

100.2019.310U
KEP/NUI/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 4. August 2020

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiberin Nuspliger

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde Bern
Bauinspektorat, Bundesgasse 38, Postfach, 3001 Bern
Beschwerdegegnerin

und

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

B. _____



betreffend Baupolizei; nachträgliche Bewilligung einer Umnutzung (Prostitutionsbetrieb); Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 13. August 2019; RA Nr. 110/2019/78)

Sachverhalt:

A.

B._____ ist Eigentümerin der in der Wohnzone W liegenden Parzelle Bern 3 (Mattenhof/Weissenbühl) Gbbl. Nr. 1_____ mit dem darauf stehenden Wohnhaus ...strasse Die Praxisräume im Erdgeschoss des Hauses mietet A._____, die darin einen Prostitutionsbetrieb führt. Am 30. Juli 2018 reichte der frühere Grundeigentümer beim Bauinspektorat der Einwohnergemeinde (EG) Bern ein nachträgliches Baugesuch ein für die Umnutzung der früheren Praxisräume in einen Prostitutionsbetrieb. A._____ unterzeichnete das Baugesuch als Projektverfasserin und stellte gleichentags ein Ausnahmegesuch für die zonenwidrige Nutzung. Mit Bauentscheid vom 5. April 2019 verweigerte das Regierungsstatthalteramt (RSA) Bern-Mittelland die beantragte nachträgliche Bau- und Ausnahmebewilligung und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innert einer Frist von zwei Jahren ab Rechtskraft des Entscheids an, um «die fraglichen Liegenschaften wieder dem nicht störenden Gewerbe zuzuführen» (Dispositiv Ziff. 3.1.3).

B.

Hiergegen erhob A._____ am 8. Mai 2019 Beschwerde bei der Bau-Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE; heute Bau- und Verkehrsdirektion [BVD]). Diese beteiligte B._____ als Grundeigentümerin von Amtes wegen am Verfahren und wies die Beschwerde mit Entscheid vom 13. August 2019 ab. Gleichzeitig passte sie von Amtes wegen das Dispositiv Ziffer 3.1.3 des angefochtenen Bauentscheids zur

Wiederherstellung an; danach ist der «Prostitutionsbetrieb in diesen Räumlichkeiten einzustellen».

C.

Dagegen hat A. _____ am 13. September 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei für das Bauvorhaben eine Ausnahmegewilligung zu erteilen.

Die EG Bern hat mit Schreiben vom 11. Oktober 2019 auf eine Beschwerdeantwort verzichtet. Mit Vernehmlassung vom 26. September 2019 schliesst die BVE auf Abweisung der Beschwerde. B. _____ hat sich nicht vernehmen lassen.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Mieterin und Nutzerin der Liegenschaft durch den angefochtene Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; BVE 7.9.2004, in BVR 2006 S. 80 E. 1b; vgl. VGE 23159 vom 23.5.2008 E. 1.2 mit Hinweisen; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 5. Aufl. 2020, Art. 49 N. 3 Bst. a und Art. 40 N. 5). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

2.1 Die streitbetroffene Liegenschaft befindet sich in der Wohnzone W (Bauklasse 4 und Lärmempfindlichkeitsstufe III; Akten RSA [act. 3B1]; vorne Bst. A). Die Wohnzone dient gemäss Art. 19 Abs. 1 der Bauordnung der Stadt Bern vom 24. September 2006 (BO; SSSB 721.1) dem Wohnen sowie nicht störenden Arbeitsnutzungen. Der Wohnanteil im Gebiet der ...-strasse ... beträgt mindestens 75 % (Art. 19 Abs. 3 BO i.V.m. Art. 46 Abs. 1 BO [Bauklasse = Geschosszahl]). Im Zeitpunkt der Nutzungsänderung im Jahr 2010 waren die gleichen Bestimmungen anwendbar (vgl. zum anwendbaren Recht Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14a mit weiteren Hinweisen; VGE 2018/185 vom 1.3.2019 [bestätigt durch BGer 1C_205/2019 vom 21.2.2020] E. 3.2). – Wie bereits die BVE zutreffend ausgeführt hat, dürfen Bauten und Anlagen nicht zu Einwirkungen auf die Nachbarschaft führen, die der Zonenordnung widersprechen (Art. 24 Abs. 1 BauG). Gemäss ständiger Praxis gelten Sexbetriebe in Wohnzonen mit überwiegendem Wohnanteil aufgrund der von ihnen ausgehenden ideellen Immissionen als stark störende und deshalb zonenwidrige Nutzung. Als Nutzungsvorschriften haben die baurechtlichen Immissionsbeschränkungen abstrakte Geltung, weshalb es keine Rolle spielt, ob das konkret zur Diskussion stehende Sexgewerbe bereits Anlass zu Beanstandungen gegeben hat oder nicht (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 24 N. 8 Bst. a und 31 Bst. f mit Hinweisen; VGE 2018/185 vom 1.3.2019 [bestätigt durch BGer 1C_205/2019 vom 21.2.2020] E. 3.3, 2011/269 vom 12.3.2012 E. 2.5 mit Hinweisen). Die sexgewerbliche Nutzung ist folglich in der hier betroffenen Wohnzone nicht zonenkonform.

2.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet grundsätzlich nicht, dass die sexgewerbliche Nutzung zonenwidrig ist (vgl. Beschwerde S. 4), sie ist vielmehr der Ansicht, es lägen Gründe für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung vor.

3.

3.1 Gemäss Art. 26 Abs. 1 BauG können Ausnahmen von einzelnen kantonalen und kommunalen Bauvorschriften gewährt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Die Ausnahmegewilligung bedeutet, dass von einer allgemein gehaltenen Bestimmung aus besonderen Gründen des Einzelfalls abgewichen werden darf. Dabei geht es um die Behebung einer unverhältnismässigen Härte oder offensichtlichen Unzweckmässigkeit, d.h. einer mit dem Erlass der Vorschrift nicht beabsichtigten Wirkung. Der Ausnahmegrund ist keine absolute Grösse. Ob ein Sachverhalt dem Erfordernis der besonderen Verhältnisse zu genügen vermag, hängt von drei Komponenten ab, nämlich vom Interesse der Bauherrschaft an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von der Art und dem Mass der verlangten Abweichung. Besondere Verhältnisse, die eine Ausnahme rechtfertigen, liegen umso eher vor, je weniger die Ziele der Bauvorschriften gefährdet werden (statt vieler BVR 2015 S. 425 E. 5.1, 2009 S. 87 E. 4.4.2; Zaugg/Ludwig a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 26-31 N. 1 und 2, Art. 26-27 N. 3 und 4). Als besondere Verhältnisse im Sinn von Art. 26 Abs. 1 BauG kommen sowohl objektive Besonderheiten (Lage der Parzelle, Beschaffenheit des Baugrunds, technisch bedingte Ausnahmesituation usw.) wie auch solche in Frage, die in den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Person begründet sind (z.B. Bedürfnisse einer behinderten Person). In jedem Fall müssen besondere, vom Normalfall abweichende Umstände vorliegen. Der blosser Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung des Grundstücks oder einer einfach besseren Lösung stellt hingegen keinen Ausnahmegrund dar (BVR 2009 S. 87 E. 4.4.2; zuletzt etwa VGE 2019/91 vom 17.3.2020 E. 3.1 f.).

3.2 Als besondere Verhältnisse macht die Beschwerdeführerin geltend, es bestehe kein zumutbarer Alternativstandort für ihren Prostitutionsbetrieb. Trotz jahrelanger intensiver Suche – «versuchte Kontaktaufnahme von über 140 Immobilienverwaltungen» – habe sie keinen anderen Standort gefunden. Prostitutionsbetriebe würden von Immobilienverwaltungen skeptisch betrachtet und der aktuelle Standort sei der einzige, an dem ihr Be-

trieb geduldet werde. Ihre privaten Interessen seien hoch zu gewichten, da sie den Betrieb seit über acht Jahren führe und ihr Lebensunterhalt davon abhängen. Die öffentlichen Interessen seien dagegen nur leicht zu gewichten, da der Betrieb die ungestörte Wohnnutzung nicht beeinträchtigen würde (Beschwerde S. 3 und 5).

3.3 Die Erhaltung eines Gewerbebetriebs kann unter Umständen einen Grund für eine Ausnahmegewilligung darstellen. Dies setzt jedoch voraus, dass dem Betrieb kein Standortwechsel zugemutet werden kann (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26/27 N. 5). Indessen geht es hier nicht um eine Ausnahme für die Erhaltung eines bestehenden Gewerbebetriebs: Die sex-gewerbliche Nutzung der früheren Praxisräume durch die Beschwerdeführerin ist bisher nicht bewilligt worden und war damit nie rechtmässig. In Frage steht vielmehr die erstmalige Bewilligung dieser Nutzung; die Ausnahme kann daher von vornherein nicht mit der Erhaltung eines Betriebs begründet werden (vgl. BVR 2004 S. 440 [VGE 21198/21200 vom 18.12.2003] nicht publ. E. 3.4.5; VGE 2012/419 vom 3.7.2013 [bestätigt durch BGer 1C_691/2013 vom 28.3.2014] E. 4.5). Ebenfalls vermögen wirtschaftliche Überlegungen für sich allein eine Ausnahme nicht zu rechtfertigen; sie sind den generellen, praktisch immer gegebenen Gründen und nicht den besonderen Verhältnissen zuzurechnen (VGE 2012/419 vom 3.7.2013 [bestätigt durch BGer 1C_691/2013 vom 28.3.2014] E. 4.5 mit Hinweisen). Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin den Betrieb seit über acht Jahren an diesem Standort führt und über eine Betriebsbewilligung gemäss Art. 5 des Gesetzes vom 7. Juni 2012 über das Prostitutionsgewerbe (PGG; BSG 935.90) bis 8. Oktober 2023 verfügt. Diese wurde ausdrücklich unter dem Vorbehalt des Ausgangs des baupolizeilichen Verfahrens erteilt (vgl. befristete Betriebsbewilligung vom 20.11.2018, Beschwerdebeilage [BB] 11). Weitere Besonderheiten werden nicht geltend gemacht und sind nicht ersichtlich; es erübrigt sich deshalb zu prüfen, ob mit einer Ausnahme öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen verletzt würden (vgl. Art. 26 Abs. 1 und 2 BauG). Die Vorinstanz hat aber zu Recht darauf hingewiesen, dass erhebliche öffentliche Interessen zu berücksichtigen wären: Beantragt wird eine Ausnahme von Art. 19 Abs. 1 BO. Das Ausnahmegesuch betrifft die Zonenkonformität in der Wohnzone. Die Durchsetzung der Zonenordnung stellt ein zentrales

Anliegen der Raumplanung und damit ein gewichtiges öffentliches Interesse dar, wobei dem Schutz der Wohnzonen vor zonenwidrigen Immissionen besondere Bedeutung zukommt. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Betrieb diskret geführt wird oder nicht (vgl. VGE 2018/185 vom 1.3.2019 [bestätigt durch BGer 1C_205/2019 vom 21.2.2020] E. 4.4). Die Vorinstanz hat die beantragte Bau- und Ausnahmegewilligung somit zu Recht verweigert.

4.

4.1 Im Fall des Bauabschlags entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 5 Abs. 2 und 3 und Art. 36 Abs. 2 und 3 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 47 Abs. 6 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]; BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 mit weiteren Hinweisen). Nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verwirkt der Wiederherstellungsanspruch der Behörden zudem im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren seit Beendigung der rechtswidrigen Arbeiten (statt vieler BGE 136 II 359 E. 8 einleitend mit Hinweisen, 8.3; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11 Bst. c).

4.2 Die Beschwerdeführerin führt den Prostitutionsbetrieb seit 2010 (vgl. Mietvertrag vom 23.3.2010, Akten BVE [act. 3A] BB 3; Beschwerde S. 3 und 6). Sie beruft sich nicht auf eine Untätigkeit der Baupolizeibehörde (vgl. Beschwerde S. 6), wobei sich für eine solche in den Vorakten auch keine Anhaltspunkte finden: Die Gemeinde hat jedenfalls mit der Betriebsbewilligung vom 9. Oktober 2013, die auch in Kopie an das Bauinspektorat ging, Kenntnis vom Betrieb erhalten (vgl. Akten BVE [act. 3A] BB 4). Im

Jahr 2014 verzichtete die Beschwerdeführerin ausdrücklich auf die Einreichung eines Baugesuchs und informierte die Gemeinde darüber, dass sie sich um andere Räumlichkeiten bemühen werde (Akten BVE [act. 3A] BB 5). Im Juli 2015 beantragte sie dann eine Verlängerung der Betriebsbewilligung (vgl. Akten BVE [act. 3A] BB 6). Die Gemeinde wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass trotz bevorstehender Verlängerung der Betriebsbewilligung baupolizeiliche Schritte vorbehalten blieben (vgl. Akten BVE [act. 3A] BB 7). Vor Ablauf der Betriebsbewilligung im Jahr 2018 wurde dann das nachträgliche Baubewilligungsverfahren eröffnet (vgl. vorne Bst. A). Die Fünfjahresfrist nach Art. 46 Abs. 3 BauG scheint eingehalten zu sein. Ohnehin ist die 30-jährige Verwirkungsfrist noch nicht eingetreten und es besteht ein zwingendes öffentliches Interesse daran, Wohnzonen von Sexgewerbe freizuhalten (VGE 2018/185 vom 1.3.2019 [bestätigt durch BGer 1C_205/2019 vom 21.2.2020] E. 4.2 mit Hinweisen).

4.3 Wiederherstellungsmassnahmen müssen geeignet sein, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, und dürfen nicht weiter gehen, als für diesen Zweck notwendig ist. Zudem muss die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des oder der Pflichtigen durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Zumutbarkeit; VGE 2018/185 vom 1.3.2019 [bestätigt durch BGer 1C_205/2019 vom 21.2.2020] E. 6.1 mit Hinweisen). – Die Wiederherstellung ist geeignet, das Verbot einer in der Wohnzone störenden Arbeitsnutzung durchzusetzen. Ein milderer Mittel als die angeordnete Einstellung des Sexgewerbes besteht nicht. Die Massnahme ist der Beschwerdeführerin auch zumutbar; sie trifft sie nicht unverhältnismässig, kann sie ihren Prostitutionsbetrieb doch an einem zonenkonformen Standort weiterführen. Dagegen ziehen die Bewohnerinnen und Bewohner aus der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands einen erheblichen Gewinn an Wohnqualität. Insgesamt überwiegt der Nutzen der Allgemeinheit die für die Beschwerdeführerin mit der Wiederherstellung verbundenen Nachteile (vgl. auch VGE 2018/185 vom 1.3.2019 [bestätigt durch BGer 1C_205/2019 vom 21.2.2020] E. 6.2).

4.4 Das RSA ordnete eine Wiederherstellungsfrist von zwei Jahren ab Rechtskraft des Entscheids an und folgte damit dem Antrag des Bauinspektorats. Weil keine Reklamationen Dritter vorlägen, sah das RSA keinen Anlass, eine kürzere Frist anzusetzen, auch wenn eine Wiederherstellung schon früher möglich erscheine (Bauentscheid E. 2.6.5 a.E., Akten RSA [act. 3B] pag. 47). Die BVE hielt fest, die angesetzte Frist sei nicht zu beanstanden (angefochtener Entscheid E. 4c). Die Beschwerdeführerin äussert sich zur Wiederherstellungsfrist nicht. – Mit Blick auf die in Frage stehenden öffentlichen Interessen und die in der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Praxis betreffend Sexgewerbebetrieben zu beurteilenden Wiederherstellungsfristen von vier Monaten erscheint eine Frist von zwei Jahren als lang, zumal die Beschwerdeführerin die Wiederherstellung nicht unvorbereitet trifft. Sie hatte seit mindestens 2014 Zeit, sich nach einem neuen Standort umzusehen (vgl. vorne E. 4.2). Indessen ist vor Verwaltungsgericht ein umfassendes Verschlechterungsverbot zu beachten (Art. 84 Abs. 2 VRPG; sog. Verbot der reformatio in peius; vgl. BVR 2016 S. 261 E. 4.8, 2010 S. 169 E. 4.1). Demnach ist es dem Verwaltungsgericht verwehrt, den angefochtenen Entscheid zum Nachteil der Beschwerdeführerin abzuändern und eine Verkürzung der Wiederherstellungsfrist anzuordnen.

5.

5.1 Der angefochtene Entscheid hält somit der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. Das Verwaltungsgericht beurteilt solche Rechtsmittel in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 4 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'000.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführerin
 - Beschwerdegegnerin
 - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
 - B. _____und mitzuteilen:
 - Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.