



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2020/24

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 9. November 2020

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D._____

und

Herrn **E.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 1

Frau **F.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D._____

sowie

**Baupolizeibehörde der Gemeinde Toffen, Gemeindeverwaltung, Bahnhofstrasse 1,
3125 Toffen**

betreffend die Baueinstellungsverfügung vom 30. April 2020 (Bauen ohne Baubewilligung) und
die Abschreibungsverfügung vom 7. Mai 2020 der Baupolizeibehörde der Gemeinde Toffen
(Fitnesscenter)

I. Sachverhalt

1. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten sind Eigentümerin bzw. Eigentümer von zwei Stockwerkeinheiten (Toffen Grundbuchblatt Nrn. H._____) im Wohn- und Geschäftshaus A._____ in Toffen. Dieses befindet sich im Perimeter der Überbauungsordnung B._____. Am 28. Februar 2020 schlossen sie mit der Beschwerdeführerin einen Mietvertrag über einen Teil der Gewerberäume ab. Diese plante, in den fraglichen Räumlichkeiten ein Fitnessstudio einzurichten. Da andere Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer Bedenken hatten, bat die Beschwerdeführerin den Bauverwalter von Toffen mit E-Mail vom 30. März 2020, schriftlich zu bestätigen, dass der Betrieb eines Fitnessstudios zulässig sei. Der Bauverwalter antwortete am 31. März 2020 unter anderem, ein Fitnessstudio könne zonenkonform sein, wenn es weder

durch seinen Betrieb noch durch den verursachten Verkehr störend sei. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten liessen daraufhin den anderen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümern durch ihren Anwalt mitteilen, aus öffentlichrechtlicher Sicht bestünden keine Einschränkungen gegen die in Aussicht genommene Nutzung. Eine Baubewilligung sei nicht erforderlich. Es sei geplant, in Kürze mit den Renovationsarbeiten zu beginnen. Mit E-Mail vom 27. April 2020 teilte der Bauverwalter der Beschwerdeführerin mit, nach diversen Abklärungen könne er mitteilen, dass es sich bei einem Fitnesscenter um Freizeit und Sport, nicht um eine kleine gewerbliche Nutzung handle. Die erforderlichen Parkplätze müssten rechtlich sichergestellt sein. Es brauche deshalb ein Baugesuch.

Namens der übrigen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer reichte ein Anwalt mit Eingabe vom 29. April 2020 eine baupolizeiliche Anzeige ein und machte geltend, die Umnutzung eines Fotostudios in ein Fitnessstudio sei baubewilligungspflichtig. Deshalb seien ein Baustopp und ein Benützungsverbot zu verfügen. Der Bauverwalter nahm am gleichen Tag einen Augenschein vor und stellte fest, dass Bauarbeiten ausgeführt wurden. Am 30. April 2020 verfügte die Gemeindebaupolizeibehörde gegenüber der Beschwerdeführerin die vollständige Einstellung der Bauarbeiten. Den von Amtes wegen Beteiligten liess sie eine Kopie der Verfügung zukommen. Am 30. April 2020 lösten die von Amtes wegen Beteiligten und die Beschwerdeführerin den Mietvertrag im gegenseitigen Einvernehmen auf. Die Beschwerdeführerin informierte die Bauverwaltung am 4. Mai 2020 mit E-Mail darüber. Die Gemeindebaupolizeibehörde schrieb daraufhin mit Verfügung vom 7. Mai 2020 das Verfahren über das Einrichten eines Fitnesscenters vom Geschäftsverzeichnis ab und auferlegte der Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens. Mit E-Mail vom 15. Mai 2020 teilte eine Mitarbeiterin der Gemeindeverwaltung der Beschwerdeführerin mit, damit würden die Kosten der ersten Verfügung erlassen und es würden nur noch die Kosten der Abschreibungsverfügung anfallen. Diese antwortete am 19. Mai 2020, sie verstehe nicht, weshalb ihr diese Kosten belastet würden. Sie habe zu Beginn von der Bauverwaltung das OK für ihr Vorhaben erhalten. Die Mitarbeiterin der Gemeindeverwaltung antwortete am 3. Juni 2020, es würden auch die Kosten der Abschreibungsverfügung erlassen.

2. Gegen die Verfügungen vom 30. April 2020 und vom 7. Mai 2020 reichte die Beschwerdeführerin am 2. Juni 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren: Es sei festzustellen, dass die Verfügungen der Gemeinde Toffen nichtig seien. Eventuell seien die Verfügungen aufzuheben. Zur Begründung macht sie insbesondere geltend, dass beide Verfügungen vom Präsidenten der Gemeindebaupolizeibehörde unterzeichnet worden seien, obwohl dieser selber an der A._____ wohne und daher befangen sei. Zudem sei die Beschwerdeführerin die falsche Verfügungsadressatin, da sie nicht Bauherrin sei. Die Baueinstellungsverfügung hätte sich an die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten richten müssen. Zudem sei das rechtliche Gehör verletzt worden und es liege eine Verletzung von Treu und Glauben vor.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Zudem liess es die Anwaltsvollmacht der Beschwerdeführerin verbessern. In ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 25. Juni 2020 beantragte die Gemeinde, die Beschwerde sei als gegenstandslos zu erklären, eventuell sei sie vollumfänglich abzuweisen. Der Präsident der Bau- und Umweltkommission wohne zwar an der A._____, habe aber kein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens. Der Beschwerdeführerin sei mitgeteilt worden, dass die Kosten für den Erlass der baupolizeilichen Verfügungen in der Höhe von Fr. 350.00 nicht in Rechnung gestellt würden. Durch die Auflösung des Mietverhältnisses sei die Baueinstellungsverfügung gegenstandslos geworden, weshalb eine

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)

Abschreibungsverfügung erlassen worden sei. Es sei nicht erkennbar, welches Interesse die Beschwerdeführerin an der Fortsetzung des Verfahrens habe, zumal ihr die Kosten für die baupolizeilichen Verfügungen erlassen worden seien. In ihrer Stellungnahme vom 31. Juli 2020 beantragten die von Amtes wegen am Verfahren beteiligten, es sei festzustellen, dass die Verfügungen der Gemeinde nichtig seien. Eventuell seien die Verfügungen aufzuheben.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG² können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVD ist daher für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerin hat als Verfügungsadressatin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtenen Verfügungen besonders berührt (Art. 65 Abs. 1 Bst. a und b VRPG³). Umstritten ist, ob sie nach der Auflösung des Mietvertrags noch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügungen hat (vgl. Art. 65 Abs. 1 Bst. c VRPG). Ein solches wird im Allgemeinen bejaht, wenn die beschwerdeführende Partei ein aktuelles Interesse an der Behandlung ihres Rechtsmittels hat und ein günstiger Entscheid für sie von praktischem Nutzen wäre.⁴ Die Gemeinde hat der Beschwerdeführerin zwar mitgeteilt, dass sie die Kosten der beiden baupolizeilichen Verfügungen nicht in Rechnung stellen werde. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Vernehmlassung vom 27. August 2020 zutreffend ausführt, wurde ein entsprechender Kostenerlass jedoch bisher nicht verfügt. Die Beschwerdeführerin hat deshalb nach wie vor zumindest ein Interesse an der Beurteilung, ob sie die mit den beiden Verfügungen verlegten Verfahrenskosten zu tragen hat. Dies beurteilt sich danach, ob die Gemeinde zu Recht den Bau eingestellt und später eine Abschreibungsverfügung erlassen hat. Es kann deshalb offen gelassen werden, ob darüber hinaus ein grundsätzliches Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an einem Entscheid in der Sache besteht.

c) Parteieingaben müssen einen Antrag, die Angaben von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Mit der Verbesserung der Unterschrift der Beschwerdeführerin auf der Anwaltsvollmacht ist ihr Rechtsvertreter ordnungsgemäss bevollmächtigt (Art. 15 VRPG).

d) Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage. Sie beginnt am Tag nach der Zustellung der Verfügungen zu laufen (Art. 49 Abs. 1 BauG, Art. 41 Abs. 1 VRPG). Soweit die Beschwerde die Abschreibungsverfügung vom 7. Mai 2020 betrifft, ist sie offensichtlich rechtzeitig eingereicht worden. Die Baueinstellungsverfügung vom 30. April 2020 wurde der Beschwerdeführerin am 1. Mai 2020 zugestellt. Die Beschwerdefrist begann somit am 2. Mai 2020 zu laufen und endete am 31. Mai 2020. Weil der letzte Tag der Frist auf Pfingsten fiel, endete die Beschwerdefrist am Dienstag, 2. Juni 2020 (Art. 41 Abs. 2 VRPG). Soweit die Beschwerde die

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

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ BVR 2017 S. 437 E. 1.2, 2016 S. 529 E. 1.2 mit Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/ Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 65 N. 25 f. und Art. 39 N. 1)

Baueinstellungsverfügung betrifft, ist sie somit ebenfalls rechtzeitig eingereicht worden. Die BVE tritt deshalb grundsätzlich auf die Beschwerde ein.

e) Die Beschwerdeführerin und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten beantragen hauptsächlich die Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügungen. Zur Begründung machen sie geltend, der Vorinstanz seien zahlreiche schwerwiegende formelle Fehler unterlaufen. Nichtigkeit wird nur angenommen, wenn der Mangel einer Verfügung besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Nichtigkeitsgründe sind hauptsächlich schwerwiegende Verfahrensfehler und die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde. Inhaltliche Mängel haben dagegen nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge.⁵ Auf die Nichtigkeit können sich die Betroffenen jederzeit berufen. Die Frage der Nichtigkeit kann in Form eines Feststellungsbegehrens aufgeworfen werden.⁶ Feststellungsbegehren sind gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsbegehren zwar grundsätzlich subsidiär und damit nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann.⁷ Wenn die Frage der Nichtigkeit einer Verfügung im Raum steht, liegt jedoch in der Regel ein schutzwürdiges Interesse vor, den Schein einer zu befolgenden Anordnung ausdrücklich zu beseitigen. Dies insbesondere da kein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt und daher nicht die Aufhebung der entsprechenden Verfügung beantragt werden könnte.⁸ Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Ausstand

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Präsident der Baupolizeibehörde wohne an der A._____ als Mieter. Die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer sowie die Mieterinnen und Mieter der fraglichen Liegenschaft wollten kein Fitnesscenter in den Gewerberäumlichkeiten. Sie hätten deshalb einen Anwalt beauftragt, baupolizeiliche Anzeige einzureichen. Diese Anzeige habe zum Baustopp bzw. zur Abschreibungsverfügung geführt. Es sei damit davon auszugehen, dass der Präsident der Baupolizeibehörde ein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens gehabt und sich mit dem Anliegen der Mitbewohnerinnen und Mitbewohner solidarisiert habe. Er hätte deshalb in den Ausstand treten müssen. Die von ihm unterzeichnete Verfügung sei daher nichtig bzw. anfechtbar.

b) Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist formeller Natur. Ein Entscheid, der in Missachtung der Ausstandsvorschriften getroffen worden ist, ist deshalb regelmässig unabhängig von den Erfolgsaussichten in der Sache selbst aufzuheben. Indes lässt die bundesgerichtliche Praxis eine Heilung zu und sieht im Interesse der Verwaltungseffizienz von einer Aufhebung ausnahmsweise ab, wenn die Ausstandspflichtverletzung im Verwaltungsverfahren nicht schwer wiegt und ein Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung praktisch ausgeschlossen werden kann.⁹ Vorausgesetzt ist zudem, dass die Rechtsmittelbehörde hinsichtlich des Streitgegenstands über die gleiche Prüfungsbefugnis wie die Vorinstanz verfügt.¹⁰ Die Verletzung der Ausstandsregeln kann ausnahmsweise, in besonders schwer wiegenden Fällen, die Nichtigkeit des Entscheids zur Folge haben. Zu den besonders schwer wiegenden

⁵ BGE 138 II 501 E. 3.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 55 ff.

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 61

⁷ BVR 2016 S. 273 E. 2.2, 2014 S. 33 E. 1.4 mit Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 19 ff.

⁸ Vgl. BVR 2013 S. 536 E. 3.2

⁹ BGer 1C_178/2020 vom 19. Juni 2020 E. 2.7, mit Hinweisen

¹⁰ BGE 114 Ia 157 E. 3a/bb; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 4

Fällen ist dabei insbesondere die Verfolgung persönlicher Interessen zu zählen.¹¹ Nichtigkeitsfolgen hat allerdings nur ein direkter persönlicher Vorteil, nicht aber nur ein indirekter, abgeleiteter.¹² In Art. 9 Abs. 1 VRPG wird geregelt, wann eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, in den Ausstand tritt. Vorbehalten bleiben die Vorschriften über den Ausstand nach dem Gemeindegesetz (Art. 9 Abs. 3 VRPG). Im Baubewilligungsverfahren vor der Gemeinde gelten deshalb die milderen gemeinderechtlichen Ausstandsregeln.¹³ Danach hat in den Ausstand zu treten, wer an einem Geschäft unmittelbar ein persönliches Interesse hat (Art. 47 Abs. 1 GG¹⁴). Damit hat der Gesetzgeber den speziellen, häufig engräumigen Verhältnissen in den Gemeinden Rechnung getragen. Auf Gemeindeebene bedarf es stets eines unmittelbaren persönlichen Interesses, um eine Ausstandspflicht zu begründen.¹⁵

c) Den Vorakten der Gemeinde lässt sich entnehmen, dass nicht die Mieterinnen und Mieter, sondern die Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer der Liegenschaft A. _____ im Zusammenhang mit dem geplanten Fitnessstudio baupolizeiliche Anzeige erhoben. Der Präsident der Gemeindebaupolizeibehörde ist zwar unbestritten Mieter einer Wohnung in der fraglichen Liegenschaft. Dass er sich als Privatperson gegen die Umnutzung der Gewerberäume in ein Fitnesscenter ausgesprochen hätte, ist jedoch nicht aktenkundig. Ein unmittelbares persönliches Interesse, das er an der Baueinstellungsverfügung oder der Abschreibungsverfügung haben könnte, ist weder dargetan noch ersichtlich. Er war deshalb nicht ausstandspflichtig.

d) Im Übrigen ist die Baupolizeibehörde nach Art. 46 Abs. 1 BauG verpflichtet, formell rechtswidrige Bautätigkeiten zu stoppen. Sie geniesst dabei keinen Beurteilungsspielraum und hat keine Interessenabwägung vorzunehmen.¹⁶ Selbst wenn der Präsident der Bau- und Umweltkommission ausstandspflichtig gewesen wäre, könnte aus diesen Gründen ein Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung praktisch ausgeschlossen werden. Der BVD kommt zudem als Beschwerdeinstanz volle Überprüfungsbefugnis zu (vgl. Art. 66 Abs. 1 VRPG). Selbst wenn eine Ausstandspflichtverletzung vorläge, könnte diese im Beschwerdeverfahren geheilt werden.

3. Falsche Verfügungsadressatin

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe weder ein Baugesuch eingereicht noch sei sie Auftraggeberin der geringfügigen Anpassungsarbeiten im Inneren der gemieteten Gewerberäumlichkeiten gewesen. Die Baueinstellungsverfügung hätte sich deshalb an die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten richten müssen.

b) Mit der Ausführung von Bauvorhaben, die eine Baubewilligung benötigen, darf erst begonnen werden, wenn sie rechtskräftig bewilligt sind oder der Baubeginn vorzeitig gestattet worden ist (Art. 1a Abs. 3 BauG, Art. 2 Abs. 1 BewD¹⁷). Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten (Art. 46 Abs. 1 BauG). Die Baueinstellung ist eine baupolizeiliche Massnahme und ein möglicher erster Schritt im Verfahren zur

¹¹ BGE 136 II 383 E. 4.1

¹² Vgl. BGE 136 II 383 E. 4.5

¹³ Daniel Arn, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999, Vorbem. zu Art. 47 und Art. 48 N. 7; BVR 2011 S. 15 E. 3

¹⁴ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG, BSG 170.1)

¹⁵ Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 28

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 6

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

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Im Unterschied zur eigentlichen Wiederherstellungsverfügung (Art. 46 Abs. 2 BauG) äussert sich das Gesetz nicht ausdrücklich zur Frage, an wen die Verfügung der Baueinstellung zu richten ist. Grundsätzlich bestimmen sich die Adressatinnen und Adressaten einer Baueinstellungsverfügung nach den für die Wiederherstellungsverfügung geltenden Regeln.¹⁸ In erster Linie ist sie somit an die Grundeigentümerin bzw. den Grundeigentümer oder an die Baurechtsinhaberin bzw. den Baurechtsinhaber zu richten (vgl. Art. 46 Abs. 2 BauG). Sind Bauherrschaft und Grundeigentümerschaft nicht identisch, und ist die Rechtswidrigkeit auf ein Handeln der Bauherrschaft zurückzuführen, so empfiehlt es sich, die Baueinstellungsverfügung an beide zu richten. Desgleichen sind auch Nutzerinnen oder Nutzer einer Baute oder Anlage ins Recht zu fassen, weil sonst beim Vollzug Schwierigkeiten entstehen können.¹⁹ Neben der Bauherrschaft und der Grundeigentümerschaft kommen somit je nach Situation weitere Personen als Verfügungsadressaten in Betracht.

c) Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem geplanten Fitnessstudio mehrmals Kontakt mit der Gemeinde hatte. Insbesondere bat sie den Bauverwalter mit E-Mail vom 30. März 2020 um Bestätigung, dass der Betrieb eines Fitnessstudios an der A. _____ zulässig sei. In ihrer baupolizeilichen Anzeige vom 29. April 2020 teilten die übrigen Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer der Gemeinde mit, im Auftrag der Mieterin seien Bauarbeiten in Gang. Die Gemeinde hatte unter diesen Umständen keine Veranlassung, daran zu zweifeln, dass die Beschwerdeführerin Bauherrin war und deshalb am ehesten Gewähr bieten konnte, für die sofortige Einstellung der Bauarbeiten zu sorgen. Zwar hätte die Baueinstellungsverfügung primär an die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten als Eigentümerin bzw. Eigentümer der betroffenen Stockwerkeinheit adressiert werden müssen. Die Zustellung einer blossen Kopie genügte nicht, um sie direkt zu verpflichten. Als Mieterin und (künftige) Betreiberin des Fitnessstudios wurde die Beschwerdeführerin jedoch zu Recht als Verfügungsadressatin behandelt. Insoweit sind die angefochtenen Verfügungen somit nicht mangelhaft.

4. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, weder ihr noch den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten sei im Vorfeld zum Erlass der Baueinstellungsverfügung das rechtliche Gehör gewährt worden. Insbesondere sei ihnen die baupolizeiliche Anzeige nicht zur Einsichtnahme und Stellungnahme zugestellt worden.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche 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. Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten. Diese Verfügung ist sofort vollstreckbar (vgl. Art. 46 Abs. 1 BauG). Die Baupolizeibehörde hat die sofortige Einstellung laufender Bauarbeiten anzuordnen, wenn die erforderlichen Bewilligungen fehlen. Sie ist bei entsprechender Wahrnehmung verpflichtet, die illegale Bautätigkeit zu stoppen.²⁰ Inhaltlich handelt es sich bei der Baueinstellungsverfügung um

¹⁸ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 6c

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 12

²⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 6

eine vorsorgliche Massnahme.²¹ Da deren Anordnung in der Regel dringlich ist, kann auf die vorgängige Anhörung der Parteien verzichtet werden (vgl. Art. 27 Abs. 2 Bst. b VRPG).²²

c) Gestützt auf die baupolizeiliche Anzeige nahm der Bauverwalter sofort eine Baukontrolle vor und stellte fest, dass Bauarbeiten in Gang waren. Da er aufgrund einer näheren Prüfung zum Schluss gelangt war, dass das geplante Fitnesscenter baubewilligungspflichtig sei, war der Erlass einer sofortigen Baueinstellungsverfügung geboten. Die Beschwerdeführerin musste vor Erlass der Baueinstellungsverfügung nicht angehört werden. Dies gilt umso mehr, als der Bauverwalter die Beschwerdeführerin am 27. April 2020 über das Ergebnis seiner Abklärungen informiert hatte. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten waren nicht Verfügungsadressaten und mussten somit von vornherein nicht vorgängig angehört werden. Es liegt somit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Hätte das Wiederherstellungsverfahren in der Folge seinen Fortgang genommen, hätte die Gemeinde wohl nähere Abklärungen vornehmen und sowohl der Beschwerdeführerin als auch den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zur baupolizeilichen Anzeige einräumen müssen. Da die Bauarbeiten eingestellt und das Mietverhältnis am 30. April 2020 im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst wurden, bestand jedoch kein Anlass mehr, das Wiederherstellungsverfahren fortzusetzen. Deshalb schrieb die Gemeinde das Verfahren zu Recht als gegenstandslos ab.

5. Verletzung von Treu und Glauben

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Bauverwalter habe in vollständiger Kenntnis des rechtserheblichen Sachverhalts schriftlich mitgeteilt, dass das Betreiben des vorgesehenen Fitnessstudios zonenkonform sei. Eine Baubewilligung sei nur dann notwendig, wenn es an der Fassade zu Änderungen komme. Gestützt auf diese behördenverbindliche Auskunft hätten sowohl die von Amtes wegen Beteiligten als auch die Beschwerdeführerin zahlreiche Dispositionen getroffen, die sich im Nachhinein als nutzlos erweisen würden. Ein rechtliches Vorgehen gegenüber der Gemeinde werde vorbehalten.

b) Der verfassungsmässige Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV²³ bzw. Art. 11 Abs. 2 KV²⁴) verleiht in der Form des Vertrauensschutzes einen Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten. Vorausgesetzt wird, dass es sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörde handelt, die sich auf eine konkrete, die Bürgerin bzw. den Bürger berührende Angelegenheit bezieht, und die Behörde für die Auskunft zuständig war oder die betroffene Person sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte. Zudem durfte die Bürgerin bzw. der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen können und muss im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen haben. Schliesslich ist erforderlich, dass die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung und dass das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt.²⁵

c) Es ist der Beschwerdeführerin zugutezuhalten, dass sie sich bei der Bauverwaltung nach der Zulässigkeit der geplanten Umnutzung erkundigte. Auf ihre Bitte, zu bestätigen, dass der Betrieb eines Fitnessstudios zulässig sei, antwortete der Bauverwalter insbesondere, dass es

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 4

²² Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 20

²³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²⁴ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

²⁵ Vgl. zum Ganzen BGE 143 V 95 E. 3.6.2, 137 II 182 E. 3.6.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 621 und 624 ff.

weder auf kommunaler noch auf kantonaler Ebene genaue Vorschriften zu einem Fitnessstudio gebe. In der Überbauungsordnung werde für die Nutzungsart lediglich auf das alte Baureglement verwiesen. Danach seien kleine gewerbliche und landwirtschaftliche Nutzungen im Umfang von Art. 90 BauV²⁶ zulässig. Wenn das Fitnessstudio weder durch seinen Betrieb noch durch den verursachten Verkehr störend sei, könne es zonenkonform sein. Ein nachträglicher Einbau einer Lüftung müsse mit dem Feueraufseher der Gemeinde abgesprochen werden. Werde die Fassaden durch den Lüftungseinbau verändert, so brauche es eine Baubewilligung. Diese E-Mail des Bauverwalters vom 31. März 2020 hat den Charakter einer Antwort im Rahmen einer Voranfrage. Eine solche Voranfrage hat lediglich die Bedeutung eines Ersuchens um Rechtsauskunft. Antworten auf solche Anfragen vermögen die zuständige Behörde in einem allfälligen nachfolgenden Verfahren nicht zu binden. Zudem können solche behördlichen Auskünfte oder Zusicherungen, die bloss der bauwilligen Person erteilt worden sind, beschwerdeberechtigten Dritten nicht entgegengehalten werden. Eine solche Antwort vermag von vornherein keine Vertrauensposition zu schaffen.²⁷ Zudem ist nicht aktenkundig, auf welcher Basis die Auskunft beruhte. Gemäss Angaben der Gemeinde lagen weder ein Nutzungskonzept noch sonstige Unterlagen zur Beurteilung vor. Im Übrigen folgt aus der Auskunft, das Vorhaben sei zonenkonform, nicht automatisch, dass dieses auch baubewilligungsfrei sei. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben kann die Beschwerdeführerin deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten.

6. Zusammenfassung und Kosten

a) Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Präsident der Baupolizeibehörde nicht ausstandspflichtig war, dass die Beschwerdeführerin zu Recht als Verfügungsadressatin ins Recht gefasst wurde, dass ihr rechtliches Gehör nicht verletzt wurde und dass keine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben vorliegt. Damit sind auch keine Nichtigkeitsgründe ersichtlich. Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Da sich der rechtserhebliche Sachverhalt mit hinreichender Klarheit aus den Akten ergibt, kann auf die Erhebung weiterer Beweismittel verzichtet werden. Der Beweisantrag der Beschwerdeführerin und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten, es sei ein Augenschein durchzuführen ist daher abzuweisen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerin und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten. Sie haben deshalb die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁸). Die Beschwerdeführerin und die von Amtes wegen Beteiligten tragen diese im Umfang von je Fr. 500.00. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügungen der Gemeinde Toffen vom 30. April 2020 und vom 7. Mai 2020 werden bestätigt.

²⁶ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

²⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Vorbemerkungen zu Art. 32-44 N. 5; BVR 2000 S. 268 E. 3 b/aa

²⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden der Beschwerdeführerin und den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 500.00, zur Bezahlung auferlegt.

Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten haften bezüglich ihres Anteils solidarisch für den gesamten Betrag.

Separate Zahlungseinladungen folgen, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt D. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Toffen, Gemeindeverwaltung, 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.