

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2016/7

Bern, 14. April 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Frau Rechtsanwältin B. _____ und Herrn Rechtsanwalt C. _____,

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Rubigen, Worbstrasse 34, Postfach 192, 3113 Rubigen

vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Rubigen vom 21. Januar 2016 (BG 2015_09; Hundebetreuungsdienst, Benützungsverbot)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Liegenschaft Rubigen Grundbuchblatt Nr. E. _____. Die Parzelle befindet sich in der Wohn- und Gewerbezone A zwischen einer Bahnlinie und einer Kantonsstrasse. Im Herbst 2013 teilte die Beschwerdeführerin der Bauverwaltung der Gemeinde Rubigen mit, sie beabsichtige, einen Hundebetreuungsdienst mit Tages- und Ferienplätzen zu betreiben, und reichte eine entsprechende schriftliche Voranfrage ein. Mündlich erklärte sie der Bauverwaltung, sie verfüge über eine Ausbildung als Betreuerin für Tierheime mit maximal 19 Betreuungsplätzen; ihr Ziel sei die Betreuung von acht bis zehn Hunden täglich. Die Bauverwaltung informierte daraufhin die Beschwerdeführerin, es sei ein Baugesuch notwendig. Im Herbst 2014 erstellte die Beschwerdeführerin auf der Nordseite ihrer Parzelle drei Aussengehege.

2. Am 28. Februar 2015 reichte die Beschwerdeführerin ein Baugesuch ein für eine Umnutzung und das Errichten eines Tagesplatzes und Ferienheimes für maximal 19 Hunde. Die Bauverwaltung der Gemeinde Rubigen publizierte das Vorhaben und holte die notwendigen Fachberichte und Nebenbewilligungen ein. Am 22. April 2015 erhoben Nachbarn Einsprache gegen das Vorhaben.

Im Frühjahr 2015 nahm die Beschwerdeführerin ihre selbständige Erwerbstätigkeit und die Betreuung von Hunden auf. Nach ihren Angaben betreute sie vorerst nicht mehr als fünf fremde Hunde gleichzeitig, da für Tierheime mit maximal fünf Pflegeplätzen keine Bewilligung nach Art. 101 TSchV¹ erforderlich ist.

3. Im Herbst 2015 stellte die Bauverwaltung Rubigen fest, dass das Bauvorhaben auch eine Eisenbahnrechtliche Zustimmung erfordert. Sie ersuchte deshalb am 29. Oktober 2015 das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, das Baubewilligungsverfahren weiterzuführen. Dieses stellte mit Verfügung vom 11. November 2015 seine Zuständigkeit fest und gab den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu den von der Gemeinde eingeholten Amts- und Fachberichten.

Am 25. November 2015 stellten die Einsprecher bei der Gemeinde und beim Regierungsstatthalteramt den Antrag, es sei ein Benützungsverbot zu erlassen, da die Beschwerdeführerin ohne Bewilligung bereits Gehege erstellt habe und fremde Hunde betreue.

Mit Eingabe vom 30. November 2015 reichte die Beschwerdeführerin eine Projektänderung ein, mit der sie auf die gewerbliche Nutzung der erstellten Aussengehege verzichtete und die Hundebetreuung auf maximal acht Hunde beschränkte. Das Regierungsstatthalteramt stellte den Verfahrensbeteiligten am 4. Januar 2016 die Projektänderung zu und gab ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme. Gleichzeitig stellte sie der Beschwerdeführerin die Stellungnahmen der Einsprechenden und der Gemeinde zu und machte die Gemeinde Rubigen auf ihre baupolizeilichen Pflichten aufmerksam.

¹ Tierschutzverordnung vom 23. April 2008 (TschV; SR 455.1)

Am 11. Januar 2016 erteilte der Veterinärdienst des Kantons Bern der Beschwerdeführerin die Bewilligung für den gewerbsmässigen Umgang mit Tieren für maximal acht Hunde.

4. Mit Verfügung vom 21. Januar 2016 erliess die Bauverwaltung der Gemeinde Rubigen ein Benützungsverbot und untersagte mit sofortiger Wirkung die Nutzung der Liegenschaft Rubigen Grundbuchblatt Nr. E. _____ als Tagesplatz und Ferienheim für Hunde.

5. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 31. Januar 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

1. *Die Verfügung der Bauverwaltung Rubigen vom 21. Januar 2016 sei vollumfänglich aufzuheben.*
2. *Eventualiter: Ziff. 1 der Verfügung der Bauverwaltung Rubigen vom 21. Januar 2016 sei aufzuheben und das Benützungsverbot sei auf die Aussengehege im nördlichen Bereich der Parzelle Nr. E. _____ zu beschränken.*
3. *Eventualiter: Ziff. 1 der Verfügung der Bauverwaltung Rubigen vom 21. Januar 2016 sei aufzuheben und es sei die Anzahl der von der Beschwerdeführerin gleichzeitig gewerbsmässig betreuten Hunde auf maximal acht Hunde zu beschränken.*
4. *Verfahrensantrag: Der vorliegenden Beschwerde sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 27 VRPG die aufschiebende Wirkung zu erteilen; eventualiter seien anderweitige vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, welche den Betrieb des Hundebetreuungsdienstes der Beschwerdeführerin während der Dauer des Beschwerdeverfahrens regeln.*
5. *Verfahrensantrag: Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Ziff. 4 hiavor) sei superprovisorisch zu verfügen.*

Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, die Verfügung sei nichtig, da sie von dem dafür nicht zuständigen Bauverwalter unterzeichnet worden sei, ihr sei das rechtliche Gehör nicht gewährt worden und das Benützungsverbot sei unverhältnismässig.

6. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², erteilte der Beschwerde mit superprovisorischer Verfügung vom 1. Februar 2016 die aufschiebende Wirkung soweit die Betreuung von maximal fünf fremden Hunden betreffend. Gleichzeitig edierte das Rechtsamt die Vorakten, führte den Schriftenwechsel durch und gab den Einsprechenden, welche die baupolizeiliche Anzeige eingereicht hatten, Gelegenheit am Verfahren teilzunehmen. Die Einsprechenden verzichteten auf eine Teilnahme am Verfahren.

Die Gemeinde Rubigen beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 21. März 2016, die Verfahrensleitung sei aufgrund von Befangenheit ab sofort einer anderen Sachbearbeiterin des Rechtsamtes zu übertragen, die superprovisorische Verfügung sei abzuändern und das Betreiben einer Tierpension und damit die Aufnahme jeglicher fremder Hunde sei mit superprovisorischer Verfügung sofort zu untersagen und die Beschwerde sei abzuweisen.

7. Mit Verfügung vom 24. März 2016 wies das Rechtsamt das Gesuch der Gemeinde Rubigen um Erlass einer superprovisorischen Verfügung ab. Ebenfalls am 24. März 2016 lehnte die Amtsvorsteherin des Rechtsamtes als zuständige Vorgesetzte das Ablehnungsgesuch ab, übertrug aber die Verfahrensleitung aus organisatorischen Gründen auf eine andere Sachbearbeiterin.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden.

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Unterschriftsberechtigung des Bauverwalters

a) Die angefochtene Verfügung ist vom Bauverwalter der Gemeinde Rubigen unterzeichnet worden. Die Beschwerdeführerin rügt, dies falle nicht in dessen Zuständigkeit. Die Verfügung leide an einem schweren Mangel, der grundsätzlich die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge habe.

b) Baupolizeibehörde der Gemeinde ist grundsätzlich der Gemeinderat (Art. 25 Abs. 2 GG⁴). Die Gemeinde kann aber die entsprechenden Aufgaben und Befugnisse des Gemeinderats anderen Gremien oder dem Gemeindepersonal übertragen (Art. 27 und Art. 30 GG), wobei Verfügungsbefugnisse des Personals einer Grundlage in einem Erlass bedürfen (Art. 31 Abs. 2 GG). Dieser Erlass kann sowohl ein Reglement als auch – unter Vorbehalt einer entsprechenden Delegationsnorm – eine Verordnung sein.⁵

c) Die Gemeinde Rubigen erlaubt in Art. 13 ihrer Gemeindeordnung⁶ ausdrücklich, Entscheidungsbefugnisse durch Reglement oder Verordnung an Personen aus der Gemeindeverwaltung zu delegieren, wobei der entsprechende Erlass die delegierten Befugnisse oder Geschäfte oder Geschäftsbereiche im Einzelnen bezeichnen muss. Art. 53 der Gemeindeordnung hält dazu fest, dass der Gemeinderat eine Organisationsverordnung erlässt. In seiner Organisationsverordnung⁷ hat der Gemeinderat von Rubigen in Art. 41 geregelt, dass das zur Vertretung der Gemeinde befugte Personal hoheitlich handeln und Verfügungen erlassen darf. Die Aufgabenbereiche und Zuständigkeiten sind in den Anhängen zur Organisationsverordnung im Einzelnen festgehalten (Art. 23 und Art. 29 Organisationsverordnung). Laut diesen Anhängen ist der Leiter Bau- und Betriebe (Bauverwalter) die zuständige Person aus der

⁴ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11)

⁵ Daniel Arn, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999, Art. 31 N. 7

⁶ Gemeindeordnung beschlossen an der Urnenabstimmung vom 1. Juni 2008, in Kraft seit 1. Januar 2009

⁷ Organisationsverordnung vom 16. September 2003 mit Änderungen vom 4. Juni und 13. Oktober 2009 sowie vom 11. Dezember 2012

Gemeindeverwaltung für den Bereich Baupolizei und hat Verfügungsbefugnisse gemäss Art. 41 der Organisationsverordnung.

Der Bauverwalter der Gemeinde Rubigen war daher befugt, das angefochtene Benützungsverbot zu verfügen. Die Verfügung leidet nicht an einem formellen Mangel; die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

3. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, sie sei vor Erlass des Benützungsverbots nicht angehört worden; damit sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Gemeinde Rubigen hält dem entgegen, das Regierungsstatthalteramt habe der Beschwerdeführerin die Eingabe der Einsprechenden vom 25. November 2015, in der diese ein Benützungsverbot forderten, am 4. Januar 2016 zugestellt. Die Beschwerdeführerin hätte daher mit dem Erlass eines Benützungsverbots rechnen und sich von sich aus äussern müssen.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG⁸ gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Er bezweckt, die Wahrheitsfindung zu verbessern und ein faires Verfahren zu gewährleisten. Auf die Anhörung der Verfahrensbeteiligten kann verzichtet werden, wenn das Interesse an einer sofortigen Verfügung das Interesse an einer vorgängigen Anhörung überwiegt. Eine Gefahr, die sofortiges Handeln gebietet, darf aber nicht leichthin angenommen werden.⁹

c) Die Einsprechenden hielten am 25. November 2015 in einer Eingabe an die Bauverwaltung der Gemeinde Rubigen und an das Regierungsstatthalteramt fest, die Beschwerdeführerin habe ohne Bewilligung Aussengehege erstellt und die Betreuung fremder Hunde aufgenommen; es sei daher ein Benützungsverbot zu erlassen. Die Gemeinde reagierte nicht auf diesen Antrag. Das Regierungsstatthalteramt stellte daraufhin der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 4. Januar 2016 die Eingabe der

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁹ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 20

Einsprechenden zu und ersuchte die Gemeinde Rubigen, ihre baupolizeilichen Pflichten wahrzunehmen. Am 21. Januar 2016 erliess der Bauverwalter der Gemeinde Rubigen ein Benützungsverbot mit dem er der Beschwerdeführerin mit sofortiger Wirkung untersagte, die Parzelle Nr. E._____ als Tagesplatz und Ferienhaus für Hunde zu nutzen. Vor Erlass dieser Verfügung teilte der Bauverwalter der Beschwerdeführerin weder mit, dass er ein baupolizeiliches Verfahren eröffnet hatte, noch gab er ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit diesem Vorgehen hat die Gemeinde Rubigen den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt. Sie durfte nicht davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin bereits gestützt auf die Verfügung des Regierungsstatthalteramtes von sich aus von ihrem Recht, sich zur Sache zu äussern, Gebrauch macht. Die Beschwerdeführerin musste zwar aufgrund des Antrages der Einsprechenden und der Verfügung des Regierungsstatthalteramtes damit rechnen, dass die Gemeinde ein baupolizeiliches Verfahren eröffnet. Da diese aber sowohl auf den Antrag der Einsprechenden vom 25. November 2015 als auch auf die bereits in deren Einsprache vom 22. April 2015 und in einer Stellungnahme vom 13. August 2015 erhobene Forderung nach baupolizeilichen Massnahmen nicht reagiert hatte, musste sie nicht mit einem ohne Vorankündigung erlassenen sofortigen Benützungsverbot rechnen. Sie hatte keinen Anlass, selbst zu reagieren, und durfte davon ausgehen, dass ihr die Gemeinde Gelegenheit zur Stellungnahme gibt. Eine dringende Gefahr, die ein sofortiges Handeln der Baupolizeibehörde ohne Anhörung der Beschwerdeführerin geboten hätte, lag nicht vor. Dies wird von der Gemeinde auch nicht geltend gemacht.

Es ist nicht zu beanstanden, dass die Baupolizeibehörde der Gemeinde Rubigen ein baupolizeiliches Verfahren einleitete und allfällige Massnahmen prüfte; sie kam damit ihren gesetzlichen Aufgaben nach. Sie hat es aber zu Unrecht unterlassen, die Beschwerdeführerin darüber zu informieren und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Damit hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

d) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Bei besonders schwerwiegenden

Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung jedoch eine Heilung grundsätzlich aus.¹⁰ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹¹

Die Gehörsverletzung wurde im Verfahren vor der BVE, der als Beschwerdeinstanz die volle Überprüfungsbefugnis zukommt (Art. 66 Abs. 1 VRPG), geheilt. Die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, sich in ihrer Beschwerde zum Benützungsverbot zu äussern. Sie hat ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können. Es ist auch nicht anzunehmen, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf den Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens hatte, weshalb eine Aufhebung des Entscheids mit Rückweisung an die Vorinstanz zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung führen würde. Die Gehörsverletzung ist allerdings bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.

4. Benützungsverbot

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten; wenn es die Verhältnisse erfordern, kann sie ein Benützungsverbot erlassen (Art. 46 Abs. 1 BauG). Das Benützungsverbot als vorsorgliche Massnahme wird dann erlassen, wenn eine Baueinstellungsverfügung nutzlos ist, weil die Bauarbeiten bereits abgeschlossen sind oder keine nötig sind, wie bei Zweckänderungen.

Ein Benützungsverbot kann dann verfügt werden, wenn es aufgrund einer summarischen Prüfung als wahrscheinlich erscheint, dass ein formell rechtswidriger Zustand vorliegt und "es die Verhältnisse erfordern".¹² Es ist somit nicht jede bewilligungsbedürftige, aber (noch) nicht bewilligte Nutzung sofort zu untersagen. Gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts hat die zuständige Behörde zu prüfen, ob eine solche Massnahme verhältnismässig wäre. Steht bereits fest oder ist zumindest sehr wahrscheinlich, dass eine Nutzung materiell-rechtlich unzulässig ist, ist das Interesse der Bauherrschaft an einem (vorläufigen)

¹⁰ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 9

¹² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 6a und 7a

Weiterbetrieb kaum schutzwürdig. Ist dagegen die Nutzung möglicherweise bewilligungsfähig, also vielleicht nur formell unrechtmässig, kann es unverhältnismässig sein, den Betrieb sofort einzustellen. Unverhältnismässig kann eine sofortige Einstellung auch dann sein, wenn der Betrieb bereits lange Zeit unbeanstandet geführt und ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren eingeleitet worden ist.¹³ Ein vorsorgliches Benützungsverbot ist in der Regel zu verfügen, wenn durch die Benützung die Sicherheit oder Gesundheit von Menschen oder Tieren gefährdet wird, die Umwelt durch Emissionen oder Immissionen unzulässig belastet wird, erhebliche Sachwerte gefährdet sind oder eine bösgläubige Bauherrschaft aus der Nutzung unrechtmässigen Vorteil ziehen könnte.¹⁴ Nicht jeder bösgläubig erzielte unrechtmässige Vorteil erfordert aber zwingend den Erlass eines Benützungsverbotes. Ist bereits ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren hängig, kann es aus Gründen der Verhältnismässigkeit vielmehr geboten sein, einer Bauherrschaft eine strittige Nutzung bis zum definitiven Entscheid im Bewilligungsverfahren vorläufig offen zu halten. Dies vor allem dann, wenn in absehbarer Zeit mit einem Entscheid im Baubewilligungsverfahren gerechnet werden kann. Diesfalls müssten dringliche und schwergewichtige Interessen für ein sofortiges Benützungsverbot vorhanden sein, wie die Gefährdung der Umwelt oder der Sicherheit von Menschen oder Tieren.¹⁵

b) Die Beschwerdeführerin hat ohne Baubewilligung ihre Liegenschaft teilweise umgenutzt und den Betrieb eines Hundebetreuungsdienstes aufgenommen. Damit liegt ein formell rechtswidriger Zustand vor. Dies ist unbestritten. Die Beschwerdeführerin musste zudem seit der Beantwortung ihrer Voranfrage wissen, dass ihr Vorhaben eine Baubewilligung erfordert und hat dementsprechend im Februar 2015 auch ein Baugesuch eingereicht. Sie gilt daher im baurechtlichen Sinne als bösgläubig. Dies allein rechtfertigt aber nicht ohne weiteres den Erlass eines vollständigen und sofortigen Benützungsverbotes; dafür müssten zusätzlich Gründe vorliegen.

Der von der Beschwerdeführerin zur Zeit ohne Baubewilligung betriebene Hundebetreuungsdienst gefährdet weder Umwelt noch Menschen, Tiere oder erhebliche Sachwerte. Dies wird von der Gemeinde Rubigen auch nicht geltend gemacht. Die Gemeinde verweist einzig auf die Bösgläubigkeit der Beschwerdeführerin und deren Möglichkeit, aus der unbewilligten Nutzung einen unrechtmässigen Vorteil zu erzielen. Ein

¹³ VGE 21570/21571 vom 22.1.2003, E. 3.b, VGE 19195 vom 24.3.1995 E. 4, VGE 23088 vom 1.2.2008 E. 6

¹⁴ Zum Ganzen auch Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 7

¹⁵ VGE 21570/21571 vom 22.1.2003, E. 3.b und 3.d, VGE 19195 vom 24.3.1995 E.4c/aa

unrechtmässig erzielter Vorteil rechtfertigt aber nicht ohne weiteres den Erlass eines sofortigen Benützungsverbots. Es sind die Begleitumstände zu berücksichtigen und es ist zu prüfen, ob eine solche Massnahme verhältnismässig ist.

c) Die Beschwerdeführerin hat im Februar 2015 ein Baugesuch eingereicht und das Baubewilligungsverfahren ist bereits weit fortgeschritten. Laut Stellungnahme des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland vom 26. Februar 2016 ist voraussichtlich Ende Juni 2016 mit einem Entscheid zu rechnen. Die eingeholten Amts- und Fachberichte stehen einer Erteilung der Baubewilligung nicht entgegen. Den Bedenken der Nachbarn und der Beurteilung der Fachstelle der Kantonspolizei betreffend Lärmimmissionen hat die Beschwerdeführerin Rechnung getragen und eine Projektänderung eingereicht. Mit dieser verzichtet sie auf die gewerbliche Nutzung der Aussengehege auf der Nordseite ihrer Parzelle und beschränkt die Anzahl der betreuten Hunde wie von der Kantonspolizei gefordert auf maximal acht. Aus diesen Gründen ist das Vorhaben der Beschwerdeführerin möglicherweise bewilligungsfähig. Die Gemeinde Rubigen beantragt denn auch in ihrer Stellungnahme vom 25. Januar 2015 an das Regierungsstatthalteramt, die Projektänderung sei zu bewilligen. Unter diesen Umständen wäre ein Benützungsverbot, das der Beschwerdeführerin faktisch die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit vollständig untersagt und damit sehr einschneidend ist, nur verhältnismässig, wenn dringliche und schwergewichtige Interessen dafür sprächen. Solche Interessen sind aber nicht vorhanden und werden von der Gemeinde auch nicht geltend gemacht. Ein Benützungsverbot, das die sofortige und vollständige Einstellung des Betriebs der Beschwerdeführerin, den diese seit fast einem Jahr betreibt, ist daher unverhältnismässig. Nicht ausgeschlossen ist dagegen, dass ein teilweises Benützungsverbot erforderlich und verhältnismässig ist.

d) Die Beschwerdeführerin hat bisher maximal fünf fremde Hunde gleichzeitig betreut. Sie hat aber im Baubewilligungs- und im Beschwerdeverfahren mehrfach erklärt, sie beabsichtige, künftig bis zu acht Hunde gleichzeitig aufzunehmen. Diese Anzahl Tiere hat sie auch in ihrem Projektänderungsgesuch genannt. Seit dem 11. Januar 2016 ist sie nun im Besitz einer Bewilligung für den gewerbsmässigen Umgang mit Tieren, gemäss der sie bis acht Hunde gleichzeitig betreuen darf. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin beabsichtigt, bereits vor dem Entscheid im Baubewilligungsverfahren ihren Hundebetreuungsdienst zu erweitern. Dass eine solche Absicht bestehen könnte, zeigt auch das von ihr im Beschwerdeverfahren gestellte Eventualbegehren, wonach die Anzahl der gewerbsmässig betreuten Hunde auf acht zu beschränken sei. Die Erweiterung

des unbewilligten Betriebes würde aber zu einer Verstärkung der formellen Rechtswidrigkeit und zu zusätzlichen Auswirkungen für die Nachbarn führen und die Beschwerdeführerin könnte zusätzliche unrechtmässige Vorteile erzielen. Dies ist zu verhindern. Ein Benützungsverbot, das der Beschwerdeführerin die Nutzung ihrer Liegenschaft zur gewerbsmässigen Betreuung von mehr als fünf fremden Hunden untersagt, ist daher erforderlich und auch geeignet, um eine Verstärkung des rechtswidrigen Zustandes zu verhindern. Da damit nicht eine vollständige Betriebseinstellung erfolgt und der Hundebetreuungsdienst in dem Umfange, wie er seit längerer Zeit geführt wird, vorläufig möglich bleibt, ist ein solches Verbot der Beschwerdeführerin auch zumutbar und damit verhältnismässig.

e) Aus diesen Gründen ist die Verfügung der Gemeinde Rubigen vom 21. Januar 2016 abzuändern und der Beschwerdeführerin ist die Nutzung ihrer Liegenschaft zur gewerbsmässigen Betreuung von mehr als fünf fremden Hunden gleichzeitig zu untersagen.

5. Aufschiebende Wirkung

a) Benützungsverbote im Sinne von Art. 46 Abs. 1 BauG sind von Gesetzes wegen sofort vollstreckbar. Eine Beschwerde dagegen hat daher keine aufschiebende Wirkung. Die instruierende Behörde kann jedoch im Beschwerdeverfahren auf Antrag oder von Amtes wegen einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen.¹⁶

b) Die Beschwerdeführerin beantragte, ihrer Beschwerde sei mittels einer vorsorglichen Massnahme die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dies sei superprovisorisch zu verfügen. Das Rechtsamt der BVE hiess das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung gut und erteilte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung soweit die Betreuung von maximal fünf fremden Hunden umfassend.

c) Eine superprovisorische Verfügung ist nach der anschliessenden Anhörung der Gegenpartei durch eine ordentliche vorsorgliche Massnahme zu ersetzen oder

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 4

aufzuheben. Dies erübrigt sich vorliegend. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird mit diesem Entscheid gegenstandslos.

6. Kosten

a) Die Anträge der Beschwerdeführerin werden teilweise gutgeheissen und das Benützungsverbot wird aufgehoben, soweit es die gewerbsmässige Betreuung von fünf fremden Hunden betrifft. Weiter ist die Beschwerdeführerin mit ihrem Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung teilweise durchgedrungen und die Gemeinde Rubigen mit dem Antrag, die superprovisorische Verfügung sofort zu ändern, unterlegen. Die Gemeinde Rubigen unterliegt daher zum überwiegenden Teil. Zudem ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu berücksichtigen. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, der Beschwerdeführerin einen Viertel der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Verfahrenskosten für das Verfahren inklusive der Zwischenverfügungen vom 1. Februar 2016 und 24. März 2016 werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'200.00 (Art. 103 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG¹⁷ in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁸). Davon hat die Beschwerdeführerin Fr. 300.00 zu bezahlen. Der Gemeinde Rubigen können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 900.00 trägt daher der Kanton.

b) Die Gemeinde Rubigen hat im Umfange ihres Unterliegens der Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Anwältin der Beschwerdeführerin macht in der Hauptsache ein Honorar von Fr. 3'000.00 zuzüglich Auslagen von Fr. 173.80 sowie Mehrwertsteuern von Fr. 253.90 und für das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ein Honorar von Fr. 800.00 zuzüglich Mehrwertsteuern von Fr. 64.00 geltend (total ausmachend Fr. 4'291.70). Dies gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Gemeinde Rubigen hat somit der Beschwerdeführerin Parteikosten in der Höhe von Fr. 3'218.80 zu ersetzen. Die Gemeinde dagegen hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 VRPG).

¹⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziff. 1 der Verfügung der Gemeinde Rubigen vom 21. Januar 2016 wird wie folgt geändert:

"Die Nutzung der Liegenschaft Rubigen Grundbuchblatt Nr. E._____ zur gewerbsmässigen Betreuung von mehr als fünf fremden Hunden gleichzeitig ist untersagt."

Im Übrigen wird die Verfügung der Gemeinde Rubigen vom 21. Januar 2016 bestätigt.

2. Die Beschwerdeführerin hat Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 300.00 zu bezahlen. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist
3. Die Gemeinde Rubigen hat der Beschwerdeführerin einen Parteikostenbeitrag in der Höhe von Fr. 3'218.80 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin B._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher D._____, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin

