

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/64

Bern, 12. Dezember 2018

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

**Baupolizeibehörde der Gemeinde Saxeten, Gemeindeverwaltung, Niedermatte 115b,
3813 Saxeten**



betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Saxeten vom
21. September 2018 (Benützungsverbot)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist seit Januar 2015 Eigentümerin der Parzellen Saxeten Grundbuchblatt Nrn. B. _____ und C. _____ und den zwei Hälften des darauf stehenden Bauernhauses an der D. _____. Gemäss Bauinventar ist das Bauernhaus erhaltenswert und Teil einer Baugruppe.¹ Nachdem die Gemeinde Saxeten wegen diversen laufenden Umbauarbeiten an der Liegenschaft D. _____ (u.a. die Änderung der Türen am Keller) am 17. Dezember 2015 eine Baueinstellungsverfügung erlassen hatte, reichte die Beschwerdeführerin verschiedene Baugesuche ein, welche den formellen Anforderungen der Gemeinde nicht genügten. Zudem vertrat die Gemeinde die Ansicht, es handle sich beim Vorhaben der Beschwerdeführerin um einen Neubau von zwei Wohnungen, die nur als Erstwohnungen bewilligt werden könnten.² Am 9. August 2018

¹ Vorakten Gemeinde, Beilage 64

² Vgl. Vorakten Gemeinde, insbesondere Beilagen 61 und 42

führte die Gemeinde Saxeten zusammen mit dem für die Beschwerdeführerin einzelzeichnungsberechtigten E._____ und Vertretern des Regierungsstatthalteramtes Interlaken Oberhasli eine Begehung der Liegenschaft D._____ durch. Anlässlich dieser Begehung stellte die Gemeinde fest, dass für den bereits anlässlich der Begehung vom 1. Dezember 2016 festgestellten Einbau einer Dusche und einem WC im UG Kellergeschoss nach wie vor eine Baubewilligung fehle. Zudem sei die Wohnung im Erdgeschoss trotz rechtskräftig verfügbarer Baueinstellung komplett saniert worden und werde an Touristen vermietet. Mit Verfügung vom 21. September 2018 erliess die Gemeinde gegenüber der Beschwerdeführerin ein vorläufiges Benützungsverbot für die Wohnung im 1. OG sowie die Räumlichkeiten im UG/Kellergeschoss der Liegenschaft D._____. Sie teilte zudem insbesondere mit, sie beabsichtige, ein Verfahren auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes einzuleiten und gewährte der Beschwerdeführerin dazu bis am 5. Oktober 2018 das rechtliche Gehör.

2. Gegen diese Verfügung reichte E._____ am 9. Oktober 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Das Benützungsverbot ist per sofort aufzuheben.
2. Unbefugtes Ablagern von Schnee, Vertreiben von Feriengästen und weiteres Schädigen des Hauses und des Gewerbes sind unter Strafandrohung zu unterlassen.
3. Die Gemeinde hat baugesetzlich bewilligungspflichtige Arbeiten nachzuweisen und nicht zu behaupten.
4. Es ist festzustellen, dass das Zweitwohnungsgesetz nicht auf die vorgenommenen Arbeiten anzuwenden ist."

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, verlangte eine mit Firmenunterschrift unterzeichnete Beschwerde und bei der Gemeinde die Vorakten ein. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁴ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. E._____ reichte zuerst Beschwerde in eigenem Namen ein, obwohl das Grundstück im Eigentum der Beschwerdeführerin steht und sich die angefochtene Verfügung an sie richtet. Das Rechtsamt der BVE setzte E._____ daher eine kurze Frist an, um die Beschwerde im Namen der Beschwerdeführerin, für die er einzelzeichnungsberechtigt ist, einzureichen. Nach Ablauf der Frist reichte E._____ die korrekt unterzeichnete Beschwerde nach. Er begründete die Verspätung im Namen der Beschwerdeführerin damit, dass er länger landesabwesend gewesen sei und sein Vater die Verfügung für ihn entgegengenommen habe ohne ihn zu informieren. Die Unterschrift der Empfangsperson für die massgebliche Verfügung auf der Sendungsinformation entspricht nicht derjenigen von E._____. Es ist daher davon auszugehen, dass tatsächlich sein Vater die Sendung entgegengenommen hat. Gemäss Art. 719 OR⁵ haben die Vertreter einer AG Schriftstücke so zu unterzeichnen, dass sie der Firma der Gesellschaft ihre Unterschrift beifügen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift.⁶ Unter diesen Umständen kann die Beschwerde als form- und fristgerecht eingereicht gelten. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert.

b) Vorliegend ist die baupolizeiliche Verfügung vom 21. September 2018 der Vorinstanz angefochten. Darin untersagt die Gemeinde Saxeten der Beschwerdeführerin die Benützung der Wohnung im 1. OG sowie der Räumlichkeiten im UG/Kellergeschoss und gewährt der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör zum Verfahren auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Neben Anträgen im Zusammenhang mit dem Benützungsverbot beantragt die Beschwerdeführerin auch, unbefugtes Ablagern von Schnee, Vertreiben von Feriengästen und weiteres Schädigen des Hauses und des Gewerbes seien unter Strafandrohung zu unterlassen.

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220)

⁶ Rolf Watter, Basler Kommentar OR II, Art. 719 N. 2

Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gelten somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁷

Anfechtungsobjekt ist nur das von der Gemeinde am 21. September 2018 ausgesprochene Benützungsverbot. Die von der Beschwerdeführerin beantragten Verbote unter Strafdrohung betreffen nicht das angefochtene Benützungsverbot. Deshalb kann auf diese Vorbringen nicht eingetreten werden.

c) Die Beschwerdeführerin beantragt zudem, es sei festzustellen, dass das Zweitwohnungsgesetz nicht auf die vorgenommenen Arbeiten anzuwenden ist. Feststellungsverfügungen sind gegenüber leistungsverpflichtenden und rechtsgestaltenden Verfügungen subsidiär. Wenn die gesuchstellende Person ihr schutzwürdiges Interesse mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren wahren kann, so muss sie ein solches und nicht nur ein auf Feststellung gerichtetes Begehren stellen, sofern ihr daraus nicht unzumutbare Nachteile entstehen. Ein anderes Vorgehen wäre unökonomisch, weil es nach der Feststellung des Bestehens behaupteter Ansprüche zu deren Durchsetzung eines weiteren Verfahrens bedürfte.⁸

Im vorliegenden Fall wird über die Anwendbarkeit des ZWG⁹ im Rahmen des Wiederherstellungs- oder des nachträglichen Baugesuchsverfahrens zu befinden sein. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens, welches nur eine summarische Einschätzung der Situation verlangt, ist nicht abschliessend zu beurteilen, inwieweit das ZWG anzuwenden ist. Der Beschwerdeführerin entsteht dadurch auch kein unzumutbarer Nachteil, zumal ihr Bauvorhaben gemäss den nachfolgenden Erwägungen so oder anders der Baubewilligungspflicht zu unterliegen scheint. Auf das entsprechende Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin wird daher nicht eingetreten.

⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 20

⁹ Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702)

2. Benützungsverbot, Grundsätze

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten; sie kann ein Benützungsverbot erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern. Diese Verfügungen sind sofort vollstreckbar (Art. 46 Abs. 1 BauG).

b) Laut konstanter Praxis kann ein Benützungsverbot dann erlassen werden, wenn ein formell rechtswidriger Zustand vorliegt.¹⁰ 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. Es greift Platz, wenn eine Baueinstellungsverfügung nutzlos wäre, weil die Bauarbeiten bereits abgeschlossen sind, und es wirkt solange, bis feststeht, ob eine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden kann oder zur Wiederherstellung geschritten werden muss. Der Sinn eines solchen Benützungsverbotes 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.¹¹ Als vorsorgliche Massnahme mit sofortiger Wirkung kann das Benützungsverbot erlassen werden, wenn es die Verhältnisse erfordern. Die Formulierung im Gesetz eröffnet der Baupolizeibehörde einen gewissen Beurteilungsspielraum und damit die Möglichkeit, Verhältnismässigkeitsaspekte zu berücksichtigen. Mit einzubeziehen ist dabei, ob die Nutzung möglicherweise bewilligungsfähig ist. Die Voraussetzungen zum Erlass eines Benützungsverbotes sind u.a. dann gegeben, 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.¹²

Bezüglich der Anforderungen an den Nachweis der Rechtswidrigkeit der Nutzung genügt, dass aufgrund einer summarischen Prüfung die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit als

¹⁰ Heidi Walther, Das Rechtsamt kommentiert aktuelle Entscheide, Das baupolizeiliche Benützungsverbot/Teil II, KPG-Bulletin 5/1992, S. 27

¹¹ Heidi Walther, Das Rechtsamt kommentiert aktuelle Entscheide, Das baupolizeiliche Benützungsverbot/Teil I, KPG-Bulletin 4/1992, S. 17

¹² BVR 2003 S. 455 E. 4; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 7

wahrscheinlich (glaubhaft) erscheint; ein schlüssiger Beweis ist erst im nachfolgenden Wiederherstellungsverfahren erforderlich. Dies gilt, soweit es sich bloss um ein vorsorgliches Benützungsverbot handelt und das Wiederherstellungsverfahren nach Art. 46 Abs. 2 BauG innert nützlicher Frist erfolgt.¹³ Entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin, wonach die Gemeinde baugesetzlich bewilligungspflichtige Arbeiten nachzuweisen und nicht zu behaupten habe, ist damit im vorliegenden Verfahren kein voller Beweis für das Vorliegen der tatbestandsmässigen Voraussetzungen erforderlich.¹⁴

3. Benützungsverbot EG

a) Das Haus der Beschwerdeführerin verfügt über dem Kellergeschoss im UG über zwei weitere Geschosse. Im vorliegenden Verfahren wird das über dem UG liegende Geschoss EG und das oberste Geschoss OG genannt.

b) Die Beschwerdeführerin bringt gegen das Benützungsverbot vor, die Wohnung im EG sei stets bewohnbar gewesen und der Ersatz einer Küche, des Bades und des Holzofens brauche keine Bewilligung und "falle nicht unter das Zweitwohnungsgesetz". Sie beruft sich auf eine Baubewilligung vom 27. Juli 1998 und das dazugehörige Abnahmeprotokoll.

c) Die Gemeinde begründet das Benützungsverbot im EG damit, die Beschwerdeführerin habe die gemäss Aktennotiz der Begehung vom 1. Dezember 2016 unbewohnbare Wohnung im Erdgeschoss ohne eine Baubewilligung und ungeachtet der rechtskräftig verfügten Baueinstellung komplett saniert und vermiete diese an Touristen. Dies obwohl die Gemeindebaupolizeibehörde und das Regierungsstatthalteramt von Anfang an darauf aufmerksam gemacht hätten, dass eine entsprechende Baubewilligung nur mit zweitwohnungsrechtlichen Nutzungsauflagen möglich sein werde.¹⁵ Die Gemeinde legt weder Fotos vor, welche den Zustand der Wohnung im EG vor der Sanierung zeigt, noch nimmt sie im Beschwerdeverfahren zu der von der Beschwerdeführerin eingereichten und in den Akten vorhandenen Baubewilligung vom 27. Juli 1998 und dem Protokoll

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 7a und 6b

¹⁴ VGE 22649 vom 28.12.2006, E. 2.2

¹⁵ Angefochtene Verfügung Ziff. 19

Baukontrolle Stellung. In einer Aktennotiz hielt die Gemeinde fest, unmittelbare Nachbarn wüssten zu berichten, dass in früheren Jahren nur der untere Teil (EG) des Wohnhauses bewohnt worden sei. Oben (OG) sei ein Gaden gewesen. Irgendwann sei der Gaden zu Wohnraum umgebaut worden und seither sei die untere Wohnung (EG) nicht mehr bewohnt worden. Im Jahr 1988 sei eine Baubewilligung für den Einbau eines WCs und einer Küchenkombination im OG beantragt und auch bewilligt worden. Die obere Wohnung (OG) habe fortan nur noch dem Ferienaufenthalt der damaligen Besitzer gedient. Die untere Wohnung (EG) stehe seit Jahrzehnten leer und sei unbewohnt.¹⁶

d) Am 27. Juli 1998 erteilte die Gemeinde Saxeten für das Gebäude D._____ eine Baubewilligung für das Renovieren und den Einbau eines Badezimmers und einer Küche einer bestehenden Wohnung und das Erneuern der Südfassade sowie das Erstellen von Parkplätzen. Gemäss den Plänen handelt es sich dabei um die "Renovation Wohnung Parter". Im Fassadenplan Ost ist der Neubau von zwei Türen und Fenstern im Kellergeschoss vorgesehen und der Grundriss zeigt eine Wohnraumerweiterung für eine grosse Wohnküche und ein Bad, welche gemäss Formular 1.0.1 des Baugesuchs 30 m² betrug. Zudem ist auf dem Grundriss, nicht hingegen auf den Fassadenplänen, eine Aussentreppe ersichtlich. Das Protokoll Baukontrollen vom September 1998 bestätigt die Fertigstellung dieses Bauvorhabens.¹⁷

Die Gemeinde spricht in der erwähnten Aktennotiz nur von einer Bewilligung für die Umnutzung des Gadens in eine Wohnung im OG, nennt dafür aber das Jahr 1988. Die Gemeinde erteilte aber am 27. Juli 1998 die Baubewilligung für die Renovation einer bestehenden Wohnung, weshalb damit kaum die Umnutzung des Gadens im OG gemeint sein kann. Aufgrund der vorliegenden Akten erscheint damit wahrscheinlich, dass sich die bewilligte "Renovation Parter" auf die Wohnung im EG bezieht.

Das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung vom 27. Juli 1998 scheint hingegen nicht vollständig umgesetzt worden zu sein: Auf dem Foto des Eintrags des Bauinventars vom Juli 2003 und der ersten Beschwerdebeilage sind zwar die zwei Türen und Fenster im Kellergeschoss gemäss den Plänen der Baubewilligung vom 27. Juli 1998 sowie eine Erneuerung der Fassade Ost auf der Höhe EG ersichtlich, nicht aber die auf dem

¹⁶ Nachtrag zur Aktennotiz, Vorakten Beilage 37

¹⁷ Vorakten Gemeinde, Beilage 58

Grundrissplan von 1998 vorgesehene Aussentreppe.¹⁸ Gestützt auf diese Bilder kann auch nicht beurteilt werden, ob die Südfassade erneuert wurde. Die Beschwerdeführerin räumte zudem im Verlaufe des Verfahrens selbst ein, dass die Arbeiten noch nicht vollständig abgeschlossen gewesen seien.¹⁹ Der Grundriss der Wohnung im EG gemäss den im aktuellen Verfahren eingereichten Plänen entspricht auch nicht dem genehmigten Grundrissplan der "Wohnung Parterr" aus dem Jahr 1998. Nebst der kleineren Küche und Bad sehen die neuen Pläne anstelle von drei Zimmern drei Schlaf- und ein Wohnzimmer vor. Zudem fehlt auf den neuen Plänen der Gang gemäss genehmigtem Grundriss von 1998 zwischen Küche und Bad und den übrigen Räumen.²⁰

Gemäss Bauinventar ist das Bauernhaus erhaltenswert und Teil einer Baugruppe.²¹ Erhaltenswerte Baudenkmäler sind in ihrem äusseren Bestand und mit ihren bedeutenden Raumstrukturen zu bewahren (Art. 10b Abs. 3 BauG). Betrifft ein Bauvorhaben ein Baudenkmal und ist das entsprechende Schutzinteresse betroffen, ist es baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 2 BewD²²).²³ Die von der Beschwerdeführerin in ihren (formell ungenügenden) Baugesuchen beantragten Änderungen sehen gegenüber den 1998 bewilligten Plänen erhebliche Änderungen der Raumstrukturen vor (vgl. oben). Insbesondere bestanden gemäss Plan von 1998 drei Zimmer, gemäss aktuellen Plänen hingegen vier. Da die Beschwerdeführerin bereits Umbauarbeiten vorgenommen hat und diese mit Fotos in den Beschwerdebeilagen dokumentiert, ist im Rahmen des Verfahrens um ein vorsorgliches Benutzungsverbot davon auszugehen, dass sie diese Raumstrukturen bereits geändert hat. Da sie diese Änderungen ohne Baubewilligung vorgenommen hat, liegt eine formelle Rechtswidrigkeit bezüglich der Wohnung im EG vor.

Es kann daher vorliegend offen bleiben, ob die Sanierung der Wohnung im EG gestützt auf das ZWG baubewilligungspflichtig ist oder als altrechtliche Wohnung der Baubewilligungspflicht nicht untersteht.²⁴

¹⁸ Vorakten Gemeinde, Beilage 64

¹⁹ Vorakten Gemeinde, Beilage 15

²⁰ Vorakten Gemeinde, Beilagen 44, 50 und 58

²¹ Vorakten Gemeinde, Beilage 64

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

²³ Vgl. dazu auch Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG) Nr. 7/725.1/1.1, Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG, Ziff. 1d (abrufbar unter: <www.bsig.jgk.be.ch>)

²⁴ Vgl. dazu Jäger/Hauser, in Stämpfli Handkommentar SHK, 2017, Art. 13 ZWG N. 6 und 9

e) Im vorliegenden Verfahren kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob die erfolgte Sanierung aus Sicht der Denkmalpflege bewilligt werden kann. Die Gemeinde bestreitet zudem, dass die Wohnung im EG als Zweitwohnung benutzt werden darf. Die Gemeinde verneint den Besitzstand mit der Begründung, die Wohnung sei mehrere Jahre leer gestanden und genüge den heutigen Komfortansprüchen nicht mehr.²⁵ Mit Blick auf die Praxis zu Art. 11 Abs. 1 ZWG ist fraglich, ob dies zutrifft.²⁶ Ob die Nutzung als Zweitwohnung unzulässig ist, wird die Gemeinde im nachträglichen Baugesuchsverfahren oder Wiederherstellungsverfahren zu prüfen haben, da dies für die Beurteilung der Notwendigkeit eines Benützungsverbots nicht entscheidend ist: Denn es gelingt der Gemeinde glaubhaft zu machen, dass die Beschwerdeführerin trotz rechtskräftiger Baueinstellungsverfügung im EG eine baubewilligungspflichtige Sanierung vornahm. Obwohl die Gemeinde die Beschwerdeführerin mehrfach aufforderte, ein formell korrektes Baugesuch einzureichen,²⁷ liegt ein solches bis heute nicht vor. Die Beschwerdeführerin reichte zwar verschiedene Baugesuche ein und vertröstete die Gemeinde immer wieder, zuletzt mit der Ankündigung eines "komplett neuen Konzepts für das Haus" und der Notwendigkeit, einen Wasserschaden zu beheben, welcher alle Stockwerke überschwemmt habe.²⁸ Schlussendlich widersetzte sie sich einer Baukontrolle.²⁹ Erst gestützt auf eine durch die BVE bestätigte Betretungsermächtigung des Regierungsstatthalteramtes Interlaken-Oberhasli konnte die Baukontrolle am 9. August 2018 stattfinden.³⁰ Aufgrund dieser Vorgeschichte, der anlässlich der Baukontrolle angetroffenen Situation und angesichts der Bösgläubigkeit der Beschwerdeführerin hat die Gemeinde ihren Ermessenspielraum mit der Anordnung des Benützungsverbots nicht überschritten, da sie damit verhindert, dass die bösgläubige Bauherrin aus der Vermietung einen unrechtmässigen Vorteil zieht.

4. Benützungsverbot UG

²⁵ Vgl. insb. Vorakten Gemeinde, Beilage 60

²⁶ Vgl. dazu Pfammatter, in Stämpfli's Handkommentar SHK, 2017, Art. 11 N. 4 und 6

²⁷ Vorakten Gemeinde, Beilage 41 ff.

²⁸ Vorakten Gemeinde, Beilage 32; 29 f.

²⁹ Vorakten Gemeinde, Beilage 23

³⁰ Vorakten Gemeinde, Beilagen 3 ff.

a) Das Haus der Beschwerdeführerin verfügt über ein Kellergeschoss sowie zwei weitere Geschosse. Im vorliegenden Verfahren wird das Kellergeschoss UG genannt.

b) Die Gemeinde begründet das Benützungsverbot für das UG in der angefochtenen Verfügung damit, dass die Beschwerdeführerin ohne Baubewilligung eine Dusche und ein WC eingebaut habe. Die Beschwerdeführerin brachte gegen das Benützungsverbot vor, den Keller werde sie als Waschküche benutzen, dazu brauche sie keine Bewilligung.³¹

c) Die Gemeinde dokumentiert den aktuellen Zustand des UG zwar nicht mit Fotos. Gemäss (rechtskräftiger) Baueinstellungsverfügung vom 17. Dezember 2015 hatte die Beschwerdeführerin jedoch mit Umbauarbeiten des Kellers in eine Wohnung begonnen.³² Zudem liegt eine Aktennotiz der Begehung vom 9. August 2018 vor, wonach die Beschwerdeführerin bereits vor der letzten Begehung vom 1. Dezember 2016 eine Dusche und ein WC eingebaut habe. Dieses Protokoll eröffnete die Gemeinde der Beschwerdeführerin mit dem angefochtenen Entscheid und gewährte ihr das rechtliche Gehör. Weder in der Eingabe vom 5. Oktober 2018 an die Gemeinde noch in der Beschwerde an die BVE bestritt die Beschwerdeführerin diese baulichen Massnahmen.³³ Damit gelingt es der Gemeinde, den Einbau einer Dusche und eines WCs im UG glaubhaft zu machen.

Der Einbau der Dusche und des WCs im UG Kellergeschoss ist baubewilligungspflichtig, da damit neu eine Wohnnutzung ermöglicht wird und deshalb eine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung vorliegt (Art. 1a Abs. 2 BauG; Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD). Die Beschwerdeführerin muss sich hier die Nutzungsmöglichkeit anrechnen lassen, die ihr der Einbau von Dusche und WC bei objektiver Betrachtungsweise eröffnet, auch wenn sie erklärt, das UG als Waschküche benutzen zu wollen.³⁴ Entscheidend ist, dass die Wohnnutzung durch den Einbau von Dusche und WC objektiv ermöglicht wurde und einzig im Hinblick auf eine allfällige Wohnnutzung überhaupt sinnvoll ist.³⁵ Die formelle Rechtswidrigkeit des Einbaus von Dusche und WC muss daher für das vorliegende Verfahren bejaht werden.

³¹ Vorakten Gemeinde, Beilage 1

³² Vorakten Gemeinde, Beilage 61

³³ Vorakten Gemeinde, Beilagen 1-3

³⁴ Vorakten Gemeinde, Beilage 1

³⁵ VGE 19369 vom 26.04.1996, E. 3b

d) Bezüglich der Frage, ob die Verhältnisse ein Benützungsverbot erfordern, kann auf das unter Ziffer 3e) Gesagte verwiesen werden. Die zusätzliche Wohnfläche im Keller ist wohl nicht bewilligungsfähig, zumal sie aufgrund fehlender Raumhöhe eine Ausnahmegewilligung benötigt. Ausserdem sind insbesondere die Bestimmungen zum Schutz vor Feuchtigkeit (Art. 66 BauV³⁶) und des ZWG einzuhalten.³⁷ Dies alles wird die Gemeinde im nachträglichen Baugesuchs- oder Wiederherstellungsverfahren zu prüfen haben. Für die Beurteilung der Notwendigkeit eines Benützungsverbots ist die Frage der Bewilligungsfähigkeit hingegen nicht entscheidend: Aufgrund der Unterlagen erscheint wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin Dusche und Bad trotz rechtskräftigem Baustopp eingebaut bzw. fertiggestellt hat (vgl. oben Ziffer 4c). Damit hat die Gemeinde ihren Ermessensspielraum mit der Anordnung des Benützungsverbots so oder anders nicht überschritten, da sie damit verhindert, dass die bösgläubige Bauherrin aus der Vermietung einen unrechtmässigen Vorteil zieht. Im Übrigen beabsichtigt die Beschwerdeführerin momentan nur eine Nutzung als Waschküche³⁸, was ihr weiterhin erlaubt ist.

5. Wiederherstellungsverfahren

Gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG setzt die Baupolizeibehörde nach Erlass eines Benützungsverbots dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Das Benützungsverbot als vorsorgliche Massnahme muss innert nützlicher Frist durch einen Wiederherstellungsentscheid/nachträglichen Bauentscheid abgelöst werden.³⁹ Die Gemeinde hat daher das Verfahren voranzutreiben. Sinnvoll erscheint, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, wie dies die Gemeinde angestrebt hat. Die Beschwerdeführerin ist gehalten, ein vollständiges Baugesuch mit fachmännisch erstellten Plänen einzureichen. Die Anforderungen an Baugesuchseingaben ergeben sich aus Art. 10 ff. BewD. Die von der Gemeinde angesetzte Frist bis 5. Oktober 2018 zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist abgelaufen und wird von Amtes wegen neu bis 18. Januar 2019

³⁶ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

³⁷ Vgl. dazu Vorakten Gemeinde, Beilage 63

³⁸ Vorakten Gemeinde, Beilage 1

³⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 7a

festgesetzt. Wenn die Beschwerdeführerin innert dieser Frist ein korrektes Baugesuch einreicht, hat die Gemeinde dieses zu behandeln. Mit der Baubewilligung kann sie allenfalls Nutzungsbeschränkungen anordnen und ins Grundbuch eintragen lassen (Art. 7 Abs. 3 und 4 ZWG). Soweit sie einen Bauabschlag verfügt, hat sie gleichzeitig darüber zu befinden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG).⁴⁰ Sollte die Beschwerdeführerin kein Baugesuch oder keines, das den Anforderungen des BewD genügt, einreichen, hat die Gemeinde gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG eine Wiederherstellungsverfügung zu erlassen. Gleichzeitig gebietet Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG, der Beschwerdeführerin erneut die Möglichkeit zu geben, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.

6. Ergebnis und Kosten

a) Gestützt auf die von der Beschwerdeführerin eingereichten Pläne ist es wahrscheinlich, dass diese bedeutende Raumstrukturen im EG des erhaltenswerten Gebäudes verändert hat, und daher aus Gründen des Denkmalschutzes eine Baubewilligungspflicht bejaht werden muss. Durch den Einbau von Dusche und Bad im ehemaligen Keller hat die Beschwerdeführerin die Wohnnutzung objektiv ermöglicht und mangels Baubewilligung einen formell rechtswidrigen Zustand geschaffen. Da die Beschwerdeführerin diese Umbauten insbesondere trotz Baustopp vorgenommen bzw. fertiggestellt hat, hat die Gemeinde ihren Ermessensspielraum mit der Anordnung des Benützungsverbots nicht überschritten. Die Beschwerde wird daher abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁴¹).

c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

⁴⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 17

⁴¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Saxeten vom 21. September 2018 wird bestätigt.

Die Frist zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung wird von Amtes wegen neu angesetzt bis 18. Januar 2019.

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Saxeten, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident