen jedenfalls nicht der rechtsgültigen Bewilligung und begründen somit einen formell rechtswidrigen Zustand.

4. Neben der formellen Baurechtswidrigkeit setzt der Erlass eines Benützungsverbotes nach Art. 46 Abs. 1 BauG weiter voraus, dass es die **Verhältnisse erfordern**. Auch die

¹¹ Baureglement der Gemeinde Port vom 28. September 1997, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung mit Verfügung vom 26. Mai 1998

Verfügung der Baueinstellung muss verhältnismässig, d.h. zum Schutz der öffentlichen Interessen geeignet und erforderlich und für den Betroffenen zumutbar sein. Die Formulierung im Gesetz eröffnet der Baupolizeibehörde einen gewissen Beurteilungsspielraum.¹² Ein Benützungsverbot ist unter anderem dann anzuordnen, wenn ein bösgläubiger Bauherr aus der Nutzung unrechtmässigen Vorteil ziehen könnte. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen das Benützungsverbot zugleich Dritte in unbilliger Weise treffen würde. Ein besonders strenger Massstab rechtfertigt sich bei krasser Bösgläubigkeit.¹³

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin insofern als bösgläubig zu gelten, als sie ohne entsprechende Bewilligung bauliche Vorkehren getroffen und wesentliche Zweckänderungen vorgenommen hat bzw. vornehmen will, von denen sie wissen musste, dass sie von der zuständigen Behörde als bewilligungspflichtig angesehen werden. Diese Ansicht gab die Gemeinde der Beschwerdeführerin bereits mit der ersten Baueinstellungsverfügung vom 22. November 2002 und dem nachfolgenden Projektänderungsverfahren zur Kenntnis. Zudem zieht die Beschwerdeführerin aus der widerrechtlichen Nutzung der Wohnräumlichkeiten einen unrechtmässigen Vorteil. Bei rechtmässigem Vorgehen hätte sie das Baugesuch einreichen und den positiven Bauentscheid abwarten müssen, bevor sie den Ausbau der Wohnräume hätte vornehmen dürfen. Der Verzicht auf eine Baueinstellung bzw. auf ein Benützungsverbot würde die Beschwerdeführerin gegenüber einer rechtmässig vorgehenden Bauherrschaft auf ungerechtfertigte Weise besser stellen, indem ihr die Erstellung und Vermietung der Wohnräume bereits zu einem Zeitpunkt ermöglicht würde, da deren Vereinbarkeit mit der baurechtlichen Gesetzgebung noch keineswegs beurteilt ist. Vor diesem Hintergrund erscheinen sowohl die verfügte Baueinstellung als auch das Benützungsverbot als verhältnismässig.

5. **Zusammenfassend** ergibt sich aus den Erwägungen, dass die Beschwerde abzuweisen und die vorinstanzlich verfügte Baueinstellung sowie das erlassene Benützungsverbot zu bestätigen sind.

¹² VGE 19202 vom 22. August 1994 i.S. B., E. 2

¹³ Aldo Zaugg, a.a.O., Art. 46 N. 7 m.w.H.

6. Die **Verfahrenskosten** bestehen aus einer Pauschalgebühr und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 103 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als unterliegend zu betrachten. Die Verfahrenskosten werden auf eine Pauschalgebühr von Fr. 400.- bestimmt und der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. **Parteikosten** werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügungen der Gemeinde Port vom 14. und 22. Juli 2004 werden bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 400.- bestimmt und der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung erfolgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____ (als Gerichtsurkunde)
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Port, Gemeindeverwaltung (als Gerichtsurkunde)
- Regierungsstatthalter von Aarberg, zur Kenntnis (A-Post)

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer

Regierungspräsidentin