

**Einschreiben**

Verwaltungsgericht des Kantons Bern  
Verwaltungsrechtliche Abteilung  
Speichergasse 12  
3011 Bern

Bern, 06.11.2009

Dokument2

**Beschwerde**

für

**Implenia Generalunternehmung AG**, mit Sitz in Basel, Wabernstrasse 40, Postfach 1152,  
3000 Bern 23,

vertreten durch Fürsprecher

...

3000 Bern ,

**Beschwerdeführerin**

gegen

**Verkehrs-Club der Schweiz (VCS), Sektion Bern**, handelnd durch die VCS Regional-  
gruppe Bern, Bollwerk 35, Postfach 8550, 3001 Bern,

**podium Tannacker und Gümligenfeld**, Postfach 69, 3073 Gümligen,

beide vertreten durch Fürsprecher ... Bern.

**Beschwerdegegner**

und

Frau ... Gümligen

Frau ...

Rizenbach

Herrn... Gümligen

als Erbgemeinschaft ....

alle vertreten  
Bern

durch....

Muri b.

**Beigeladene**

sowie

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern**, Rechtsamt, Reiterstrasse 11,  
3011 Bern

und

**Einwohnergemeinde Muri**, Gemeindeverwaltung, Thunstrasse 74, 3074 Muri b. Bern

**betreffend**  
**Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern**  
**RA Nr. 110/2009/43 vom 08. Oktober 2009**

**I. Rechtsbegehren**

1. Es sei Ziffer III. 1 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 08.10.2009 bezüglich des Nichteintretens aufzuheben, und
  - a. die Auflage gemäss Ziffer 3.1. des Gesamtbauentscheids der Einwohnergemeinde Muri vom 06. März 2009 sei aufzuheben, soweit Ziffer 7 Unterziffer 9 des Berichts des Amts für Umweltkoordination und Energie vom 17. Oktober 2008 betreffend;
  - b. eventuell sei die Sache an die BVE zur Neuurteilung zurückzuweisen.
2. Ziff. 5 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 08.10.2009 sei bezüglich der Parteikostenentschädigungen zwischen Implenia Generalunternehmung AG einerseits und VCS und Podium Tannacker und Gümli-Genfeld andererseits aufzuheben, und die Parteikostenentschädigungen seien im Sinn der Begründung zu bestimmen.

**Unter Kostenfolge**

**II. Formelles**

1. Der angefochtene Entscheid datiert vom 08.10.2009 und ist dem Unterzeichneten am 09.10.2009 zugestellt worden. Die Beschwerdefrist von 30 Tagen ist eingehalten.
2. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert, erstens weil die Vorinstanz auf einen Beschwerdepunkt nicht eingetreten ist, und zweitens weil die Auflage betreffend Vermietungen/Nutzungsmix bestehen blieb. Nähere Ausführungen erfolgen in der materiellen Begründung.

3. Das Verwaltungsgericht wird die Beschwerdegegner und Beigeladenen anzufragen haben, ob sie sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligen.
4. Die Vollmacht des Unterzeichneten liegt bei den Vorakten.

Beweismittel:

Akten der BVE RA Nr. 110/2009/43 mit den diesbezüglichen  
Akten der Einwohnergemeinde Muri, bei der BVE

**zu edieren**

Entscheid BVE vom 08.10.2009

**Beilage 1**

### **III. Materielle Begründung**

#### **A. Auflage betr. Vermietung (Rechtsbegehren Ziff. 1)**

##### **Art. 1**

###### Gegenstand der Beschwerde

Der Gesamtbaubauentscheid der Gemeinde Muri vom 06.03.2009 erklärt im Dispositiv Ziffer V Ziffer 3.1, die Auflagen gemäss Bericht UVP: Gesamtbeurteilung der Umweltverträglichkeit" des Amtes für Umweltkoordination und Energie (AUE) vom 17. Oktober 2008 bildeten integrale Bestandteile der Gesamtbaubewilligung.

Im entsprechenden Bericht des AUE vom 17.10.2008 Ziffer 7 Unterziffer 9 wird als Auflage formuliert:

###### 9. Verkaufsnutzung

*Die Verkaufsflächen sind gemäss Tabelle 5 im UVB (September 2008, Seite 20) zu vermieten. Es dürfen höchstens 10 % der Verkaufsfläche an Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen vermietet werden.*

Im vorliegenden Verfahren geht es um diese Auflage.

##### **Art. 2**

###### Eintreten

Der angefochtene Entscheid ist auf das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten, die Auflage betreffend Vermietung/Nutzungsmix aufzuheben. Begründet wurde dies damit, die Auflage ordne nichts an, was nicht ohnehin gelten würde; die Auflage bewirke keine Veränderung des Baugesuchs. Solche Hinweise würden nicht zu den verbindlichen Anordnungen gehören und seien nicht anfechtbar. Dazu ergibt sich Folgendes:

1. Baugesuch

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Baugesuch vom 5. September 2005 den Nutzungsmix nicht als Gegenstand des Baugesuches dargestellt. Die Bewilligung bezieht sich nicht auf einen nachgesuchten Sachverhalt.

Der Nutzungsmix wurde im UVB vom April 2007 (mit Änderungen vom September 2008) Seite 20 dargestellt. Die Darstellung erfolgte unter dem Titel „Mögliche Nutzungen“ und mit dem Kommentar: „Es wird empfohlen, die Fahrtenzahl präventiv mit gezielten Massnahmen zu minimieren“. Die Massnahmen wurden auf Seite 24 und 25 dargestellt. Es ergibt sich daraus:

Der UVB ist gar nicht Teil des Baugesuches. Er ist Teil des Baubewilligungsverfahrens zum Zweck der Beurteilung des Baugesuches.

Der UVB schlägt keine Auflage betreffend die Vermietung vor. Der dargestellte Nutzungsmix sollte lediglich illustrieren, dass ein umweltverträglicher Betrieb des geplanten Fachmarktzentrums möglich ist.

Zudem hat die Beschwerdeführerin bereits im Baubewilligungsverfahren die heute angefochtene Auflage abgelehnt (Brief vom 1. Dezember 2008 / bei den Akten und Beilage 2).

Demnach ist der Inhalt der Auflage nicht Teil des Baugesuchs, und die Bewilligung umfasst eine solche Regelung nicht.

2. Ohnehingeltung auf Grund materiellen Rechts

Die angefochtene Auflage mit dem Nutzungsmix hat keine direkte gesetzliche Grundlage und gilt nicht ohnehin (vgl. BVR 1998 S. 308 ff. E. 8 und 9). Es ist durchaus möglich, dass ein anderer Nutzungsmix (als gemäss der Auflage) die unbestrittene Grenze von 2'500 Fahrten DTV einhalten kann. Die Vorschrift, dass höchstens 10 % der Verkaufsfläche an Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen vermietet werden dürfen, ist eine zusätzliche Schranke zur maximal zulässigen Fahrtenzahl und deshalb eine echte Auflage.

Demzufolge hätte die BVE auf das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin hinsichtlich Aufhebung der Auflage eintreten müssen.

**Art. 3**

Materielle Beurteilung durch das Verwaltungsgericht oder Rückweisung an BVE?

Das Verwaltungsgericht hat die Möglichkeit, den Nichteintretensentscheid der BVE aufzuheben und die Sache an die BVE zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen.

Die BVE hat nun trotz des Nichteintretensentscheids eine materielle Beurteilung vorgenommen. Sie ist dabei zum Schluss gekommen, die Auflage habe Bestand. Bei einer Rückweisung würde sie im Ergebnis gleich entscheiden, und dagegen müsste wiederum Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden. Dies wäre eine unnötige Weitläufigkeit, und des

halb wird beantragt, das Verwaltungsgericht möge bereits im Rahmen der vorliegenden Beschwerde materiell entscheiden (Kommentar VRPG Art. 72 N 10).

Für den Fall, dass das Verwaltungsgericht die Sache materiell beurteilt, erfolgt die nachstehende Begründung.

#### Art. 4

##### Bestimmtheit der Auflage

##### 1. Verwendete Begriffe

##### 1.1 Gesamtbauentscheid vom 06.03.2009

Der Gesamtbauentscheid der Gemeinde verweist auf den Fachbericht des AUE vom 17.10.2008, welcher lautet::

##### 9. *Verkaufsnutzung*

*Die Verkaufsflächen sind **gemäss Tabelle 5 im UVB** (September 2008, Seite 20) zu vermieten. Es dürfen höchstens 10 % der Verkaufsfläche an **Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen** vermietet werden.*

##### 1.2 UVB vom April 2007/September 2008

Das AUE verweist auf den UVB S. 20, wo dargestellt wird:

*Tabelle 5: Fahrtenzahl bei einem Nutzungsmix von 90 % **eher flächenintensiver** und 10 % **eher fahrtenintensiver Fachmarktnutzung**.....*

##### 1.3 Stellungnahme des AUE vom 01.05.2009

In dieser Stellungnahme an die BVE hat das AUE beantragt, die Formulierung aus dem UVB zu übernehmen, nämlich:

*Für rund 90 % sind **eher flächenintensive** und für rund 10 % **eher fahrtenintensive Fachmarktnutzungen** vorzusehen.*

##### 1.4 Entscheid der BVE

Im Ergebnis erklärt die BVE die ursprüngliche Fassung des AUE (Ziff. 1.1 hiervor) für massgebend, die im Gesamtbauentscheid übernommen wurde. In den Erwägungen verwendet die BVE die Begriffe „**etwa 10 % fahrtenintensiver und etwa 90 % flächenintensiver Verkaufsnutzung**“.

##### 1.5 Fazit

Es wurden immer wieder andere Begriffe verwendet. Dies erstaunt nicht, sind doch die Begriffe in keiner Fassung klar. Am strengsten ist die Fassung gemäss dem Gesamtbauentscheid, weil die Prozentzahlen mit „höchstens“ bezeichnet sind.

Begriff „Verkaufsfläche an Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen“

In der Auflage sind diese Begriffe verwendet worden, und sie sind im vorliegenden Verfahren massgebend.

Die Auflage bezieht sich einesteils auf die Verkaufsfläche resp. die Verkaufsräume. Diese Begriffe sind nicht definiert. Detailhandelsgeschäfte belegen ihre Räume in der Regel mit der Zone des Kundenzutritts, der Warenauslage, mit Lager und Büros etc.

Die Auflage bezieht sich anderenteils auf die Vermietung von höchstens 10 % der Verkaufsfläche an Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen. Dazu ergibt sich Folgendes:

Der Begriff „erhöhtes Verkehrsaufkommen“ ist in der Gesetzgebung (und auch sonst) nicht definiert; er ist nicht gleichbedeutend mit dem Begriff „verkehrsintensives Bauvorhaben“ (Art. 91a BauV). Auch dies zeigt dass mit der Auflage eine zusätzliche Schranke zur zulässigen Fahrtenzahl von 2'500 DTV eingebaut wurde.

Die Auflage nimmt zur Definition des Begriffs „Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen“ Bezug auf den UVB. Im UVB sind beispielsweise genannt: Sportfachmarkt, Bekleidung/Schuhe, Elektronik, Buchhandel. Diese beispielhafte Unterscheidung ist für den konkreten Fall nicht tauglich, was an den folgenden Beispielen aufgezeigt wird:

Bekleidung: Ein Markenanbieter im Hochpreissegment wie Gucci wäre eher flächenintensiv.

Ein Anbieter im Tiefpreissegment wie Hennes + Mauritz wäre eher fahrtenintensiv.

Schuhe: vgl. Bally mit Dosenbach

Möbel: vgl. Theo Jakob mit IKEA

Die Unterscheidung nach der Branche hat somit keinen eindeutigen Bezug zu den verursachten Fahrten.

Eine bedeutende Frage ist, wie viele Besucher des Fachmarktgebäudes mehrere Fachmarktgeschäfte aufsuchen. Im UVB (S. 19) ist dieser Anteil vorsichtig mit 15 % geschätzt worden. Der Anteil hängt von der Zusammensetzung der verschiedenen Geschäftsangebote ab. Dies relativiert die von einem einzigen Fachmarkt verursachten Fahrten. Das Konzept der Auflage, bei 10 % der Verkaufsfläche auf Branchen abzustellen, ist auch aus diesem Grund nicht tauglich. Tauglich ist nur die gesamthafte Betrachtung mit Blick auf die 2500 Fahrten unter Einbezug aller Umstände.

Fazit

Die angefochtene Auflage definiert den Begriff „Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen“ durch Verweis auf den UVB, wo verschiedene Branchen genannt sind. Diese Branchen vermögen aber hinsichtlich der Frage, ob ein Fachmarkt mit erhöhtem Verkehrsaufkommen vorliegt, kein taugliches Kriterium in einem Justiziarer Sinn abzugeben.

Die Auflage bzw. der UVB decken zudem nicht alle Nutzungsmöglichkeiten ab.

Die Auflage ist nicht zielbezogen (Gesamtfahrtenzahl) und auch nicht definiert.

### 3. Rechtssicherheit

Weil die Begriffe nicht definiert sind, besteht Rechtsunsicherheit, und zwar sowohl für die Baugesuchstellerin und die Mieter als auch für die Baupolizeibehörde und weitere mögliche Parteien.

Problemlos vermietbar wären nur 10 % der Verkaufsflächen. Bei jeder weiteren Fläche kann die Frage aufgeworfen werden, ob diese Fläche nicht auch zur Kategorie der 10 % Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen gehöre. Selbst bei jedem späteren Mieterwechsel oder auch nur bei Änderung eines Fachmarktmieters betreffend Verkaufsfläche und Angebot könnte die Frage nach der diesbezüglichen Qualifikation aufgeworfen werden. Die Vermietungen über 10 % der Fläche und Änderungen (betreffend Warenangebot, Verkaufsflächen etc.) müssten alle publiziert werden, denn es kann stets eingewendet werden, eine vorgesehene Fachmarktnutzung gehöre zur fahrtenintensiveren Kategorie. Daran würden sich Einsprache- und Beschwerdeverfahren anschliessen. Dies wäre auch dann der Fall, wenn die Fahrtengrenze von 2500 DTV letztlich gar nicht tangiert ist, denn die Auflage mit dem Nutzungsmix bildet eine eigenständige Vorschrift.

### 4. Fazit

Die Auflage ist unbestimmt, da insbesondere der verwendete Begriff „Fachmarkt mit erhöhtem Verkehrsaufkommen“ keinen klaren und Justiziaren Gehalt hat (vgl. Ziff. 2.1 und 2.2 hiervor). Die auf eine präventive Einhaltung der Fahrtengrenze abzielende Auflage kann von der Beschwerdeführerin und den Behörden nicht vollzogen werden, da die Nutzung von Verkaufsfläche durch einen Betrieb einer bestimmten Branche nicht vorherseh- oder berechenbar zu einer bestimmten Anzahl Fahrten führt. Die Anordnung einer derartigen Auflage ist nicht recht- und verhältnismässig. Die Auflage ist aufzuheben (vgl. Kommentar VRPG Art. 49 N 53).

## Art. 5

### **Mögliche Massnahmen**

Zu beachten ist, dass die Mietverträge grundsätzlich vor Baubeginn abgeschlossen werden müssen. Denn erstens ist beim Innenausbau auf die Bedürfnisse der Mieter Rücksicht zu nehmen. Und zweitens setzt der Baubeginn wegen der Finanzierung voraus, dass die Vermietungen erfolgt sind. Dies ist allseitig unbestritten und für die Immobilienbranche notorisch.

Die Beschwerdeführerin ist sich bewusst, dass sie bereits beim Abschluss der Mietverträge und auch sonst die Höchstgrenze von 2500 Fahrten DTV im Auge behalten muss. Sie kann verschiedene präventive Massnahmen ergreifen:

#### 1. Auswahl der Mieter

Bezüglich der Mieter ist abzuschätzen, welche Fahrten diese Vermietung verursachen kann. Die Zugehörigkeit eines Mieters zu einer bestimmten Branche kann ein Indiz sein, jedoch ein höchst unzuverlässiges (vgl. die Beispiele unter Art. 4 Ziff. 2.1

hiervor). Abzuschätzen ist das voraussichtliche Fahrtenaufkommen auf Grund sämtlicher konkreter Gegebenheiten. Bei bereits bestehenden Fachmarktketten dürften die bisherigen Geschäftserfahrungen Anhaltspunkte liefern; bei neuen eigenständigen Geschäften wäre dies nicht gegeben. Die Mehrfachbesuche (Aufsuchen mehrerer Geschäfte) wäre ebenfalls zu berücksichtigen. So oder so sind solche Schätzungen höchst unzuverlässig. Ein Fachmarkt, der andernorts floriert, kann im Gümligenfeld nicht gefragt sein. Erfahrungsgemäss hängt der Erfolg eines Fachmarktes von verschiedensten Faktoren ab wie der Person der Leitung, den andern Einkaufsmöglichkeiten, der Lage u.v.a.m. In der Regel können Gründe für das Mass des Geschäftserfolgs auch rückblickend gar nicht eruiert werden, erst recht nicht vorausschauend, auch nicht von den betreffenden Geschäften selber. Die Auswahl der Mieter nach Branchen, wie es die Auflage verlangt, ist hinsichtlich der Fahrtenzahl nicht tauglich. Eine solche Methode ist bezüglich anderer Entwicklungsschwerpunkte nicht bekannt.

## 2. Rechtliche Bestimmungen in Nutzungsverträgen (Mietverträgen)

Mietvertraglich können Vereinbarungen getroffen werden, wonach der Mieter Massnahmen betreffend die Fahrten zu treffen hat. Die möglichen Massnahmen ergeben sich auf Grund der konkreten Verhältnisse des Mieters und können nicht vorweggenommen werden.

## 3. Massnahmen des Vermieters

Der Vermieter kann Massnahmen selber treffen. Solche sind im UVB (S., 24/25), im Bericht des AUE vom 17.10.2008 (S. 10/11) und dem Grundsatz nach auch im Bericht des beco vom 16.06.2008 (s. 3 Ziff. 3) aufgeführt. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Diese Massnahmen sind alle dynamisch und geeignet, die Einhaltung der Fahrtenzahl fortlaufend zu gewährleisten.

## 4. Massnahmen der Baupolizeibehörde

Die Baupolizeibehörde kann je nach Situation die in Ziff. 3 hiervoor genannten Massnahmen (und weitere) anordnen und durchsetzen.

## Fazit

Die Auflage, welche die Vermietung auf 10 % an Fachmärkte mit erhöhtem Verkehrsaufkommen (d.h. hinsichtlich der Branchen gemäss UVB) beschränkt, ist für der Gesamtfahrtenzahl untauglich und hat keine rechtliche Grundlage. Insbesondere kann mit dieser statischen Massnahme im Zeitpunkt der Vermietung nicht zielgerichtet zur künftigen Fahrtenzahl-Einhaltung von 2500 DTV beigetragen werden. Gefordert sind dynamische Kriterien, die auf die jeweiligen Verhältnisse reagieren.

Die angefochtene Auflage ist unverhältnismässig und ohne gesetzliche Grundlage.

## **Art. 6**

### **Fahrtenzahl vs. 10%**

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde an die BVE darauf hingewiesen, der Nutzungsmix gemäss Auflage könne dazu führen, dass die Fahrtenzahl von 2500 DTV nicht ausgeschöpft werden könne. Sie erhebt diese Kritik auch vorliegend. Der Richtplan gestattet

2500 Fahrten DTV, und diese Zahl darf nicht mit Auflagen eingeschränkt werden. Die Auflage führt zu einer unzulässigen Überregulierung. Es gibt keine gesetzliche Grundlage, um das Verkehrsaufkommen über die Fahrtenbeschränkung von 2'500 DTV hinaus zusätzlich zu regulieren und zu beschränken.

Der angefochtene Entscheid erwägt nun die Möglichkeit, die Grenze von 10 % fahrtenintensiverer Nutzung mittels Bewilligung zu überschreiten. Kriterien für eine solche Bewilligung fehlen; zu vermuten ist, dass dies dann möglich sein soll, wenn dadurch die Fahrtenzahl nicht überschritten würde. Ein solches Vorgehen ist jedoch nicht umsetzbar: Die Vermietung muss vor Baubeginn erfolgen. Es ist nicht denkbar, vorerst 10 % der Fläche zu vermieten, dann den Fachmarkt zu bauen, dann die Entwicklung der Fahrten abzuwarten, und danach erst weitere Vermietungen vorzunehmen.

Das AUE hat in seiner Stellungnahme vom 01.05.2009 diese Kritik akzeptiert und festgehalten, es sei nicht Ziel der Auflage, die Fahrtenzahl allenfalls unter 2500 DTV zu halten. Der Nutzungsmix sei deshalb mit „ungefähr“ zu verstehen. Das AUE hat alsdann eine Neuformulierung der Auflage vorgeschlagen (in Art. 4 Ziff. 1.3 hiervor), welche von der BVE nicht übernommen worden ist. Die vom AUE vorgeschlagene Neuformulierung leidet aber unter den gleichen Problemen wie die angefochtene.

## **Art. 7**

### **Weiter zum Entscheid BVE**

Die BVE hat erwogen (S. 24), solange sich die Vermietungen im Nutzungsmix gemäss Auflage bewegten, brauche es keine zusätzliche Bewilligung für die Nutzung, jedoch darüber hinausgehend. Das Abweichen vom Nutzungsmix wäre eine Zweckänderung, welche die Zonenvorschriften oder die Umweltschutzgesetzgebung berühren oder zu einer Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen führen könnte. Dazu Folgendes:

#### Betreffend Zonenvorschriften

Der Nutzungsmix ist hinsichtlich der Zonenvorschriften nicht relevant. Gemäss Art. 6 UeV ist Fachmarktnutzung zulässig.

Die Zonenvorschriften würden durch ein Warenangebot berührt, das den Begriff „Fachmarkt“ überschreitet (BDE S. 13 Anm. 40). Es besteht aber kein Zusammenhang mit dem vorliegenden Nutzungsmix.

#### Betreffend Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen

Der Nutzungsmix berührt die Erschliessungsvorschriften nicht. Die Erschliessung ist in der Überbauungsordnung rechtskräftig bestimmt. Dies hält der angefochtene Entscheid selber fest (BDE S. 17) mit dem Hinweis, es würden weder Unklarheiten noch Ermessensspielräume bestehen.

#### Betreffend Umweltschutzgesetzgebung

Die Auflage betr. Nutzungsmix bezieht sich auf die 2500 Fahrten DTV, indem sie zusätzlich zu dieser Fahrtengrenze vorsorglich den Nutzungsmix bestimmt. Insofern ist der Bezug zur Umweltschutzgesetzgebung gegeben.

Die Auflage kann indessen aus den in dieser Beschwerde dargelegten Gründen nicht verfügt werden.

## **Art. 8**

### **Rechtliches betr. Auflage**

#### 1. Ausgangslage

Der angefochtene Entscheid auferlegt zusätzlich zur Fahrtenzahl die Auflage, bei der Vermietung den branchenbezogenen Nutzungsmix zu beachten. Gemäss den Erwägungen im BDE besteht ausserdem eine Bewilligungspflicht für Nutzungen, welche über den Nutzungsmix hinausgehen. Insoweit wird das Erfordernis der Teilbaubewilligung eingeführt.

#### 2. Notwendigkeit der Auflage

##### 2.1 Grundsatz

Auflagen haben ihre gesetzliche Grundlage in Art. 38 Abs. 3 BauG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 BauG.

Zaugg/Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern, führen in Art. 38/29 N 15a Bst. c aus, Auflagen seien das Mittel, um gesetzwidrige Auswirkungen zu verhindern. Sie würden insofern gegenüber der Alternative des Bauabschlags das mildere Mittel darstellen. Daraus ist ersichtlich, dass die Auflage notwendig sein muss, um die Bewilligung erteilen zu können, weil ohne Auflage der Bauabschlag zu erteilen wäre.

##### 2.2 Anwendung des Grundsatzes

Grundsätzlich ist es bei jedem Bauwerk möglich, dass Bauvorschriften oder Baubewilligung nachträglich verletzt werden, sei es durch bauliche oder nutzungsbezogene Tätigkeit. Im Allgemeinen ist es der Baugesetzgebung fremd, diesbezügliche präventive Auflagen zu verfügen.

Auflagen sind dann gerechtfertigt, wenn die einzuhaltende Vorschrift nicht klar ist. Vorliegend ist indessen die Fahrtenzahl von 2500 DTV klar und bedarf keiner Konkretisierung.

Es liegt nicht der Fall vor, dass ohne die Auflage der Bauabschlag erteilt werden müsste.

Die BVE hat das gesamte Projekt bewilligt. Sie hat nicht Teilbaubewilligungen vorbehalten. Zwar hat sie erwogen, bei Überschreitung des Nutzungsmix könne eine Baubewilligung beantragt werden. Dies versteht sich grundsätzlich von selbst; bezüglich jeder Auflage bzw. bezüglich jedes Baugesuchs können nachträglich Änderungen mit neuem Baubewilligungsverfahren beantragt werden.

#### 3. Bestimmtheit und Vollzug der Auflage

##### 3.1 Grundsatz

Der Vollzug einer Auflage muss sicher und mit vernünftigem Aufwand möglich sein. Andernfalls ist die Auflage ungeeignet und damit unzulässig (Kommentar VRPG Art. 49 N 53).

### 3.2 Anwendung des Grundsatzes

Wie ausgeführt ist der Inhalt der Auflage unklar und ohne hinreichenden Bezug zur Fahrtenzahl. Die Auflage ist hinsichtlich ihres Zwecks ungeeignet, die Fahrtenzahl präventiv zu beschränken. Sie ist ausserdem nicht bestimmt.

#### **Art. 9**

##### **Andere Auflage**

Wenn sich die vorliegende Auflage nicht halten lässt, kann man die Frage stellen, ob eine Auflage mit anderem Inhalt in Frage kommt.

Eine Auflage hinsichtlich der 2500 Fahrten DTV kommt bereits grundsätzlich nicht in Frage, weil die Fahrtenzahl klar ist und keiner Konkretisierung bedarf.

Eine Auflage ist - wie oben aufgezeigt - generell nicht tauglich. Mit der Fahrtenzahl von 2500 DTV ist bereits die Pflicht zur Einhaltung dieser Fahrtenzahl verbunden. Die tatsächliche Fahrtenzahl basiert auf komplexen tatsächlichen Verhältnissen. Sie kann nicht durch einen Nutzungsmix oder andere im voraus festgelegte Kriterien gewährleistet werden, sondern ist eine fortlaufende Aufgabe anhand der fortlaufend ändernden Verhältnisse.

Eine Auflage mit anderen Inhalten ist von keiner Seite beantragt oder in Erwägung gezogen worden.

Die grundsätzliche Notwendigkeit, stets auf die Einhaltung der Fahrtenzahl zu achten und diesbezüglich auch präventive Gesichtspunkte zu beachten, ergibt sich bereits aus der Fahrtenzahl selber. Eine diesbezügliche allgemeine Formulierung ist überflüssig.

#### **Art. 10**

##### **Zusammenfassung**

1. Die BVE hätte auf die Beschwerde betreffend die Auflage eintreten müssen.
2. Das Verwaltungsgericht kann die Sache an die BVE zurückweisen oder im reformatorischen Sinn selber entscheiden. Die BVE hat sich trotz Nichteintretens materiell zur Auflage geäußert. Deshalb wird beantragt, dass das Verwaltungsgericht materiell entscheide.
3. Die Begriffe in der angefochtenen Auflage sind nicht bestimmt und deswegen nicht umsetzbar. Bereits deswegen muss die Auflage aufgehoben werden.
4. Die Auflage ist rechtswidrig, weil sie die Möglichkeit beinhaltet, dass die 2500 Fahrten DTV gemäss Richtplan nicht ausgeschöpft werden können.
5. Die Auflage ist untauglich, weil sie sich auf den Nutzungsmix und nicht auf die Fahrten richtet, und weil der Nutzungsmix kein taugliches Kriterium zur Fahrtenkontrolle und -begrenzung darstellt. Namentlich ergibt sich anhand der in der Auflage genannten Branchen kein Schluss auf verursachte Fahrten.

6. Die angefochtene Auflage ist unnötig, weil sie sich auf die maximale Fahrtenzahl bezieht, wobei diese klar bestimmt ist und keiner Konkretisierung bedarf.
7. Die angefochtene Auflage ist rechtswidrig, weil kein Fall vorliegt, dass ohne die Auflage der Bauabschlag verfügt werden könnte bzw. müsste.
8. Eine Auflage mit anderem Inhalt hinsichtlich der Fahrtenzahl ist aus den genannten Gründen nicht möglich.

## **B. Parteikosten (Rechtsbegehren Ziff. 2)**

### **Art. 11**

Der angefochtene Entscheid hat der Beschwerdeführerin einen Parteikostenersatz von CHF 4'068.35 zugesprochen. Dabei ist der BVE ein Versehen unterlaufen, indem sie feststellte, nur der Parteianwalt von VCS und Podium habe das Honorar für die beiden Beschwerdeverfahren separat ausgewiesen.

Mit den Schlussbemerkungen vom 05.08.2009 hat die Beschwerdeführerin 2 Honorarnoten eingereicht, nämlich eine betreffend die Beschwerde von Implenia (CHF 5'230.75) und eine betreffend die Beschwerde von VCS und Podium Tannacker und Gümligenfeld (CHF 5'983.95). Diese beiden Honorarnoten wurden am Ende der Schlussbemerkungen kommentiert. Sie werden hier beigelegt.

Die BVE hat nur die erstgenannten Honorarnote liquidiert, indem sie der Beschwerdeführerin 7/9 zusprach.

Zu liquidieren sind aber auch die Parteikosten bezüglich der Beschwerde von VCS und Podium Tannacker und Gümligenfeld von CHF 5'983.95. VCS und Podium sind in diesem Verfahren vollständig unterlegen, weshalb sie vollen Parteikostenersatz schulden.

Bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde sind die Kostenfolgen aus dem Verfahren der BVE ohnehin neu zu regeln; die vorgenannten Umstände sind zu berücksichtigen.

Auch wenn der Entscheid der BVE bestätigt werden sollte, wäre die Kostenfrage neu zu regeln. Der Teiler im angefochtenen Entscheid (7/9 bzw. 1/3) ist nicht nachvollziehbar. Es würden sich die folgenden Grundsätze aufdrängen (immer beschränkt auf das Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin einerseits und dem VCS und dem Podium andererseits):

Die Parteikosten der Beschwerdeführerin im Verfahren auf Grund der Beschwerde von VCS und Podium sind vollumfänglich diesen unterliegenden Parteien aufzuerlegen.

Die Parteikosten im Verfahren auf Grund der Beschwerde von Implenia Generalunternehmung AG sind zu halbieren, weil die Beschwerde im einen Punkt gutgeheissen und im andern Punkt abgewiesen wurde.

Die Verlegung der Verfahrenskosten mit 7/9 zu Lasten von VCS und Podium und mit 2/9 zu Lasten von Implenia Generalunternehmung AG wird nicht beanstandet.

Mit vorzüglicher Hochachtung

**5-fach**

**Beilagen:**

Entscheid BVE vom 08.10.2009  
Brief .../Bauverwaltung Muri vom 01.12.2008  
2 Honorarnoten vom 03.08.2009

**Kopie z.K. an:**

- Klientschaft
- Fürsprecher ...
- Fürsprecher ...
- Einwohnergemeinde Muri