

Lic. iur. EUMAHP Yvonne Prieur
Ensingerstrasse 7
3006 Bern

6. Juni 2018

LSI

Stadtplanungsamt Bern
Zieglerstrasse 62
Postfach
3001 Bern

Mitwirkung zur Änderung der Bauordnung: betreffs Zwischennutzung

Sehr geehrte Damen und Herren

Hiermit nehme ich gerne als Bürgerin der Stadt Bern Ihre Einladung wahr, an der Änderung der Bauordnung der Stadt Bern (BO; SSSB 721.1) betreffs „Zwischennutzung“ mitzuwirken.

Der Gemeinderat begründet die Einführung eines neuen Nutzungsinstruments („Zwischennutzung“) mit einer noch nicht im Stadtrat behandelten Motion und mit gewissen öffentlichen Interessen. Es handelt sich bei diesen „Zwischennutzungen“ somit um „politisch initiierte Trendnutzungen“. Dazu schreibt der Gemeinderat, dass die „Zwischennutzung“ sich verfahrensmässig kaum von einer Baubewilligung unterscheiden würde. Das ist korrekt, nur erwähnt der Gemeinderat nicht, dass dies vom eidgenössischen und kantonalen Gesetzgeber bewusst im übergeordneten Recht so geregelt worden ist. Der Gemeinderat hat vor, die heutige Rechtslage in Bezug auf die Baubewilligungspflicht, die Zonenkonformität und die Ausnahmbewilligung für die städtischen Bauzonen zu ändern.

1. Zusammenfassung der Einwände

Dieser Norm-Entwurf ist aus folgenden Gründen abzulehnen:

1. Die „Zwischennutzung“, welche mit Art. 27a BO (Entwurf) geregelt werden soll, ist absichtlich schwammig formuliert. Damit wird für die Rechtsunterworfenen eine Norm kreiert, welche das Ausufern in subjektive Beliebigkeit fördert. Bürgerinnen und Bürger wird keine Vorausschaubarkeit in staatliches Handeln gewährleistet. Somit ist die Einheitlichkeit und Klarheit des Gesetzes und die **Rechtssicherheit** gefährdet.
2. Die „Zwischennutzungen“ sind nach Absatz 1 mit der Dauer bis zu insgesamt sieben Jahre möglich. Dabei müssen sich die Bauherren, welche ihr Vorhaben als „Zwischennutzung“ deklarieren, im Gegensatz zu sonstigen Bauherren weder an die Auflagen des Nutzungszonenplans für die Nutzungsarten: Wohnzonen, gemischte Wohnzonen, Industrie- und Gewerbezo-

nen sowie Zonen im öffentlichen Interesse und Schutzzonen (Gebiete mit besonderen landwirtschaftlicher, städtebaulicher oder ökologischer Bedeutung) halten! In den diesbezüglichen Erläuterungen werden Einschränkungen gemacht, aber nicht in Art. 27a Abs. 2 BO (Entwurf) selbst. Tatsache ist, dass nach dem Wortlaut sich die Bauherren von „Zwischennutzungen“ nicht an die Nutzungsarten des Nutzungszonenplans zu halten brauchen (Art. 19 – 25 BO). **Damit verstösst der Normentwurf gegen das übergeordnete Bundesrecht in Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG (RPG; SR 700)**, wonach Bauten nur bewilligt werden, wenn sie dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Nach ständiger Rechtspraxis gilt die Zonenkonformität auch bei „Zwischennutzungen“ als Voraussetzung für eine Baubewilligung.

3. In Absatz 2 wird eine Soll-Dauer von maximal zwei Jahren „Zwischennutzung“ festgelegt. Allerdings kann diese einfach verlängert werden. Damit fehlt es an der Bestimmbarkeit der Norm und somit an der **Rechtssicherheit**. Soweit ersichtlich, steht dieser Absatz trotz Berufung auf das übergeordnete Recht in Widerspruch zu diesem, da die Stadt den Katalog für Ausnahmen erweitert, dies widerspricht der Einheitlichkeit und Klarheit des Gesetzes. Nicht nur neue Bauten wären möglich, sondern jegliche bestehende Baute könnte umgenutzt werden zu Containerlösungen, Hausbaracken, Wagenburgen usw., sofern sie nicht in der Altstadt stehen (vgl. Erläuterungen, S. 13). Das öffentliche Interesse an solchen Nutzungen (für Private, halb Private/halb Öffentliche, Öffentliche) wird durch die Stadt definiert, die gleichzeitig Bewilligungsbehörde wäre. „Politisch genehme Trendige“ erhielten Sonderrechte und damit Privilegien. Die kommunale Überbauungsordnung müsste nicht mehr eingehalten werden. Dadurch wäre die **Rechtsgleichheit** nicht mehr gewährleistet. Die Ausnahmebestimmungen legt die Stadt in Art. 27a Abs. 2 Bst. b und c BO (Entwurf) fest; **diese Ausnahmetatbestände sind nicht mit dem übergeordnetem Recht (Art. 26 des Baugesetzes des Kantons Bern (BauG; BSG 721.0) vereinbar**.
4. Absatz 3 hält fest, dass für über zwei Jahre andauernde „Zwischennutzungen“ sofern sie über eine Ausnahmegewilligung (nach Abs. 2 Bst. b und c) verfügen, die kommunalen Baubewilligungsverfahren nicht eingehalten werden müssen. Auch diese Norm privilegiert die „Zwischennutzer“ gegenüber sonstigen Normadressaten und **verstösst gegen die Rechtsgleichheit und übergeordnetes Recht**.
5. In Absatz 4 wird festgelegt, wie „Zwischennutzungen“ zeitlich verlängert werden können bis zu maximal sieben Jahren. Damit besteht die Gefahr, dass die Stadt politisch umstrittene „Zwischennutzungen“ scheinbarweise eingeführt... Gerade bei politisch umstrittenen „Zwischennutzungen“ sollten doch die **Spielregeln** für alle Beteiligten klar und voraussehbar sein. Und was geschieht dann, wenn die „Zwischennutzer“ nicht freiwillig gehen? Dann können weitere Jahre vergehen, bis die „Zwischennutzer“ das Feld oder das Gebäude räumen.
6. Absatz 5 sieht vor, dass der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt wird nach Ablauf der „Zwischennutzung“. Da es dabei häufig um politische Trendnutzungen gehen wird, besteht die Gefahr, dass die Stadt, bzw. die Steuerzahler schlussendlich diese **Kosten** zu tragen haben.
7. Der Gemeinderat schiebt den höheren Instanzen (kantonale Behörden, Gerichte) die undankbare Aufgabe zu, in Streitfällen diese schwammige Norm auszulegen.

8. Bei Annahme dieser Norm müssten Betroffene, welche ihre Rechte geltend machen wollen, den **langen Verfahrensweg durch die Instanzen beschreiten**. Da es sich um zeitlich begrenzte „Zwischennutzungen“ handelt, könnten viele Zwischennutzungen gar nicht durch die oberen Instanzen überprüft werden. Sobald die Zwischennutzung abgeschlossen ist, verlieren die Einsprecher ihr aktuelles Rechtsschutzinteresse. Dann werden die Instanzen nur noch über Rechtsfragen von grundsätzlichem Interesse urteilen.

Es ist festzuhalten, dass die Gemeindeautonomie nach Art. 65 BauG der Stadt Bern keine Handhabe gibt, auf kommunaler Ebene die gesetzlich von Bund und Kanton festgelegten Nutzungsmöglichkeiten als „Zwischennutzungen“ auszuhebeln. **Es grenzt an Trickerei, „Zwischennutzungen“ in allen Bauzonen als zonenkonform zu erklären, um damit die Rahmenbedingungen des übergeordneten Rechts zu umgehen, insbesondere die Zonenkonformität, der Grundpfeiler des Raumplanungsgesetzes.**

2. Einzelne Ausführungen zu Art. 27a BO (Entwurf)

Jede Einschränkung eines Grundrechts bedarf der Grundlage in einem Gesetz. Inhalt, Zweck und Umfang sind hinreichend zu bestimmen. (Art. 28 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]). Unter diesem Aspekt wird der Art. 27a BO (Entwurf) v.a. in seinem Wortlaut, in seiner Systematik sowie in Bezug auf seine Verfassungskonformität geprüft.

7. Kapitel (neu): Befristete Nutzung

Art. 27a (neu) Zwischennutzung

Zum Begriff „Zwischennutzung“ gibt es bisher keine Legaldefinition. Als Zwischennutzung wird umgangssprachlich die zeitlich befristete Nutzung baulicher Anlagen bezeichnet (Übergangsnutzung). „Zwischennutzungen“ sind weder im Raumplanungsgesetz, noch im Baugesetz des Kantons Bern geregelt. Deshalb gelten zum jetzigen Zeitpunkt für sämtliche Nutzungen die gleichen Voraussetzungen in den Baubewilligungsverfahren.

Da der Begriff „Zwischennutzung“ noch nicht in der geltenden Rechtsordnung definiert bzw. geregelt ist, stellt sich die Frage, was der Gesetzgeber darunter versteht. Die diesbezüglichen Erläuterungen auf S. 5 f. helfen da nicht weiter, weil auch diese Szenarien schwammig formuliert sind und dies bewusst so: Auf S. 12 wird begründet, dass absichtlich keine Situationen für „Zwischennutzungen“ festgelegt worden sind, da immer neue Situationen auftreten könnten, die eine Zwischennutzung als sinnvoll erscheinen liessen. Damit wird für die Rechtsunterworfenen eine Norm kreiert, die das Ausufern in subjektiver Beliebigkeit fördert und den Bürgerinnen und Bürgern keine Vorausschaubarkeit in staatliches Handeln gewährleistet. Die Rechtssicherheit wäre nicht mehr gewährleistet.

Abs. 1: In der Bauzone sind bis zu einer Dauer von fünf Jahren ab Rechtskraft der Baubewilligung als Zwischennutzung auch andere als die in den Art. 19 bis 25 vorgegebenen Nutzungen zulässig.

Zunächst einmal wird festgehalten, dass nur in der Bauzone "Zwischennutzungen" möglich sind. Dann wird die Dauer von "Zwischennutzungen" auf fünf Jahre begrenzt, was allerdings insoweit irreführend für die Adressaten ist, da diese insgesamt sieben Jahre möglich sind, vgl. Abs. 4 des Entwurfs. Sehr gravierend ist, dass mit Art. 27a BO (Entwurf) der Nutzungszonenplan vollkommen ausgehebelt wird: Denn die Bauherren von "Zwischennutzungen" müssen sich - im Gegensatz zum ordentlichen Bauen - weder an die Auflagen für Wohnzonen, gemischte Wohnzonen, Kernzonen, Dienstleistungszonen, Industrie- und Gewerbebezonen sowie an Zonen im öffentlichen Interesse und an Schutzzonen (Gebiete mit besonderer landwirtschaftlicher, städtebaulicher oder ökologischer Bedeutung) halten! In den diesbezüglichen Erläuterungen zu dieser Norm werden Einschränkungen gemacht, aber Tatsache ist, dass die Norm für die Rechtsadressaten verbindlich ist und da steht klipp und klar, dass sich die Bauherren von "Zwischennutzungen" nicht an die Voraussetzungen des Nutzungsplans in den Art. 19 bis 25 BO zu halten brauchen. Durch diese Kompetenzerweiterung ist die Rechtsgleichheit zwischen den Bauherren nicht mehr gewährleistet.

Die Bewilligungsbehörden haben vor ihrem Entscheid für eine Bewilligung zur Zwischennutzung auch abzuklären, ob privatrechtliche Dienstbarkeiten, obligatorische Rechte oder Nachbarschaftsrechte an den Grundstücken bestehen (Art. 128 Abs. 2 BauG). Dieses (bundesrechtliche) Privatrecht kann ebenso wenig durch die kommunale Norm Art. 27a BO (Entwurf) einfach gekippt werden.

Abs. 2: "Zwischennutzungen", die maximal zwei Jahre dauern sollen, können bewilligt werden,

- a) wenn im Baubewilligungsverfahren und in den damit zu koordinierenden Verfahren zu prüfenden, kantonalen und eidgenössischen Vorschriften eingehalten sind oder wenn für deren Nichteinhaltung eine Ausnahmbewilligung erteilt werden kann,***
- b) wenn dafür bestehende Bauten umgenutzt oder höchstens leicht entfernbar aufgestellt werden und***
- c) wenn keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.***

Mit der Wortwahl „maximal dauern ‚sollen‘“ ist es ungewiss, ob die Zwischennutzung über zwei Jahre hinausgeht, da sie dann einfach verlängert werden kann. Dieser Wortwahl fehlt es an Bestimmbarkeit (vgl. unter 27a Abs. 4 BO [Entwurf]) und somit an Rechtssicherheit.

Unter Buchstabe a in Absatz 2 wird einerseits Bezug genommen auf übergeordnetes Recht (Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG), andererseits wird dieses durch „untergeordnetes kommunales Recht“ ausser Kraft gesetzt, indem der kommunale Gesetzgeber neue Ausnahmetatbestände nach Bst. b und c schafft. Es fragt sich auch, ob die Stadt weiterhin garantiert, dass keine wesentlichen nachbarlichen Interessen durch die "Zwischennutzungen" verletzt werden (vgl. Art. 26 BauG).

Für die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes muss nach den Buchstaben b und c erfüllt werden:

Bestehende Bauten können umgenutzt oder leicht entfernbar aufgestellt werden, soweit diesen Vorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegen stehen. Dadurch könnte fast jede Zwischennutzung durch die Stadt selbst mit einer Ausnahme bewilligt werden, denn nicht nur

ungenutzte Räume könnten umgenutzt werden, sondern jegliche bestehende Bauten. Und was versteht der kommunale Gesetzgeber unter: „leicht entfernbare Bauten“? Das könnten Containerlösungen oder Holzbaracken sein, oder Wagenburgen für Personen, die keinen festen Wohnsitz haben, sofern diese nicht in der Altstadt aufgestellt werden.

Zum öffentlichen Interesse: Bei einer Umzonung können die Bürgerinnen und Bürger nach geltendem Recht entscheiden, ob sie diese befürworten oder nicht. Dieses demokratische Recht will die Stadt als kommunaler Gesetzgeber aushebeln. Er will künftig über Umzonungen entscheiden, die nicht dem koordinierten Baubewilligungsverfahren unterstehen.

Diese immense Kompetenzerweiterung kann zu Willkür führen. Dabei ist der Umstand zu berücksichtigen, dass die Stadt und die von ihr geförderten Akteure schon mehrmals mit rechtswidrigen „Zwischennutzungen“ im Verwaltungs- und im Verwaltungsgerichtsverfahren gescheitert sind. Ihre Ausführungen in den Erläuterungen (S. 4 unten), dass das öffentliche Interesse eine Grenze für die „Zwischennutzungen“ setzt, ist schlichtweg ein Paradox. Das öffentliche Interesse ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der schwer auszulegen ist. Ist die Stadt Entscheidungsbehörde, bestimmt sie das öffentliche Interesse. Ihre Politik will die Stadt mit privaten, halb privaten/ halb öffentlichen sowie privaten „Zwischennutzungen“ fördern und umsetzen. Damit schafft die Stadt für „politisch genehme Trendige“ Sonderrechte und damit Privilegien. Die Rechtsgleichheit für die Bauherren wäre nicht mehr gewährleistet, da für solche „Zwischennutzungen“ die kommunale Überbauungsordnung (wie Grenzabstände) nicht mehr einzuhalten wäre.

Abs. 3: Bei „Zwischennutzungen“, die mehr als zwei Jahre dauern, müssen zudem die kommunalen Bauvorschriften eingehalten werden oder bei deren Nichteinhaltung die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung erfüllt sein.

„Zwischennutzungen“ können von der Stadt (in der Regel) als Entscheidungsbehörde als Ausnahmen (nach Abs. 2 Bst. b und c) bewilligt werden, für welche die Vorschriften der Nutzungszonenpläne der BO grösstenteils nicht gelten. Nur im koordinierten Baubewilligungsverfahren wären diese künftig noch einzuhalten. Ob diese Ausweitung der hohen Kompetenzfülle an die Stadt legitim ist, ist nicht nur aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu bezweifeln.

Abs. 4: Die Verlängerung der Dauer der „Zwischennutzungen“ um zwei auf maximal sieben Jahre kann bewilligt werden, wenn die Voraussetzungen von Absatz 2 und 3 weiterhin erfüllt sind. Die Dauer mehrerer Arten von aufeinanderfolgenden „Zwischennutzungen“ darf insgesamt sieben Jahre ab Rechtskraft der ersten Baubewilligung nicht überschreiten.

Hiermit wird deutlich, dass die Stadt sich gar nicht auf unter sieben Jahren limitierte „Zwischennutzungen“ festlegen lassen will. Es besteht somit die Möglichkeit, dass sehr umstrittene „Zwischennutzungen“ erst einmal für die kurze Dauer von zwei Jahre bewilligt werden, um den Kritikern den Wind aus den Segeln zu nehmen. Dann kann solche „Zwischennutzung“ immer wieder verlängert werden, bis die maximale „Zwischennutzungsdauer“ von sieben Jahren erreicht wird. Und was geschieht, wenn

die „Zwischennutzer“ dann nicht freiwillig gehen? Dann können Jahre vergehen, bis die „Zwischennutzer“ das Feld oder das Gebäude räumen.

Abs. 5: Die Zwischennutzung muss nach Ablauf der bewilligten Nutzungsdauer beendet werden und es ist der ursprüngliche Zustand wiederherzustellen.

Hier ist die Frage zu stellen, wie die Stadt bei den „Zwischennutzern“ durchsetzen will, dass diese den ursprünglichen Zustand wieder herstellen? Falls die Kosten für die Wiederherstellung nicht von den „Zwischennutzern“ übernommen werden, dann tragen die Steuerzahler die Kosten.

3. Fazit

„Zwischennutzungen“ können einen Mehrwert in der Stadt Bern bieten, aber die vom Gemeinderat vorgeschlagenen rechtlichen Anpassungen schiessen zu weit über das Ziel hinaus. Sie verstossen gegen übergeordnetes Recht und greifen zu stark in die Grundrechte der davon betroffenen Bürgerinnen und Bürger ein. Dieser Entwurf ist zu schwammig formuliert, deshalb ist zu befürchten, dass seine Einführung keine Probleme löst, sondern eher verstärkt.

Freundliche Grüsse

Yvonne Prieur

Kopie: Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK), Finanzverwaltung des Kantons Bern, Münsterplatz 12, 3011 Bern.