

# **BE\_BVD 120 2023 15 vom 12. Juli 2023**

Be Bvd, 2023-07-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_bvd\\_120\\_2023\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_120_2023_15)

FR: BE\_BVD 120 2023 15 du 12 juillet 2023

IT: BE\_BVD 120 2023 15 del 12 luglio 2023

## **Regeste**

Einbau von 2 Wohnungen | Neuenegg

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Eintretensvoraussetzungen a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG<sup>4</sup> können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist damit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. b) Wiederherstellungsverfügungen kann anfechten, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teil- genommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung hat (Art. 65 Abs. 1 VRPG<sup>5</sup>).<sup>6</sup> Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legiti- miert. c) Die angefochtene Verfügung datiert vom Donnerstag, 16. Februar 2023 und wurde gleichen- tags per A-Post versandt.<sup>7</sup> Die Verfügung hätte damit bereits am 17. Februar 2023 bei der Be- schwerdeführerin eingehen können. Mangels Sendungsverfolgung kann jedoch nicht nachvollzo- gen werden, ob die Verfügung wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht erst am Montag, 20. Februar 2023 zugestellt wurde. Dies kann jedoch offen bleiben. Wäre die Zustellung zum frühesten möglichen Zeitpunkt am 17. Februar 2023 erfolgt, hätte die Beschwerdefrist am 18. Fe- bruar 2023 begonnen (vgl. Art. 41 Abs. 1 VRPG) und frühestens am Montag, 20. März 2023 ge- endet (vgl. Art. 41 Abs. 2 VRPG). Die Beschwerde wurde am 17. März 2023 der schweizerischen Post übergeben und erfolgte damit ohne Weiteres fristgerecht. Auf die im Übrigen formgerecht eingereichte Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen einzutreten.

### **E. 2**

Anträge, Feststellungsinteresse a) Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei von Amtes wegen festzustellen, dass die von der Vorinstanz verfügte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sowie die verfügte Bauein- stellung in Verletzung des geltenden Baurechts eröffnet worden und deshalb nichtig seien (Rechtsbegehren Nr. 2). Zudem beantragt die Beschwerdeführerin, es sei von Amtes wegen fest- zustellen, dass sie gestützt auf die Baubewilligung vom 12. August 1965 und gemäss den gelten- den und anwendbaren baurechtlichen Bestimmungen kein nachträgliches Baugesuch für die Stu- diowohnungen einreichen müsse (Rechtsbegehren Nr. 3). b) Feststellungsbegehren sind nur zulässig, wenn ein spezifisches Feststellungsinteresse be- steht. Gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsbegehren sind Feststellungsbegehren grundsätz- lich subsidiär und nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann.<sup>8</sup> Das Vorliegen eines Feststellungsinteresses ist stets eigens zu begründen.<sup>9</sup> c) Die Beschwerdeführerin hat

nicht dargelegt, worin ihre Feststellungsinteressen bestehen. Mangels rechtsgenügender Begründung ist bereits aus diesem Grund nicht auf die Feststellungs-

#### **E. 2.20**

m auf, je nach Bodenaufbau dürfte sie sogar noch etwas geringer ausfallen. Die lichte Höhe gemäss Art. 80 Abs. 1 aBauV ist folglich nicht eingehalten. Gemäss dem Fassadenplan Nord-Ost und Nord-West (Block A) vom 13. April 1965 ist das Terrain leicht geneigt. Es kann offen gelassen werden, ob es sich um ebenes Terrain oder um eine Hanglage handelt. Soweit es sich um ebenes Terrain handelt, liegen die Fussböden der drei Bastelräume an der Nordwestfassade unter der Erdoberfläche (vgl. Art. 82 Abs. 1 aBauV).<sup>48</sup> Wird von einer Hanglage ausgegangen, verfügt keiner der drei Bastelräume über eine vollständig frei liegende Aussenwand (vgl. Art. 82 Abs. 2 Bst. a aBauV).<sup>49</sup> In beiden Fällen ist Art. 82 BauV somit nicht eingehalten. Die beiden Studiowohnungen erweisen sich damit auch als materiell rechtswidrig bzw. nicht bewilligungsfähig. Auch in dieser Hinsicht kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Besitzstand nach Art. 3 BauG berufen, der auch nicht bewilligte, aber bewilligungsfähig gewesene Bauten und Anlagen umfasst.<sup>50</sup>

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands a) Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, die Voraussetzungen für eine Wiederherstellungsanordnung seien nicht erfüllt. Seit 1965 liege eine rechtskräftige Baubewilligung vor und die Wohnnutzung sei laut Urkunde vom 1. Juli 1974 verbrieft. Die Vorinstanz und die übrigen Miteigentümer hätten die Wohnnutzung über Jahrzehnte gekannt und gebilligt. Es sei rechtsverletzend, dass die Vorinstanz nachträglich eine Baubewilligung verlange. Die Argumentation der Beschwerdeführerin [gemeint dürfte wohl die Vorinstanz sein] sei rechtsmissbräuchlich und ver-

#### **E. 4**

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

#### **E. 5**

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

#### **E. 6**

Vgl. Michael Pflüger, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 65 N. 9

#### **E. 7**

Vgl. die Kopie des Couverts, Beschwerdebeilage 1

#### **E. 8**

BVR 2016 S. 273 E. 2.2, 2014 S. 33 E. 1.4; Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 73 und N. 74

#### **E. 9**

BVR 2007 S. 441 E. 5.2

BVD 120/2023/15 4/17 begehren Nrn. 2 und 3 einzutreten. Selbst wenn eine genügende Begründung vorläge, wäre die Zulässigkeit der Feststellungsbegehren zu verneinen. Mit dem Rechtsbegehren Nr. 2 macht die Beschwerdeführerin die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung geltend. Die Frage der Nichtigkeit kann zwar durchaus in Form eines Feststellungsbegehrens aufgeworfen werden. Jedoch sind auch in diesem Fall ein Feststellungsinteresse und die Subsidiarität des Feststellungsbegehrens vorausgesetzt.<sup>10</sup> Ob

die angefochtene Verfügung dem geltenden Recht entspricht, kann bereits im Rahmen des Rechtsbegehrens Nr. 1, wonach die Verfügung vollständig aufzuheben sei, überprüft werden. Damit hat die Beschwerdeführerin kein genügendes Feststellungsinteresse. Auf das Rechtsbegehren Nr. 2 ist auch aus diesem Grund nicht einzutreten. Das auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung lautende Rechtsbegehren Nr. 1 könnte gutgeheissen werden, sofern sich die Studiowohnungen als formell und materiell rechtmässig erweisen sollten oder wenn auf die Wiederherstellung verzichtet wird, sei es zum Beispiel aufgrund der Verhältnismässigkeit oder des Ablaufs der fünfjährigen Frist nach Art. 46 Abs. 3 BauG. Diesfalls wäre mit der Gutheissung des Rechtsbegehrens Nr. 1 zugleich entschieden, dass für die Studiowohnungen kein nachträgliches Baugesuch notwendig ist. Die Beschwerdeführerin hat hinsichtlich des Rechtsbegehrens Nr. 3 daher kein schutzwürdiges Interesse, es kann ebenfalls nicht darauf eingetreten werden. d) Ferner beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Gemäss Art. 68 Abs. 1 VRPG hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die Gesetzgebung nichts anderes bestimmt. Das gilt auch für Beschwerden gegen Verfügungen betreffend die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.<sup>11</sup> Demgegenüber haben Beschwerden gegen Verfügungen betreffend die Einstellung der Bauarbeiten und Benützungsverbote keine aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 46 Abs. 1 BauG). Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung, wonach baubewilligungspflichtige Bauarbeiten zu unterlassen seien, ist nicht als Baueinstellung zu verstehen. Den Akten und Vorbringen der Beschwerdeführerin zufolge sind aktuell keine Bauarbeiten an den beiden Studiowohnungen im Gange. Auch ein Benützungsverbot hat die Gemeinde nicht verfügt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie die Beschwerdeführerin einfach darauf hinweisen wollte, dass baubewilligungspflichtige Bauarbeiten nicht ohne Baubewilligung vorgenommen werden dürfen. Der Beschwerde kommt daher von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu und es war nicht notwendig, bei Verfahrensbeginn über den Antrag zu befinden. Das Rechtsbegehren Nr. 4 der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist nach dem Gesagten obsolet. 3. Anfechtungsobjekt a) Die Beschwerdeführerin verweist in der Beschwerdeschrift darauf, dass die übrigen Stockwerkeigentümer ohne Baubewilligung und Einwilligung der Beschwerdeführerin Parkplätze direkt angrenzend an die Studiowohnungen erstellt hätten. Zudem nimmt die Beschwerdeführerin auf das entsprechende Wiederherstellungs- bzw. nachträgliche Baubewilligungsverfahren Bezug. Auch in ihren Schlussbemerkungen erwähnt die Beschwerdeführerin dieses Verfahren und macht in diesem Zusammenhang geltend, das Verhalten der Gemeinde erscheine rechtsmissbräuchlich.

#### **E. 10**

Vgl. Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 74 und N. 85

#### **E. 11**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 49 N. 2 drittes Lemma

BVD 120/2023/15 5/17 Die Gemeinde führt in ihrer Beschwerdeantwort vom 6. April 2023 aus, bei der Parkplatzangelegenheit handle es sich um ein eigenständiges Baubewilligungsverfahren, das mit vorliegendem Beschwerdeverfahren in keinem baurechtlichen Zusammenhang stehe. b) 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 gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.<sup>12 c)</sup> Vorliegend angefochten ist die Wiederherstellungsverfügung vom 16. Februar 2023. Mit dieser forderte die Gemeinde die Beschwerdeführerin auf, baubewilligungspflichtige Bauarbeiten zu unterlassen und die beiden Studiowohnungen in den ursprünglichen Zustand (drei Bastelräume) zurückzubauen. Die Parkplätze vor den Studiowohnungen der Beschwerdeführerin sind nicht Gegenstand dieser Verfügung und können dementsprechend auch nicht Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren sein. Vielmehr sind die Parkplätze Gegenstand des eigenständigen Beschwerdeverfahrens BVD RA Nr. 110/2023/58. Soweit sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde auf das Wiederherstellungs- bzw. nachträgliche Baubewilligungsverfahren betreffend Parkplätze bezieht, ist nicht darauf einzutreten.

4. Rechtliches Gehör a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, es verletze ihr rechtliches Gehör, wenn die Vorinstanz die von ihr eingereichten Beweismittel (Steuerdokumente zum Beweis der jahrelangen Nutzung zu Wohnzwecken) ignoriere und als «irrelevant» bezeichne. Es erstaune auch, dass die Vorinstanz die Argumente der Beschwerdeführerin in der Verfügung zwar auf rund zwei Seiten rezipiere, aber mit keinem Wort auf die rechtlichen Erwägungen und eingereichten Beweismittel Bezug nehme. In ihren Schlussbemerkungen ergänzt die Beschwerdeführerin, die Gemeinde sei in ihrer Beschwerdeantwort nicht auf ihre rechtlichen Argumente eingegangen, sondern beschränke sich auf standardisierte Textbausteine. Die Gemeinde ignoriere die von der Beschwerdeführerin eingereichten Beweismittel. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Gemeinde habe es im Vorverfahren unterlassen, sämtliche Argumente und eingereichten Beweismittel der Beschwerdeführerin zu anerkennen und würdigen. Ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden, indem die Gemeinde die «Baueinstellung und Wiederherstellungsverfügung» vom 21. Dezember 2022 der Beschwerdeführerin direkt zugestellt habe, ohne sie anzuhören und ohne das Schreiben ihrer Rechtsvertretung zuzustellen. Auf ihr Schreiben vom 20. Januar 2023 habe die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung reagiert, ohne auf die Begehren und die Begründung der Beschwerdeführerin einzugehen. Die Gemeinde entgegnet in ihrer Beschwerdeantwort vom 6. April 2023, sie habe die Angelegenheit rechtsgleich behandelt und die Beschwerdeführerin, wie aus den Vorakten ersichtlich sei, stets angemessen informiert. Das rechtliche Gehör sei vollumfänglich gewährt 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. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim

## E. 12

Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 bis 14

BVD 120/2023/15 6/17 Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können.

Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.<sup>13</sup> Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV<sup>14</sup>), dass verfahrensrechtliche Einwendungen so früh wie möglich, das heisst nach Kenntnisnahme eines Mangels bei erster Gelegenheit vorzubringen sind. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Mängel dieser Art erst in einem späteren Verfahrensstadium oder sogar erst in einem nachfolgenden Verfahren geltend zu machen, wenn der Einwand schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können.<sup>15</sup>

c) Die Gemeinde hat in der angefochtenen Verfügung die Argumente der Beschwerdeführerin ausführlich aufgeführt und diese damit zur Kenntnis genommen, das gilt insbesondere auch für das Argument, wonach die Mieterträge seit Jahren steuerlich deklariert worden seien. Aus den Erwägungen der angefochtenen Verfügung folgt, dass für die Gemeinde entscheidend war, dass es sich um eine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung handle und die Beschwerdeführerin hierfür keine Baubewilligung habe vorweisen können. Weiter geht aus den Erwägungen hervor, dass die Gemeinde als irrelevant erachtete, ob die Steuerbehörde über die Nutzungsänderung informiert worden sei oder nicht. Die Gemeinde hat sich damit genügend mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin und den eingereichten Steuerelementen auseinandergesetzt und dargelegt, weshalb die Wiederherstellung anzuordnen sei. Wie vorangehend aufgezeigt, muss sich die Gemeinde in der Begründung nicht mit jedem einzelnen Aktenstück oder jedem einzelnen Argument der Parteien auseinandersetzen. Es genügt vielmehr, wenn sie sich auf die aus ihrer Sicht relevanten Punkte beschränkt. Die Beschwerdeführerin konnte gestützt auf die Begründung die Wiederherstellungsverfügung sachgerecht anfechten. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin wurde nach dem Gesagten nicht verletzt. Soweit die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen zur Beschwerdeantwort der Gemeinde ebenfalls eine Gehörsverletzung rügen will, erweist sich Letztere als unbegründet. Im Beschwerdeverfahren begründet das rechtliche Gehör nur einen Anspruch der Verfahrensbeteiligten gegenüber der Rechtsmittelbehörde, nicht jedoch gegenüber der Vorinstanz. Im Übrigen erweisen sich die weiteren, von der Beschwerdeführerin mit ihren Schlussbemerkungen vorgebrachten Rügen zum rechtlichen Gehör als verspätet und ohnehin unbegründet. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2022 forderte die Gemeinde die Beschwerdeführerin auf, sämtliche baubewilligungspflichtigen Bauarbeiten unverzüglich einzustellen und die Studiowohnungen innert 90 Tagen zurückzubauen oder innert 30 Tagen ein ordentliches Baugesuch einzureichen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin erteilte ihr die Gemeinde mit Schreiben vom 21. Dezember 2022 aber ausdrücklich auch Gelegenheit zur Stellungnahme.<sup>16</sup> Aus den Akten geht weiter hervor, dass die Anwaltsvollmacht vom 28. Oktober 2022 auf die Vertretung «in Sachen Parkplatzerstellung G. \_\_\_\_\_ weg 3, 3176 Neuenegg (baupolizeiliches Verfahren und Miteigentümerrecht)» beschränkt war.<sup>17</sup> Erst mit Anwaltsvollmacht vom 18. Januar 2023 beauftragte die Beschwerdeführerin ihren Rechtsvertreter auch zur Vertretung in «allen baurechtlichen Verfahren betreffend das Grundstück G. \_\_\_\_\_ weg 3 und 3a in Neuenegg, insbesondere die Verwaltungsverfahren der

### **E. 13**

BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

#### **E. 14**

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

#### **E. 15**

BGE 143 V 66 E. 4.3

#### **E. 16**

Vgl. pag. 8 ff. der Vorakten

#### **E. 17**

Vgl. pag. 12 der Vorakten

BVD 120/2023/15 7/17 Gemeinde [...] "BP-A.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_".<sup>18</sup> Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde ihr Schreiben vom 21. Dezember 2022 nur der Beschwerdeführerin, nicht aber auch ihrer Rechtsvertretung zustellte. Insgesamt wurde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt.

5. Ausstand, fachliche Qualifikation

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe einseitig zu Gunsten des Verwalters der Stockwerkeigentümergeinschaft bzw. der übrigen Stockwerkeigentümer und zu Lasten der Beschwerdeführerin Partei eingenommen. Die angefochtene Verfügung sei offenbar einzig aufgrund einer «Anfrage» vom Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft initiiert worden. Es müsse angenommen werden, dass sich die Vorinstanz habe instrumentalisiert lassen und nicht unvoreingenommen gehandelt und entschieden habe. Die Vorinstanz habe trotz verspäteter Baugesuchseingabe ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren betreffend die Parkplätze vor den Stuwwohnungen eingeleitet. Das Verhalten der Vorinstanz erwecke insgesamt den zweifelhaften Eindruck einer verfahrensrechtlichen «Retourkutsche» für die Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz sei in vorliegendem Verfahren wie auch im nachträglichen Baubewilligungsverfahren betreffend die Parkplätze befangen und müsse von Amtes wegen gestützt auf Art. 9 Abs. 1 VRPG in den Ausstand treten. Die Vorinstanz habe mit ihrem unverständlichen, parteilichen Verhalten die Verfahrensgarantien der Beschwerdeführerin gemäss Art. 29 Abs. 1 BV verletzt (gleiche und gerechte Behandlung durch die Behörden). Zudem sei aufgrund des Verfahrensverlaufs sowie der Reaktionen der zuständigen Mitarbeitenden die fachliche Qualifikation der Bauverwaltung ernsthaft anzuzweifeln. Die Gemeinde hat sich zu diesen Vorwürfen in ihrer Stellungnahme vom 6. April 2023 nicht geäussert.

b) Die Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe sind in Art. 9 VRPG geregelt, wobei die Vorschriften über den Ausstand nach Art. 47 ff. GG19 ausdrücklich vorbehalten sind (Art. 9 Abs. 3 VRPG). Die Ausstandspflicht besteht bei unmittelbar persönlichen Interessen an einem Geschäft oder bei Vorliegen eines Verwandtschafts- oder Vertretungsverhältnisses (vgl. Art. 47 Abs. 1 und 2 GG). Sie trifft nur Personen, nicht ganze Behörde. Ein Ausstandsbegehren gegen die Gesamtbehörde als solche ist unzulässig und kann nur als Begehren gegen alle Mitglieder verstanden werden. Diesfalls sind gegen jedes einzelne Mitglied spezifische Ausstandsbegehren geltend zu machen, die über die pauschale Kritik hinausgehen, dass die Behörde als solche befangen sei. Werden Ablehnungsgründe nicht individualisiert gegen bestimmte Personen vorgebracht, ist auf das Begehren wegen Verletzung der Begründungspflicht nicht einzutreten (vgl. Art. 32 Abs. 2 VRPG).<sup>20</sup>

c) Die Vorbringen der Beschwerdeführerin richten sich nicht gegen (eine) einzelne Person(en) sondern gegen die Vorinstanz als solche. Die Beschwerdeführerin hat keine individuellen Ablehnungsgründe gegen bestimmte

Personen vorgebracht, weshalb nicht auf ihr Begehren eingetreten werden kann. Ohnehin dürfte kaum ein Ausstandsgrund gegeben sein. Die Vorinstanz war verpflichtet, auf die baupolizeiliche Anzeige des Verwalters hin tätig zu werden bzw. zumindest zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht und ob die Wiederherstellung zu verfügen ist.<sup>21</sup> Es ist daher nicht nachvollziehbar, inwiefern es sich um eine verfahrensrechtliche «Retourkutsche» handeln sollte. Zudem ist wie bereits aufgezeigt das Verfahren in Zusammenhang mit den

#### **E. 18**

Vgl. pag. 24 der Vorakten

#### **E. 19**

Gemeindegesezt vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11)

#### **E. 20**

Lucie von Büren, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 9

#### **E. 21**

Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 2

BVD 120/2023/15 8/17 Parkplätzen vorliegend nicht Streitgegenstand, weshalb daraus ebenfalls keine Ausstandsgründe abgeleitet werden können. Ob die Vorinstanz das nachträgliche Baubewilligungsverfahren betreffend die Parkplätze vor den Studiowohnungen zu Recht eingeleitet hat, ist Gegenstand des Verfahrens RA Nr. 110/2023/58. d) Gemäss Art. 33a Abs. 1 BauG sorgen die Gemeinden dafür, dass ihnen das nötige Fachwissen zugänglich ist. Verfügen sie nicht über eigene Fachleute, lassen sie die Baugesuche durch die Fachleute einer anderen Gemeinde oder durch private Fachleute prüfen (Art. 33a Abs. 2 BauG). Fachleute sind Personen, die über Fachkenntnisse im einschlägigen öffentlichen Recht, insbesondere im Bau- und Planungsrecht, im Baubewilligungsverfahren und in der Koordination von Bewilligungsverfahren verfügen. Das können insbesondere auch Gemeindeangestellte sein, die eine geeignete Ausbildung genossen haben.<sup>22</sup> e) Die Bau- und Planungskommission hat sieben Mitglieder und nimmt in Angelegenheiten der Baupolizei alle der Gemeinde zustehenden Verfügungsbefugnisse wahr. Sie wird von den Stimmberechtigten gewählt (vgl. Anhang I Ogr23). Untergeordnete Stelle der Bau- und Planungskommission ist die Bauverwaltung. Der Bauverwaltung obliegt der Vollzug im Bereich der Ressorts Bau/Planung und Tiefbau/Gemeindebetriebe (vgl. Anhang III OrV24). Die Bauverwaltung der Gemeinde Neuenegg verfügt gemäss Internetauftritt über 20 Mitarbeitende (inkl. Leitung).<sup>25</sup> Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht weiter dargetan, inwiefern aufgrund des Verfahrensverlaufs sowie der Reaktionen der zuständigen Mitarbeitenden die fachliche Qualifikation der Vorinstanz ernsthaft angezweifelt werden sollte. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. 6. Rechtliche Grundlagen für die Wiederherstellung a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (vgl. Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, gelten grundsätzlich als nicht bewilligt bzw. formell rechtswidrig. Es ist Sache der Bauherrschaft, diese Vermutung zu zerstören. Ihr obliegt die Beweislast für das

Vorhandensein einer Baubewilligung.<sup>26</sup> Der Wiederherstellungspflichtige hat die Möglichkeit, innert 30 Tagen seit Eröffnung der Wiederherstellungsverfügung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einzureichen (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Massgebend im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist das Recht, das im Zeitpunkt der Ausführung des Bauvorhabens bzw. im Zeitpunkt der Nutzungsänderung anwendbar war. Späteres Recht ist anzuwenden, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist oder wenn die Bauherrschaft das Bewilligungserfordernis in der Absicht missachtet hatte, dem späteren strengerem Recht zuvorzukommen.<sup>27</sup> In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird, hat die Rechtsmittelbehörde summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte (sog. materielle Rechtswidrigkeit). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts wäre es unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen.<sup>28</sup>

#### **E. 22**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 33a N. 1

#### **E. 23**

Organisationsreglement der Einwohnergemeinde Neuenegg vom 3. Januar 2013

#### **E. 24**

Organisationsverordnung der Einwohnergemeinde Neuenegg vom 19. März 2012

#### **E. 25**

Vgl. [https://www.neuenegg.ch/de/verwaltung/abteilungen/2\\_bauverwaltung](https://www.neuenegg.ch/de/verwaltung/abteilungen/2_bauverwaltung) (zuletzt besucht am 20. April 2023)

#### **E. 26**

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

#### **E. 27**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14a

#### **E. 28**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a

BVD 120/2023/15 9/17 b) Erweist sich ein Bauvorhaben als formell und materiell rechtswidrig, ist weiter zu prüfen, ob die Wiederherstellungsverfügung im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Vertrauensgrundsatz nicht verletzt. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist.<sup>29</sup> Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, sachlich, räumlich, zeitlich und personell nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist (Erforderlichkeit) und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht (Zumutbarkeit). Auch die Wiederherstellungsfrist muss verhältnismässig sein. Sie ist so zu bemessen, dass die pflichtige Person nach allgemeiner Erfahrung ihre Pflicht bis zum Ablauf der Frist erfüllen kann.<sup>30</sup> Die Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sind genau zu bezeichnen. Sind an sich zulässige Räume einer unrechtmässigen Nutzung zugeführt

worden, so sind sie durch wirksame bauliche Massnahmen (z.B. Entfernen von Installationen und Einrichtungen) für diese Nutzung unbrauchbar zu machen.<sup>31</sup> Zur Unbewohnbarmachung von Räumen fallen beispielsweise das Entfernen der Kücheneinrichtung, der Badezimmerinstallati- onen und der elektrischen Anschlüsse in Betracht.<sup>32</sup> c) Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen sie gebieten. Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt, zum Beispiel aufgrund einer mangelhaften Be- willigung oder Auskunft. Die Auskunft muss von der zuständigen Amtsstelle ausgegangen sein und die Unrichtigkeit der Auskunft darf nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen sein. Allgemein wird vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Des Weiteren be- rechtigt die blossе Untätigkeit einer Behörde nicht zur Annahme, das Bauen oder Nutzen sei rechtmässig. Untätigkeit der Behörde kann nur dann einen Vertrauenstatbestand begründen, wenn die Behörde eine Rechtswidrigkeit über Jahre hinweg duldete, obschon ihr die Rechtswidrigkeit be- kannt war oder hätte bekannt sein müssen, die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt und die Rechtswidrigkeit für die Bauherrschaft bei gebotener Sorgfalt nicht erkennbar war.<sup>33</sup> d) Nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, kann die Wieder- herstellung des rechtmässigen Zustandes nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Inter- essen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG). Diese Frist soll verhindern, dass Behörden und Nach- barschaft einen erkennbaren gesetzwidrigen Zustand während Jahren ausdrücklich oder still- schweigend dulden, um dann plötzlich einzugreifen, wenn die betroffene Person nicht mehr damit rechnen musste. Demnach dient die Frist der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz.<sup>34</sup> Ent- scheidend für den Fristbeginn ist die Erkennbarkeit für die zuständige Behörde. Erkennbar ist ein rechtswidriger Zustand, wenn er von der Behörde bei der Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden können und müssen. Die Baupolizeibehörden sind nicht gehalten, regelmäs- sig nach allfälligen widerrechtlichen Bauten zu suchen.<sup>35</sup> Anschriften am Briefkasten oder eine Klingel führen noch nicht zur Erkennbarkeit der Wohnnutzung.<sup>36</sup> Aufgrund von einer Anmeldung von Mietern bei der Einwohnerkontrolle kann grundsätzlich ebenfalls nicht darauf geschlossen

#### **E. 29**

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

#### **E. 30**

Vgl. zum Ganzen BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c

#### **E. 31**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10

#### **E. 32**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10c

#### **E. 33**

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

#### **E. 34**

BVR 2013 S. 85 E. 5.2

## E. 35

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11 Bst. a

## E. 36

Vgl. BVR 2004 S. 440 E. 4.4; Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) 120/2015/54 vom 22. Februar 2016, E. 5.c

BVD 120/2023/15 10/17 werden, dass die Baupolizeibehörde Kenntnis von unrechtmässigen Wohnnutzungen erhält.<sup>37</sup> Abgesehen von den Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil, besteht keine Meldepflicht der Einwohnerkontrolle an die zuständige Baubewilligungsbehörde (vgl. Art. 16 ZWG38 sowie das Gesetz über Niederlassung und Aufenthalt der Schweizer vom 12. September 1985 [GNA; BSG 122.11]). Auch aufgrund einer Steuerdeklaration kann nicht von der Erkennbarkeit für die Baupolizeibehörde ausgegangen werden. Steuererklärungen werden zwar bei der zuständigen Gemeinde eingereicht (vgl. Art. 3 Abs. 2 VVV39). Dies geschieht wie in der Gemeinde Neuenegg jedoch bei der Finanz- und nicht der Bauverwaltung (vgl. Anhang I OrV). Eine Meldepflicht der Steuerbehörden an die zuständige Baubewilligungs- bzw. Baubehörde in Zusammenhang mit Steuererklärungen besteht nicht. Die Beweislast, dass seit der Erkennbarkeit mehr als fünf Jahre vergangen sind, liegt im Übrigen bei der Bauherrschaft.<sup>40</sup>

7. Formelle Rechtswidrigkeit a) Die Beschwerdeführerin erklärt, mit öffentlicher Urkunde vom 1. Juli 1974 sei auf der Parzelle Nr. F. \_\_\_\_\_ Stockwerkeigentum und damit auch die Stockwerkeinheit der Beschwerdeführerin (Parzelle Nr. F. \_\_\_\_\_-1 «3 Studios/Büroräume») begründet worden. Gemäss Urkunde sei die Stockwerkeinheit für Wohn- und gewerbliche Zwecke bestimmt. Die Studiowohnungen bestünden seit Jahrzehnten und würden an Drittpersonen vermietet, spätestens seit der Begründung der Stockwerkeinheiten im Jahr 1974. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Studiowohnungen als «3 Bastelräume mit WC» konzipiert worden seien. Die öffentliche Urkunde vom 1. Juli 1974 widerlege dies. Daran würden auch die von der Vorinstanz eingereichten Pläne mit der Bezeichnung «Bastelräume» nichts ändern. Massgeblich seien die rechtskräftige Baubewilligung vom 21. Mai 1965, die Beurkundung vom 1. Juli 1974 und die Tatsache der jahrzehntelangen weder von der Vorinstanz noch von den Miteigentümern in Frage gestellten Wohnnutzung der beiden Studiowohnungen. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Besitzstandsgarantie nach Art. 3 BauG und bestreitet weiter, dass eine Umnutzung stattgefunden habe. Die Vorinstanz würde in diesem Punkt den Sachverhalt rechtsfehlerhaft bzw. willkürlich und verletze damit Art. 18 VRPG. Ferner bringt die Beschwerdeführerin auch vor, dass die Vorinstanz Art. 20a VRPG verletzt habe. In ihren Schlussbemerkungen verweist die Beschwerdeführerin erneut auf die rechtskräftige Baubewilligung vom 21. Mai 1965 und bestreitet, dass die Gemeinde zum Ergreifen baupolizeilicher Sanktionen und zur Einforderung eines nachträglichen Baugesuches berechtigt sei. In ihrer Beschwerdeantwort vom 6. April 2023 führt die Gemeinde aus, die Beschwerdeführerin habe keine Baubewilligung für die baubewilligungspflichtige Umnutzung eingereicht. Die Gemeinde sei gestützt auf Art. 45 BauG verpflichtet, Wiederherstellungen des rechtmässigen Zustandes anzuordnen. Die Baupolizeibehörde sei für baurechtliche Angelegenheiten und die Steuerverwaltung sei für steuerrechtliche Angelegenheiten zuständig. Steuerrechtlich könne eine fehlende Baubewilligung nicht geheilt werden. Die Baubewilligungsbehörde werde im Rahmen eines Baugesuchs die Bewilligungsfähigkeit prüfen und sofern erforderlich Art. 46 Abs. 3 BauG zur Beurteilung beziehen. b) Mit Baubewilligung vom 12. August 1965 bewilligte der

Regierungsstatthalter des Amtsbezirks Laupen die Erstellung eines Mehrfamilienhauses mit angebautem Garagentrakt auf der Parzelle Nr. F. ....<sup>41</sup> Gemäss den Baugesuchsplänen umfasste die Baubewilligung drei Bas-

### **E. 37**

Vgl. BVE 120/2015/54 vom 22. Februar 2016, E. 5.c, 120/2013/32 vom 3. April 2014, E. 3.e; 110/2008/134 vom 1. Dezember 2008, E. 6.b

### **E. 38**

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

### **E. 39**

Verordnung über das Veranlagungsverfahren vom 30. Januar 2002 (VVV; BSG 661.521.1)

### **E. 40**

VGE 2017/11 vom 30. Juni 2017, E. 4.1

### **E. 41**

Pag. 1 f. der Vorakten

BVD 120/2023/15 11/17 telräume und eine Toilette im Teil des nördlichen Kellergeschosses.<sup>42</sup> Daraus folgt, dass die Baubewilligung vom 12. August 1965 die beiden Studiowohnungen der Beschwerdeführerin nicht umfasst. Unbestrittenermassen vermietet die Beschwerdeführerin im Bereich der bewilligten Bastelräume und der Toilette derzeit zwei Studiowohnungen. Folglich kam es zu einer Umnutzung der ursprünglich bewilligten drei Bastelräume und der Toilette in zwei Studiowohnungen. Unklar ist allerdings, wann die Umnutzung stattfand. Eine zeitgleiche Erstellung der Studiowohnungen mit dem Bau des Mehrfamilienhauses (anstelle der bewilligten Bastelräume) oder eine Umnutzung der Bastelräume vor 1974 zu Wohnzwecken ist nicht belegt. Aktenkundige Hinweise auf die Umnutzung ergeben sich erst aus der notariellen Beurkundung des Stockwerkeigentums auf der Parzelle Nr. F. .... vom 1. Juli 1974. Die Stockwerkeinheit Nr. F. ....-1 wird in der Urkunde bezeichnet als «3 Studios/Büroräume (Tiefgeschoss rechts)». Gemäss Ziff. 5 der Urkunde ist die Stockwerkeinheit für Wohn- und gewerbliche Zwecke bestimmt.<sup>43</sup> Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Bastelräume in der ersten Hälfte des Jahres 1974 in Studiowohnungen umfunktioniert und ab dem 1. Juli 1974 als solche genutzt wurden. Die formelle Rechtswidrigkeit der Umnutzung der Bastelräume in zwei Studiowohnungen ist daher anhand des 1974 geltenden Rechts zu beurteilen. c) Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Baugesetzes vom 7. Juni 1970 (nachfolgend aBauG) erforderten alle Bauten, Anlagen und Vorkehren, welche unter die Bestimmungen der Baugesetzgebung fallen, eine Baubewilligung. Dies galt insbesondere für die Erstellung, die wesentliche Änderung und den Abbruch von Gebäuden, Gebäudeteilen und sonstigen baulichen Anlagen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a aBauG). Die baubewilligungspflichtigen Tatbestände wurden in Art. 4 ff. des Dekretes über das Baubewilligungsverfahren vom 10. Februar 1970 (nachfolgend aBewD) konkretisiert. Vorliegend interessieren insbesondere die folgenden Bestimmungen: Art. 4 aBewD: 1 Eine Baubewilligung ist erforderlich für die Erstellung und die Erweiterung von: a Gebäuden und Gebäudeteilen; [...] Art. 5 aBewD: 1 Einer Baubewilligung bedarf schliesslich jede wesentliche Änderung der in Artikel 4 Abs. 1 genannten Bauten und

Anlagen. 2 Als wesentliche Änderung gilt insbesondere: [...] d die Änderung der Zweckbestimmung und die Erneuerung von Bauten und Anlagen, wenn durch diese Änderungen baurechtlich relevante Tatbestände betroffen werden, wie bei Änderungen - an Bauten, welche über eine Baulinie hinausragen; - welche die Zonenvorschriften, die Bestimmungen über die Übergangsbereiche (Art. 26 des Baugesetzes) oder die Abstandsvorschriften berühren; - welche zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen führen. [...] Art. 6 aBewD: 1 Keiner Baubewilligung bedürfen: [...] c gewöhnliche Unterhaltsarbeiten an Gebäuden und Anlagen; d geringfügige bauliche Änderungen im Innern von Gebäuden; [...]

#### **E. 42**

Grundriss Keller + Umgebung (Block A) vom 13. Juli 1965, Beilage 4 der Vorakten

#### **E. 43**

Vgl. Beschwerdebeilage 5

BVD 120/2023/15 12/17 In Zusammenhang mit Zweckänderungen erachtete die Lehre das Bewilligungserfordernis unter Umständen bereits aufgrund der erforderlichen baulichen Anpassungen als gegeben. Eine Baubewilligung wurde in einigen Fällen auch dann als erforderlich erachtet, wenn die Zweckänderung nur mit unwesentlichen Anpassungsarbeiten verbunden war oder überhaupt ohne jegliche bauliche Veränderung vorgenommen werden konnte. So zum Beispiel wenn das Gebäude nur im Hinblick auf eine bestimmte Verwendung bewilligt worden war, die neu vorgesehene Verwendung mit den Nutzungsvorschriften in Konflikt hätte geraten können oder wenn die vorhandenen Erschliessungsanlagen mit der Zweckänderung eine wesentliche Mehrbelastung erfuhren.<sup>44</sup> d) Bei der Umnutzung von Keller- bzw. Bastelräumen zu Studiowohnungen handelt es sich um eine Zweckänderung. Für die Umnutzung ist ein gewisser Innenausbau erforderlich (Verlegen von neuen Abwasser- und Wasserleitungen, Erstellen von genügend elektrischen Anschlüssen, Installieren einer Heizmöglichkeit, allfällige Massnahmen zur Verbesserung der Isolation, etc.). Hinzu kommt, dass mit zwei zusätzlichen Wohnungen in einem Mehrfamilienhaus eine gewisse Mehrbelastung der Erschliessung (Strasse und Wasser/Abwasser) einhergeht und eine Prüfung der gesundheitspolizeilichen Aspekte angezeigt ist. Die Umnutzung von Keller- bzw. Bastelräumen zu Studiowohnungen kann daher nicht als gewöhnliche Unterhaltsarbeit oder als geringfügige bauliche Änderung im Innern des Gebäudes betrachtet werden (vgl. Art. 6a Abs. 1 Bst. c und d aBewD). Vielmehr betrifft die Zweckänderung baurechtlich relevante Tatbestände und ist gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. d aBewD baubewilligungspflichtig. e) Wie vorangehend erwähnt, umfasst die Baubewilligung vom 12. August 1965 die beiden Studiowohnungen der Beschwerdeführerin nicht. Auch aus der Beurkundung des Stockwerkeigentums vom 1. Juli 1974 und der anschliessenden Eintragung im Grundbuch kann keine öffentlich-rechtliche Baubewilligung hergeleitet werden. Einerseits handelt es sich hierbei um eine zivil- bzw. sachenrechtliche Angelegenheit. Andererseits ist der Regierungsstatthalter oder die zuständige Gemeindebehörde, nicht aber der Eigentümer, der erklärt Stockwerkeigentum begründen zu wollen, der beurkundende Notar oder das Grundbuchamt Baubewilligungsbehörde (vgl. Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 aBewD sowie Art. 33 Abs. 1 BauG). Auch mit einer im Stockwerkeigentümerreglement festgelegten Benützung einer Stockwerkeinheit können die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere diejenigen zur Baubewilligungspflicht (vgl. Art. 1 aBauG sowie Art. 1a

BauG), nicht umgangen werden. Eine Baubewilligung entsteht ferner auch nicht dadurch, dass die übrigen Stockwerkeigentümer und die Vorinstanz die Wohnnutzung angeblich jahrzehntelang nicht in Frage gestellt haben sollen. Vorausgesetzt ist vielmehr ein schriftlicher Bauentscheid (vgl. Art. 33 und Art. 34 aBewD sowie Art. 39 BauG i.V.m. Art. 52 VRPG). Ob und seit wann die Vorinstanz Kenntnis von der Wohnnutzung hat, wird in Zusammenhang mit der Wiederherstellungsanordnung, insbesondere dem Vertrauensschutz und der Verwirklichungsfrist nach Art. 46 Abs. 3 BauG, zu prüfen sein. Im Übrigen vermag die Beschwerdeführerin auch anhand der zu den Akten gereichten Steuerelemente nicht zu beweisen, dass die beiden Studiowohnungen im Kellergeschoss bewilligt wurden. Die Steuerbehörden sind nicht Baubewilligungsbehörde (vgl. Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 aBewD sowie Art. 33 Abs. 1 BauG).<sup>45</sup> Nach dem Gesagten liegt für die beiden baubewilligungspflichtigen Studiowohnungen im Kellergeschoss keine Baubewilligung vor, sie erweisen sich als formell rechtswidrig. Dementsprechend kann die Beschwerdeführerin auch aus der Besitzstandsgarantie, die sich zunächst auf formell rechtmässige Bauten und Anlagen bezieht, nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. Art. 3 BauG).<sup>46</sup>

#### **E. 44**

Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Bern 1971, Art. 1 N. 15

#### **E. 45**

Vgl. hierzu auch VGE 2021/61 vom 31. März 2022, E. 4.1, 2016/52 vom 20. Dezember 2016, E. 4.3.2

#### **E. 46**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2

BVD 120/2023/15 13/17 8. Materielle Rechtswidrigkeit a) Gleich wie bei der formellen Rechtswidrigkeit ist für die Prüfung der materiellen Rechtswidrigkeit davon auszugehen, dass die Studiowohnungen 1974 erstellt wurden. Die massgeblichen Rechtsgrundlagen finden sich im Baugesetz vom 7. Juni 1970 (aBauG) sowie in der Bauverordnung vom 26. November 1970 (nachfolgend aBauV). Gemäss Art. 11 Abs. 1 aBauG waren alle Bauten und Anlagen so zu erstellen und zu unterhalten, dass sie weder Personen noch Sachen gefährden. Sie mussten den gesundheits-, feuer-, gewerbe- und arbeitspolizeilichen Vorschriften genügen. Die gesundheitspolizeilichen Vorschriften waren in den Art. 79 ff. aBauV konkretisiert. Art. 80 aBauV regelte die minimale Höhe und Grösse von Räumen. Gemäss Art. 80 Abs. 1 aBauV musste die lichte Höhe von Räumen, die zum dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, mindestens 230 cm betragen. Weiter enthielt Art. 82 aBauV Regelungen zum Schutz gegen Feuchtigkeit. In ebenem Terrain durften die Fussböden der Wohn- und Schlafräume nicht unter der Erdoberfläche liegen (Art. 82 Abs. 1 aBauV). Am Hang waren Wohn- und Schlafräume in Untergeschossen unter anderem nur zulässig, wenn mindestens eine Aussenwand vollständig frei lag (Art. 82 Abs. 2 Bst. a aBauV). b) Vorliegend beträgt die Differenz zwischen OK Keller und OK Erdgeschoss gemäss dem Querschnittsplan (Block A) vom 13. April 1965 2.40 m.<sup>47</sup> Die lichte Höhe ist im Querschnittsplan nicht angegeben. Konservativ gemessen weisen die drei Bastelräume eine lichte Höhe von knapp

#### **E. 47**

Vgl. Beilage 6 der Vorakten

#### **E. 48**

Vgl. Fassadenplan Nord-Ost und Nord-West (Block A) vom 13. April 1965, bezeichnet als Beilage 9 der Vorakten [gemeint ist eigentlich Beilage 8 gemäss Stellungnahme der Gemeinde vom 6. April 2023], Querschnittsplan (Block A) vom 13. April 1965, Beilage 6 der Vorakten sowie das mit Verfügung vom 9. Mai 2023 aus dem Beschwerdeverfahren RA Nr. 110/2023/58 von Amtes wegen beigezogene Foto

#### **E. 49**

Vgl. Fassadenplan Nord-Ost und Nord-West (Block A) vom 13. April 1965, bezeichnet als Beilage 9 der Vorakten [gemeint ist eigentlich Beilage 8 gemäss Stellungnahme der Gemeinde vom 6. April 2023] sowie Fassadenplan Süd- West und Süd-Ost (Block A) vom 13. April 1965, Beilage 7 der Vorakten

#### **E. 50**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2

BVD 120/2023/15 14/17 fassungswidrig. Sie verstosse gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB51, Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV. Zudem sei das verfassungsrechtliche Prinzip der Rechtssicherheit (Art. 5 Abs. 1 BV) verletzt. Die Beschwerdeführerin dürfe sich darauf verlassen, dass die Baubehörde die jahrzehntelange Wohnnutzung nicht plötzlich in Frage stelle. Jedoch sei sie aufgrund einer «Anfrage» des Verwalters kurz vor Weihnachten mit einer völlig unverhofften Wiederherstellungsverfügung konfrontiert worden. Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, die Wiederherstellungsanordnung sei unverhältnismässig, das Einkommen aus der Vermietung der Wohnungen diene ihr zur wirtschaftlichen Existenzsicherung. Die Gemeindeverwaltung habe über die Wohnnutzung aufgrund der lückenlosen Steuerdeklarationen, insbesondere aufgrund des amtlichen Vermögenssteuerwertes und der deklarierten Mieterträge, seit Jahrzehnten Bescheid gewusst. Der amtliche Wert sei von ursprünglich CHF 113 600.00 auf heute CHF 129 000.00 erhöht worden. Dieser Wert entspreche demjenigen von zwei Studiowohnungen und sei nicht mit «Bastel- oder Kellerräumen» vergleichbar. Aufgrund der deklarierten Mieterträge könne es sich offenkundig nicht um «Bastelräume» handeln. Die Vorinstanz habe die angebliche Rechtswidrigkeit jahrzehntelang toleriert und versäumt, innert der fünfjährigen Frist nach Art. 46 Abs. 3 BauG zu intervenieren. Zwingende öffentliche Interessen für eine Wiederherstellung seien nicht erkennbar und würden von der Vorinstanz auch nicht geltend gemacht. In ihren Schlussbemerkungen ergänzt die Beschwerdeführerin, sie erachte es als schikanös und willkürlich, dass die Gemeinde aufgrund einer Anfrage eines anderen Stockwerkeigentümers, der seinerseits illegal und gegen den Willen der Beschwerdeführerin Parkplätze auf dem gemeinsamen Grundstück habe erstellen lassen, gegen die Beschwerdeführerin ein Wiederherstellungsverfahren eröffnet habe. Die Gemeinde begründe nicht, welche «zwingenden öffentlichen Interessen» vorliegen könnten. Des Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe sie rechtsungleich behandelt, indem sie von der Wiederherstellung der illegal verbauten Grünzone (drei Parkplätze) absehe und im Gegenzug der Beschwerdeführerin die Wiederherstellung aufzwingen. b) Mit der angefochtenen Verfügung ordnete die Gemeinde an, dass die beiden Studiowohnungen in den ursprünglichen Zustand (drei Bastelräume) zurückzubauen seien, wobei sie den Rückbau nicht weiter konkretisierte. Die Wiederherstellungsanordnung ist so zu verstehen, dass sämtliche Einrichtungen und Installationen, die nicht erforderlich sind für die Nutzung als Bastelraum, zu entfernen

sind. Dies betrifft insbesondere die sanitären Anlagen (mit Ausnahme des ursprünglich bewilligten WCs), die Kücheneinrichtungen und die damit verbundenen Anschlüsse. Demgegenüber sind das Belassen der elektrischen Anschlüsse, insbesondere für die Deckenbeleuchtung, sowie der Bodenbeläge mit der Nutzung als Bastelraum vereinbar. c) Die Umnutzung der drei Bastelräume mit WC in zwei Studiowohnungen erfolgte ohne Baubewilligung und erweist sich als materiell rechtswidrig. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften ist gross. Die Anordnung, die Studiowohnungen zurückzubauen ist ohne Weiteres zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands geeignet. Der Rückbau sämtlicher Einrichtungen und Installationen, die nicht notwendig sind für die Nutzung als Bastelraum, erweist sich als erforderlich. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind nicht ersichtlich. Der Rückbau ist nicht mit einem übermässigen Aufwand verbunden und der Beschwerdeführerin zumutbar, auch wenn sie angeblich auf das Einkommen aus der Vermietung zur wirtschaftlichen Existenzsicherung angewiesen ist. Die Beschwerdeführerin kann die Bastelräume als solche weiterhin vermieten und Mieterträge generieren, auch wenn diese tiefer ausfallen als bei einer Wohnraummiete. Da diese ursprünglich mit WC bewilligt wurden, erscheint auch eine Vermietung an Personen denkbar, die nicht unmittelbar im Mehrfamilienhaus 51 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)

BVD 120/2023/15 15/17 auf der Parzelle Nr. F. \_\_\_\_\_ wohnhaft sind, womit sich der mögliche Mietkreis erweitert. Nach dem Gesagten erweist sich die Wiederherstellungsanordnung damit als verhältnismässig. d) Die Wohnnutzung im Kellergeschoss findet im Innern des Gebäudes statt. Von der Beschwerdeführerin wurde nicht geltend gemacht, dass die Wohnnutzung vom öffentlichen Raum aus ersichtlich gewesen wäre. Wie aufgezeigt würden beispielsweise eine Klingel und ein Briefkasten denn auch nicht genügen, um die Erkennbarkeit zu bejahen, zumal es vorliegend um ein Mehrfamilienhaus geht. Sodann genügen auch die Steuerdeklarationen der Beschwerdeführerin und ihres Rechtsvorgängers nicht für die Erkennbarkeit. Die Steuerbehörden prüfen in der Regel nicht, ob für die deklarierten Erträge und Vermögenswerte eine Baubewilligung vorliegt. Zudem sind sie nicht verpflichtet, der Baupolizeibehörde Meldung zu erstatten. Die Baupolizeibehörde der Gemeinde Neuenegg hatte daher keine Kenntnis der Steuerdokumente. Gleiches gilt auch für allfällige An- und Abmeldungen von Mietern bei der Einwohnerkontrolle. Die Umnutzung der Bastelräume in zwei Studiowohnungen wurde für die Baupolizeibehörde daher erst aufgrund der baupolizeilichen Anzeige vom 2. Dezember 2022 erkennbar. Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung erging am 16. Februar 2023. Die Fünfjahresfrist gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG ist damit eingehalten. e) Des Weiteren kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass sie von der zuständigen Baubewilligungsbehörde eine Zusage für die Nutzung der Bastelräume als Studiowohnungen erhalten hat. Auch die Tatsache, dass die Baupolizeibehörde erst im Dezember 2022 gegen den baurechtswidrigen Tatbestand einschritt, vermag keine Vertrauensgrundlage zu begründen. Hierfür wäre unter anderem vorausgesetzt, dass der Baupolizeibehörde die Rechtswidrigkeit seit längerer Zeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Wie vorangehend dargelegt, war die Umnutzung der Bastelräume in zwei Studiowohnungen für die Baupolizeibehörde jedoch erst infolge der baupolizeilichen Anzeige vom 2. Dezember 2022 erkennbar. f) Nach dem Gesagten erweist sich die Wiederherstellungsanordnung als rechtmässig. In diesem Zusammenhang ist auch

nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin nicht weiter dargetan, inwiefern die Vorinstanz den Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 18 VRPG) und den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. Art. 20a VRPG) verletzt und rechtsmissbräuchlich und verfassungswidrig argumentiert haben soll. Da sich die Wiederherstellungsanordnung insgesamt als rechtmässig erweist, kann auch nicht nachvollzogen werden, inwiefern die Gemeinde die Beschwerdeführerin schikanös, willkürlich und rechtsungleich behandelt haben sollte. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf das eigenständige Wiederherstellungs- bzw. nachträgliche Baubewilligungsverfahren betreffend Parkplätze (vgl. das Beschwerdeverfahren BVD RA Nr. 110/2023/58), das wie bereits erwähnt vorliegend ohnehin nicht Streitgegenstand ist. g) Zu prüfen bleibt die Verhältnismässigkeit der Wiederherstellungsfrist. Die Gemeinde hat der Beschwerdeführerin für den Rückbau der Studiowohnungen eine Frist von 90 Tagen, das heisst von ungefähr drei Monaten, gesetzt. Eine Frist von drei Monaten erscheint für den Rückbau der Studiowohnungen zu drei Bastelräumen grundsätzlich angemessen. Bei der Ansetzung der Wiederherstellungsfrist gilt aber zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Studiowohnungen von der Beschwerdeführerin vermietet werden. Die Beschwerdeführerin hat sich zu den Modalitäten der Mietverträge nicht geäussert, weshalb hinsichtlich der Kündigungsfristen auf die allgemeinen Bestimmungen im Mietrecht zurückzugreifen ist. Gemäss Art. 266c OR<sup>52</sup> können die Parteien bei der Wohnraummiete mit einer Frist von drei Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder, wenn es keinen Ortsgebrauch gibt, auf Ende einer dreimonatigen Mietdauer kündigen. Folglich ist von einer 52 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220)

BVD 120/2023/15 16/17 Kündigungsfrist von drei Monaten auszugehen. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist hat die Beschwerdeführerin, soweit es nicht zu einer vorzeitigen Rückgabe des Mietobjekts kommt, keine Möglichkeit, die Studiowohnungen zurückzubauen. Die Wiederherstellungsfrist ist deshalb bis am 31. Januar 2024 zu verlängern. 10. Kosten 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 CHF 1200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV<sup>53</sup>). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG). III. Entscheid

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.