

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2007/166

Bern, 9. Januar 2008

HW

in der Beschwerdesache zwischen

SP Muri-Gümligen, [.....]

Beschwerdeführerin

und

Kamata AG, Sihlbruggstrasse 99, 6340 Baar

Beschwerdegegnerin



vertreten durch Herrn Fürsprecher [.....] Bern

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Muri, Gemeindeverwaltung, Thunstrasse 74,
3074 Muri b. Bern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Muri vom 28. Juni
2007 (Baugesuch Nr.: 2005/015; Betriebsbewilligung)

I. Sachverhalt

1. Am 23. Januar 2003 erteilte die Gemeinde Muri der Beschwerdegegnerin eine generelle Baubewilligung für die Erstellung eines Gewerbebaus an der Thunstrasse 235 (Muri-Gbbl.-Nr. 2565). Am 2. März 2005 reichte die Beschwerdegegnerin bei der Gemeinde das

Gesuch für das Ausführungsprojekt zur Bewilligung ein. Dieses war wie folgt umschrieben: „Erstellen eines Gewerbegebäudes mit einem Anteil Büronutzung, Flachdach ext. begrünt“. Aus den Plänen war ersichtlich, dass im Erdgeschoss Fachmarkträumlichkeiten geplant waren (ca. 1'900 m²) und in den beiden Obergeschossen Gewerbe mit Kundenzonen bzw. Dienstleistungen (insgesamt rund 6'000 m²). Es gingen keine Einsprachen ein. Am 9. Februar 2006 erteilte die Gemeinde Muri für das Vorhaben die Gesamtbaubewilligung unter verschiedenen Auflagen, insbesondere bezüglich des Verkehrsaufkommens (gemäss Fahrleistungsmodell). Bezüglich Nutzung verfügte die Gemeinde folgende Auflage:

„Die Nutzung muss mit den Bestimmungen in Artikel 51 des Baureglements 1994 der Gemeinde Muri bei Bern vereinbar sein. Die Baupolizeibehörde behält sich diesbezüglich ausdrücklich entsprechende Massnahmen vor (z.B. Verweigerung der Betriebsbewilligung für Vorhaben mit grösserem Publikumsfahrverkehr).“

Am 25. Oktober 2006 bzw. 19. Januar 2007 reichte die Beschwerdegegnerin bei der Gemeinde ein Projektänderungsgesuch ein, das das Weglassen des zweiten Untergeschosses und diverse andere, kleinere bauliche Änderungen zum Gegenstand hatte. Gegen die Projektänderung ging eine Einsprache des Podiums Tannacker ein. Die Einsprecher rügten, die Nutzung als Fachmarkt sei nicht zonenkonform, es würden zu viele Parkplätze erstellt und die Erstellung eines Untergeschosses sei nicht zulässig. Mit Verfügung vom 30. März 2007 bewilligte die Gemeinde Muri die Projektänderung und hielt als Auflage u.a. fest, dass die Auflagen im Gesamtentscheid vom 9. Februar 2006 nach wie vor Gültigkeit hätten. Zudem nahm sie folgende Auflage in den Entscheid auf:

„Vor dem Verkauf oder der Vermietung von Räumlichkeiten ist die jeweilige Firma mit ihrem Tätigkeitsfeld (Nutzung) der Gemeinde bekanntzugeben und eine Genehmigung einzuholen.“

2. Am 24. April 2007 teilte die Beschwerdegegnerin der Gemeinde Muri mit, als Mieter seien im fraglichen Gewerbegebäude folgende Firmen vorgesehen:

[...] Cash & Carry Grossmarkt

[...] Betten-, Möbel- Wohnfachmarkt

[...] Nutzung: Tierfachmarkt

Die Hochbaukommission war der Meinung, dass nur die [...]CC [...] nicht auf ein breites Publikum ausgerichtet und deshalb bewilligungsfähig sei. Die beiden andern Firmen sah

sie als nicht bewilligungsfähig an. Sie beschloss aber, dazu weitere Abklärungen beim Amt für Gemeinden und Raumordnung und bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) zu treffen. Ein Mitarbeiter des AGR, der telefonisch angefragt wurde, äusserte die Auffassung, dass die vorgesehenen Nutzungen mit dem GBR nicht vereinbar seien. Die BVE lehnte als Beschwerdeinstanz eine Stellungnahme ab. Die Beschwerdegegnerin teilte der Gemeinde mit, sie dürfe nicht ohne nähere Kenntnis des Verkehrsaufkommens der beiden Betriebe einen Bauabschlag fällen. Sie werde die entsprechenden Unterlagen nachliefern. Mit Brief vom 22. Mai 2007 schlug die Bauverwaltung der Beschwerdegegnerin als weiteres Vorgehen zwei Varianten vor, nämlich entweder das Baugesuch zu veröffentlichen oder aber aufgrund der heutigen Kenntnisse sofort einen Bauentscheid zu fällen. Mit Stellungnahme vom 11. Juni 2007 wandte sich die Beschwerdegegnerin klar gegen eine Publikation der geplanten Nutzungen. Sie legte ausführlich dar, dass die Baukommission schon lange von der geplanten Nutzung gewusst habe - auch bereits im März 2007, als sie die Projektänderung bewilligt habe, was sich aus den Erwägungen zur Einsprache des Podiums Tannacker ergebe. Es sei treuwidrig, wenn die Gemeinde nun plötzlich die Auffassung vertrete, dass diese Nutzungen nicht zulässig seien. Am 18. Juni 2007 beschloss die Baukommission entgegen dem Antrag der Bauverwaltung die „Betriebsbewilligung“ für die drei Betriebe zu erteilen. Am 28. Juni 2007 wurde die „Betriebsbewilligung“ ausgestellt und der Gestaltstellerin eröffnet.

3. Mit E-Mail vom 24. Juli 2007 gelangte die Präsidentin der Beschwerdeführerin an die Gemeindeschreiberin und ersuchte um Stellungnahme dazu, ob die Gerüchte, es seien im Gebäude der Beschwerdegegnerin weitere Fachmärkte bewilligt worden, stimmten. Am 25. Juli 2007 verlangte die Präsidentin der Beschwerdeführerin den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Am 6. August 2007 reichte die Beschwerdeführerin beim Regierungsrat von Bern eine „Aufsichtsbeschwerde“ gegen die Baukommission von Muri ein. Sie verlangte, der Entscheid der Baukommission Muri vom Juni 2007 i.S. Betriebsbewilligungen im Gebäude der Beschwerdegegnerin sei aufzuheben. Der Regierungsrat von Bern führte einen Schriftenwechsel durch. Die Baukommission brachte in ihrer Stellungnahme vor, die Beschwerdeführerin habe sich am baupolizeilichen Verfahren nicht zu Wort gemeldet und habe auch keine Einsicht in die Betriebsbewilligung gehabt. Sie könne daher keine baupolizeiliche Anzeige im Sinne von Art. 45 ff BauG¹ einreichen. Die Beschwerde-

¹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BSG 721)

gegnerin stellte sich auf den Standpunkt, die zulässige Nutzung sei schon im Februar 2006 festgelegt worden, die Genehmigung der geplanten Mieter sei deshalb nur noch eine verwaltungsinterne Angelegenheit gewesen. Mit Schreiben vom 31. August 2007 gelangte der Regierungsstatthalter I von Bern an das Rechtsamt der BVE und ersuchte um Meinungsaustausch zur Frage, ob die Aufsichtsbeschwerde nicht eine nachträgliche Baubeschwerde darstelle. Das Rechtsamt vertrat mit Schreiben 12. September 2007 die Auffassung, dass die Aufsichtsbeschwerde als nachträgliche Baubeschwerde entgegengenommen werden könnte, falls die Beschwerdeführerin dies wünsche und geltend machen würde, die Betriebsbewilligung hätte in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren mit Publikation erteilt werden müssen und sie wäre dort einspracheberechtigt gewesen. Der Regierungsstatthalter leitete diese Antwort am 21. September 2007 an die Beschwerdeführerin weiter und bat sie darum, dazu Stellung zu nehmen, ob die Eingabe als Baubeschwerde behandelt werden solle. Er setzte für diese Stellungnahme keine Frist. Um diese Frage beantworten zu können, ersuchte die Beschwerdeführerin die Gemeinde Muri mit E-Mail vom 25. September 2007 nochmals darum, ihr die Verfügung, mit der die Betriebsbewilligungen erteilt worden waren, zuzustellen oder ihr offiziell mitzuteilen, dass sie keine Verfügung erhalte. Die Bauverwaltung von Muri teilte der Beschwerdeführerin mit Brief vom 28. September 2007 mit, dass ihr die Verfügung nicht zugestellt werde, weil sie nicht als Partei am Baubewilligungsverfahren teilgenommen habe.

4. Mit Brief vom 28. Oktober 2007 teilte die Beschwerdeführerin dem Regierungsstatthalter I von Bern mit, dass die Mitgliederversammlung am 25. Oktober 2007 beschlossen habe, gegen den Entscheid der Baukommission betreffend Betriebsbewilligung Baubeschwerde zu erheben. Sie bat ihn, das Schreiben an die BVE weiterzuleiten. Sie präzisierte ihre Anträge nun wie folgt:

1. Der Entscheid Betriebsbewilligungen der Baukommission der Gemeinde Muri-Gümligen vom 28. Juni 2007 sei aufzuheben.
2. Es sei ein Baustopp zu verfügen, bis rechtskräftige Baubewilligungen für die entsprechenden Nutzungen vorliegen.
3. Die Verfahrenskosten seien der Gemeinde Muri-Gümligen zu auferlegen.
4. Der SP Muri-Gümligen sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet, hat den Schriftenwechsel durchgeführt. Die Gemeinde Muri hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Die Be-

schwerdegegnerin hat die Abweisung aller Anträge der Beschwerdeführerin beantragt. Mit Verfügung vom 10. Dezember 2007 hat das Rechtsamt das Gesuch um Erlass einer Baueinstellungsverfügung abgewiesen, weil die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht an die bewilligten Pläne halte, sondern einzig behauptet, die von der Gemeinde zugelassene Nutzung im bereits früher rechtskräftig bewilligten Gebäude sei nicht zulässig.

Auf die verschiedenen Rechtsschriften wird in den nachfolgenden Erwägungen, soweit für den Entscheid wesentlich, zurückzukommen sein.

II. Erwägungen

1. Nichtigkeit

a) Der angefochtene Entscheid ist eine „Betriebsbewilligung“ der Baukommission von Muri-Gümligen. Betriebsbewilligungen sind zwar in vielen verschiedenen Gesetzen vorgesehen, so z.B. im Gastgewerbegesetz, im Abfallgesetz, im Gesundheitsgesetz, im Spitalgesetz, in der Spielapparateverordnung usw.. In der Baugesetzgebung aber kommt der Begriff „Betriebsbewilligung“ nicht vor. Im vorliegenden Fall geht es um keine Betriebsbewilligung im Sinne eines der erwähnten Gesetze. Es handelt sich auch nicht um einen Bauentscheid im Sinne von Art. 38 BauG. Die erteilte „Betriebsbewilligung“ ist vielmehr eine Eigenkreation der Gemeinde Muri, die aber auch im Gemeindebaureglement keine Grundlage hat.

b) Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes wird nur dann angenommen, wenn der Mangel der Verfügung besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet ist (sog. Evidenztheorie). Bei den Nichtigkeitsgründen stehen die formellen Mängel im Vordergrund (Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- und Eröffnungsfehler). Die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts kann von der Rechtsmittelbehörde jederzeit, unabhängig davon, ob eine Beschwerde rechtzeitig eingereicht worden ist, festgestellt werden².

² vgl. Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 55 ff. zu Art. 49

c) Ein besonders schwerer und offensichtlicher Verfahrens- und Formfehler liegt dann vor, wenn eine Gemeinde eine Bewilligung erteilt, die in keinem Gesetz vorgesehen ist, für deren Erteilung somit auch nirgends Rahmenbedingungen festgelegt sind. Dies trifft auf die von der Gemeinde Muri am 28. Juni 2007 erteilte „Betriebsbewilligung“ zu. Die Rechtssicherheit wird durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet, weil die Beschwerdegegnerin auch ohne diese Betriebsbewilligung aufgrund einer rechtskräftigen Baubewilligung baut. Umstritten ist einzig noch die Frage, ob die in Aussicht genommenen Mieter mit ihren Geschäftstätigkeit der bewilligten Nutzung entsprechen.

d) Die „Betriebsbewilligung“ vom 28. Juni 2007 ist deshalb nichtig. Damit kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin rechtzeitig oder verspätet Beschwerde erhoben hat. Auf die Beschwerde kann bereits deshalb nicht eingetreten werden, weil ein Anfechtungsgegenstand fehlt.

2. Zulässiges Vorgehen

a) In der Baubewilligung vom 30. März 2007 hatte die Gemeinde verfügt, die Beschwerdegegnerin müsse vor dem Verkauf oder der Vermietung von Räumlichkeiten die jeweilige Firma mit ihrem Tätigkeitsfeld (Nutzung) der Gemeinde bekanntgeben und eine Genehmigung einholen. Diese Auflage wurde deshalb verfügt, weil bei der Erteilung der Baubewilligung die ganz konkrete Nutzung des Gewerbebaus - mindestens aus Sicht der Gemeinde - noch nicht bekannt war und diese im Baugesuch nur in allgemeiner Form umschrieben worden war. Es ist sicher sinnvoll, dass die Gemeinde vor Abschluss der Mietverträge prüfen wollte, ob die von der Bauherrschaft ins Auge gefassten Mieter dann auch wirklich der bewilligten Nutzung entsprechen.

b) Die Auflage, vor Abschluss der Mietverträge die Mieter der Gemeinde zu melden, war nur insofern zulässig, als damit sichergestellt werden sollte, dass gegenüber der bewilligten Nutzung keine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung vorgenommen wurde. Für eine „Genehmigung der Nutzung“ (oder Erteilung einer „Betriebsbewilligung“) bestand - wie unter Erw. 1 ausgeführt - keine gesetzliche Grundlage. Die Gemeinde hätte somit nur feststellen dürfen, dass die Tätigkeit der in Aussicht genommenen Mieter des Gewerbegebäudes keine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung darstelle. Eine solche Verfügung hätte sich auf Art. 45 ff. BauG stützen lassen.

c) Bestehen Zweifel darüber, ob ein Bauvorhaben eine Baubewilligung benötigt, so ist nach der Regelung von Art. 48 Abs. 2 Bst. a BewD³ der Entscheid des Regierungsstatthalters einzuholen. Als baubewilligungspflichtige Bauvorhaben gelten auch bestimmte Zweckänderungen einer Baute (Art. 4 Abs. 2 Bst. d BewD). Dass bei der Gemeinde erhebliche Zweifel über die Baubewilligungspflicht bestanden, zeigen die Akten deutlich (vgl. oben, unter Sachverhalt, Ziff. 2). Sie hätte also zur Zerstreuung ihrer Zweifel nicht bei der kantonalen Zentralverwaltung anklopfen, sondern die Sache dem Regierungsstatthalter zum Entscheid vorlegen sollen. Dies wird sie nun tun müssen. Wird die Baubewilligungspflicht vom Regierungsstatthalter bejaht, so wird die Gemeinde die im Baugesetz vorgesehenen Schritte einzuleiten haben (eventuell vorsorgliches Benützungsverbot, Gelegenheit zur Einreichung eines Baugesuchs).

d) Seit August 2007 liegt nun aber auch die Intervention der Beschwerdeführerin vor, die die Auffassung vertritt, dass die vorgesehenen Mieter keine Geschäftstätigkeiten ausüben, die der bewilligten Nutzung entsprechen. Die Beschwerdeführerin macht also geltend, die von der Beschwerdegegnerin geplante Vermietung führe zu einer baubewilligungspflichtigen Nutzungsänderung. Bei der Intervention der Beschwerdeführerin bei der Gemeinde handelte es sich somit um eine baupolizeiliche Anzeige. Falls die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 2 Bst. b BauG erfüllt, hat sie Anspruch darauf, dass ihre Anzeige von der Gemeinde behandelt wird. Sie ist deshalb berechtigt, sich am Verfahren vor der Gemeinde und dem Regierungsstatthalter zu beteiligen und ihren Rechtsstandpunkt einzubringen. Ob die Beschwerdeführerin die Anforderungen von Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG erfüllt, ist noch nicht erstellt, weil die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren nur Statuten vom Jahr 2005 eingereicht hat. Damit hat sie (noch) nicht belegt, dass sie bereits mindestens fünf Jahre existiert, wie dies in Art. 35 Abs. 2 Bst. b BauG verlangt wird. Die Gemeinde wird diesen Nachweis noch einholen müssen.

3. Zusammenfassung und Kosten

a) Es ist also festzustellen, dass die Betriebsbewilligung vom 28. Juni 2007 nichtig ist. Mangels Anfechtungsgegenstand kann somit auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

³ Dekret über das Baubewilligungsverfahren vom 22. März 1994 (BSG 725.1)

b) Laut Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben.

c) Im vorliegenden Fall hat die Gemeinde Muri eine Verfügung erlassen, die sich als nichtig herausstellt. Es war auch die Gemeinde, die sich geweigert hat, die baupolizeiliche Anzeige der Beschwerdeführerin entgegenzunehmen und diese mit einer anfechtbaren Verfügung zu beantworten. Die Beschwerdeführerin war gezwungen, an die Aufsichtsbehörde und dann an die Beschwerdeinstanz zu gelangen, um Gehör zu finden. Sowohl die Nichtigkeit der Verfügung als auch die Gehörsverweigerung hat die Gemeinde zu vertreten. Da aber nach Art. 108 Abs. 2 VRPG den Gemeinden keine Verfahrenskosten auferlegt werden können, liegen Umstände vor, die es rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben. Auch bezüglich der Parteikosten wäre es unbillig, diese von einer der beiden Parteien tragen zu lassen, da das Beschwerdeverfahren durch das Verhalten der Gemeinde ausgelöst worden ist. Es ist daher angezeigt, dass die Gemeinde Muri der Beschwerdegegnerin die Parteikosten ersetzt. Diese betragen gemäss Kostennote des Anwalts der Beschwerdegegnerin Fr. 4'890.30 (Anwaltsgebühr Fr. 4'500.--, Auslagen Fr. 44.90, MWSt Fr. 345.40). Die Kostennote gibt keinen Anlass zu Bemerkungen. Keinen Anspruch auf Entschädigung von Parteikosten hat die Beschwerdeführerin, weil sie durch keinen Anwalt vertreten war und weil die BVE nicht im Sinne von Art. 104 Abs. 2 VRPG ein aufwändiges Verfahren durchgeführt hat.

III. Entscheid

1. Es wird festgestellt, dass die „Betriebsbewilligung“ vom 28. Juni 2007 nichtig ist.
2. Auf die Beschwerde wird deshalb nicht eingetreten. Die Akten gehen nach Ablauf der Beschwerdefrist zurück an die Gemeinde Muri zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen.
3. Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten trägt der Kanton.

4. Die Gemeinde Muri wird verurteilt, der Beschwerdegegnerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'890.30 zu ersetzen.

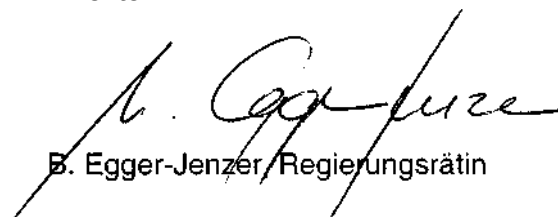
IV. Eröffnung

SP Muri-Gümligen, als Gerichtsurkunde Herrn

Fürsprecher [...], als Gerichtsurkunde

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Muri, Gemeindeverwaltung, als Gerichtsurkunde Regierungsstatthalteramt Bern, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION Die
Direktorin



B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Rf RA/WI