

Stefan Mesmer  
Fürsprecher

Schwanengasse 9  
CH-3011 Bern

Tel. 031 311 10 56  
Fax 031 312 51 25

An den  
Regierungsstatthalter I  
von Bern  
Amthaus  
3011 B e r n

Bern, den 7. Januar 1999

Bern bleibt grün / Zirkusplatz

## BAUPOLIZEILICHE ANZEIGE

für

Bern bleibt grün, Verein gem. Art. 60ff. ZGB, handelnd durch seine statutarischen Organe, p.a. Frau Ursula Rudin, Weberstrasse 12, 3007 Bern

vertreten durch den unterzeichnenden Anwalt

anzeigender Verein

gegen die

Einwohnergemeinde Bern, handelnd durch ihre gesetzlichen Organe, p.a. Bauinspektorat der Stadt Bern, Bundesgasse 38, 3011 Bern

Bauherrschaft

betreffend Neuerstellung eines Zirkusplatzes, Hintere Allmend, Bern

Reg. statthalter — form. Ablehnungsverfahren? → ist kostenpflichtig

Mitglied des bernischen und schweizerischen Anwaltsverbandes  
UBS Bern 90-210.951.0 - MWSt-Nr. 309 021

Im Rechtssinn hat er nie Aussagen gemacht.  
↓ nicht schriftlich

## I. RECHTSBEGEHREN

1. Es sei festzustellen, dass die von der Bauherrschaft vorgesehene bauliche Neugestaltung des südwestlichen Teils der hinteren Allmend in Bern (Parzelle Grd.Buch Bl. Nr. 1924, Kreis IV) sowie die vorgesehene Nutzungsänderung (Zirkusstandplatz) baubewilligungspflichtig sind.
2. Die Bauherrschaft sei anzuweisen, bis zum rechtskräftigen Entscheide in der vorliegende Sache auf der fraglichen Fläche keine baulichen Massnahmen zu ergreifen und keine nicht bewilligten, neuartigen Nutzungen zuzulassen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

## II. FORMELLES

1. Die vorliegende Anzeige richtet sich gegen ein Bauvorhaben in der Stadt Bern, bei welchem die Einwohnergemeinde Bern als Bauherrin auftritt. Der angerufene Regierungsstatthalter ist damit als baupolizeiliche Aufsichtsbehörde zur Beurteilung der Eingabe örtlich und sachlich zuständig (Art. 45 und 48 des Baugesetzes des Kantons Bern vom 9. Juni 1985; BauG).
2. Der Stadtrat von Bern hat – nachdem er das Geschäft am 22. Januar 1998 vorerst zurückgewiesen hatte – am 26. November 1998 auf Antrag des Gemeinderates das Projekt für die Neuerstellung eines Zirkusplatzes auf der Allmend genehmigt und für die Ausführung des Bauvorhabens einen Kredit von Fr. 680'000.-- gesprochen. Am 10. Dezember 1998 hat die Bau- und Planungsdirektion der Stadt Bern im Stadtanzeiger Bern eine Arbeitsausschreibung publiziert, in welcher festgehalten wird, Baubeginn sei im März 1999. Den Submissionsunterlagen ist zu entnehmen, dass am 8. März 1999 mit den Arbeiten begonnen werden muss und diese bis Ende März 1999 abzuschliessen sind.

Es steht bereits jetzt fest, dass die Bauherrschaft für ihr Bauvorhaben keine Baubewilligung einholen will. Dies ergibt sich zum einen aus den Ausführungen des Gemeinderates in seinem Vortrag an den Stadtrat (vom 2. September 1998, S. 3) und den Aeusserungen des Bau- und Planungsdirektors der Stadt Bern vor dem Stadtrat vom 22. Januar 1998 (SR-Protokoll, S. 37f.), zum



ändern aber auch aus dem Umstand, dass ein Antrag von Frau Stadträtin Ursula Rudin auf ausdrückliche Beauftragung des Gemeinderates zur Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens anlässlich der Sitzung des Stadtrates vom 26. November 1998 abgewiesen worden ist.

Obwohl mit der angezeigten baulichen Tätigkeit noch nicht begonnen worden ist, steht bereits jetzt fest, dass die Bauherrschaft ihr Bauprojekt ohne Einholung einer Baubewilligung zu realisieren gedenkt. Mit Rücksichtnahme auf die Interessen der Öffentlichkeit und der Bauherrschaft selbst rechtfertigt es sich bereits heute – vor Baubeginn –, die erforderlichen baupolizeilichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 47 Abs. 1 Bst. a des Dekretes über das Baubewilligungsverfahren vom 22. März 1994; BewD; vgl. A. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 2. Auflage, Bern 1995, S. 327). Angesichts des vorgesehenen Baubeginns am 8. März 1999 liegt Gefahr im Verzug, welche den Erlass der im Rechtsbegehren 2 beantragten vorsorglichen Massnahme rechtfertigt.

Als aufsichtsrechtliche Anzeigen gemäss Art. 101 des Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG) sind baupolizeiliche Anzeigen frist- und formlos möglich (vgl. T. Merkli/A. Aeschliman/R. Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, S. 711). Unter Beachtung des Beschleunigungsgebotes und in Anbetracht des Umstandes, dass erst seit der Publikation der Submission für den anzeigenden Verein zweifelsfrei feststeht, dass die Bauherrschaft auf die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens verzichten will, wird die vorliegende Anzeige innert der Beschwerdefrist von Art. 40 BauG eingereicht.

3. Die Bauherrschaft stützt ihren Entscheid, das Bauvorhaben ohne Bewilligung zu realisieren, auf eine Auskunft des Regierungsstatthalteramtes von Bern. Bereits in der stadträtlichen Planungs- und Verkehrskommission wurde von Herrn Ernst Marti (Stadtbauinspektorat) betont: „Die baulichen Massnahmen des vorliegenden Projektes sind nicht baubewilligungspflichtig (mit dem Regierungsstatthalter abgeklärt)“ (PVK-Protokoll vom 30. Oktober 1997 (Datum unsicher), S. 10). Bestätigt wurde dies von Herrn Stadtrat Heinz Junker vor dem Stadtrat: „Da am Belag nichts verändert werde, sei das vorliegende Projekt gemäss Statthalter nicht bewilligungspflichtig und benötige keine Zonenplanänderung“ (SR-Protokoll vom 22. Januar 1998, S. 31). Im gleichen Sinne hielt Herr Gemeinderat Adrian Guggisberg fest, „dass sich der Gemeinderat auf die Auskunft des Regierungsstatthalters stütze. Dieser habe erklärt, dass es für das vorliegende Bauvorhaben keine Baubewilligung brauche“ (SR-Protokoll vom 22. Januar 1998, S. 38).

Aufgrund dieser Aeusserungen besteht Anlass zur Annahme, dass der angerufene Regierungsstatthalter I von Bern in dieser Sache vorbefasst sein könnte und es entsteht der Anschein der Befangenheit. Daher wird angeregt, die Sache von Amtes wegen einem anderen Regierungsstatthalteramt zur Beurteilung zu überweisen – wie dies im Jahre 1993 in einem ähnlich gelagerten

Fall bezüglich der geplanten Erstellung von wetterfesten Parkplätzen zu Versuchszwecken auf der kleinen Allmend erfolgt ist (vgl. Verfügung des Regierungstatthalters von Thun vom 21. Dezember 1993, S. 2).

4. Der Verein „Bern bleibt grün“ bezweckt gemäss Art. 3 seiner Statuten vom Mai 1992 u.a., die Grünzonen in Bern zu erhalten. Es ist gerichtsnotorisch, dass der anzeigende Verein in bau- und planungsrechtlichen Sachen, welche Grünzonen in der Stadt Bern betreffen, einsprache- und beschwerdebefugt ist. Seine Befugnis zur Einreichung der vorliegenden Anzeige ist damit ohne Zweifel gegeben.
5. Der unterzeichnende Anwalt ist rechtsgenügend bevollmächtigt. Er legitimiert sich durch Anwaltsvollmacht vom 4. Januar 1999.

#### Beweismittel:

- |  |            |
|--|------------|
| - Protokoll der Sitzung des Stadtrates von Bern vom 26. November 1998, hinter der Bauherrschaft                                | zu edieren |
| - Arbeitsausschreibung im Stadtanzeiger Bern vom 10. Dezember 1998   | Beilage 1  |
| - Submissionsunterlagen (Angebotsformular)   | Beilage 2  |
| - Vortrag des Gemeinderates an den Stadtrat betreffend Neuerstellung eines Zirkusplatzes auf der Allmend vom 2. September 1998 | Beilage 3  |
| - Protokoll der Sitzung des Stadtrates von Bern vom 22. Januar 1998 (Auszug)   | Beilage 4  |
| - Protokoll der Sitzung der stadträtlichen Planungs- und Verkehrskommission vom 30. Oktober 1997 (Datum unsicher, Auszug)      | Beilage 5  |
| - Verfügung des Regierungstatthalters von Thun i.S. kleine Allmend vom 21. Dezember 1993                                       | Beilage 6  |
| - Statuten des Vereins Bern bleibt grün vom Mai 1992   | Beilage 7  |
| - Anwaltsvollmacht vom 4. Januar 1999  | Beilage 8  |

### III. MATERIELLES

#### 1. Zum Bauprojekt

Die Einwohnergemeinde Bern beabsichtigt, im südwestlichen Teil der Parzelle Grd.Buch Bl. Nr. 1924, Kreis IV, hintere Allmend Bern, einen Zirkusplatz einzurichten. Zu diesem Zwecke sind bauliche Massnahmen geplant, über deren Art und Umfang mangels öffentlich zugänglichen Bauplänen keine genauen Angaben gemacht werden können.



Dem Vortrag des Gemeinderates an den Stadtrat zum Antrag Nr. 239 vom 2. September 1998 kann jedoch im wesentlichen folgendes Projekt entnommen werden:

Die bestehende Asphaltfläche nördlich der Festhalle soll erneuert und mit allen Infrastrukturanlagen und -einrichtungen ausgerüstet werden, die für eine Nutzung des Areals als Zirkusplatz und für Ausstellungszwecke nötig sind. Insbesondere soll eine Stromversorgung (mit einer Ringleitung von 400 m Länge und oberirdischen Anschlusskasten in allen vier Ecken), eine Wasserversorgung (von 290 m Länge mit 6 Schächten), eine Abwasserableitung in die Schmutzwasserkanalisation (von 100 m Länge), eine Telecommunication (von 240 m Länge mit oberirdischem Anschlusskasten) sowie eine Anschlussmöglichkeit für mobile WC-Anlagen erstellt werden. Zudem soll ein Fussweg geschaffen und eine Baumpflanzung realisiert werden.

#### Beweismittel:

- Baupläne für das Projekt Zirkusstandplatz, hinter der Bauherrschaft
- die Vorgenannten

zu edieren

## 2. Heutiger Zustand und rechtliche Situation

Das für den Zirkusplatz vorgesehene Gelände ist bereits heute asphaltiert. Es fehlen aber irgendwelche Infrastruktureinrichtungen, deren Erstellung offenbar der Hauptpunkt des Bauprojekts bildet. Die Fläche wird vornehmlich als Parkplatz, vor allem für Lastwagen und Cars genutzt. Während grösseren Messen, insbesondere der BEA, dient sie zudem für Ausstellungszwecke.

Die hintere Allmend (und insbesondere der vorgesehene Zirkusstandplatz) liegt in einer Grünfläche gemäss Art. 15 der Vorschriften zum Zonenplan der Stadt Bern über die zulässigen Nutzungsarten (VzNZP). Diese zonenrechtliche Einteilung erfolgte im Jahre 1975, bei Erlass des heute noch geltendem Nutzungszonenplans der Einwohnergemeinde Bern. Auf der Fläche dürfen daher nur Bauten errichtet werden, die der Bewirtschaftung dienen. Unterirdische Bauten sind zugelassen, wenn sie den Zweck der Grünfläche nicht vereiteln. Andere Bauten und zonanfremde Nutzungen sind nur aufgrund von Ausnahmegewilligungen zulässig.

Die heutige bauliche Gestaltung der Fläche (Asphaltierung) war nie Gegenstand einer Baubewilligungsverfahren. Entgegen den Ausführungen des angerufenen Regierungsstatthalters in seiner Entscheidung vom 4. Mai 1994 bestand diese Gestaltung nicht bereits anlässlich der HYSPE im Jahre 1961, sondern wurde erst nach der Annahme des Zonenplanes durch die Stimmbürger (8. Juni 1975) realisiert.

Aus Flugbildern des Bundesamtes für Landestopographie ergibt sich, dass am 12. Mai 1969 die fragliche Fläche noch grösstenteils begrünt war, dass sie am 6. Juni 1975 erst zu einem kleinen Teil asphaltiert und grösstenteils noch naturbelassen war. Erst auf einem Bild vom 5. September 1979 erscheint die Fläche im heutigen Umfang als asphaltiert. Hieraus ist zu schliessen, dass die heutige bauliche Gestaltung erst nach Erlass des Zonenplanes erfolgte und damit bewilligungspflichtig gewesen wäre (vgl. Art. 1 des Baugesetzes des Kantons Bern vom 7. Juni 1970 (aBauG); dazu A. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, S. 45).

Ebenfall nie bewilligt wurde die heutige Nutzung als Parkplatz und für Ausstellungszwecke. Im vorliegenden Verfahren kann offen bleiben, ob diese Nutzung rechtswidrig erfolgt oder ob sie allenfalls gestützt auf die Besitzstandsgarantie zulässig ist (vgl. dazu Ziff. 5 hienach). Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang einzig, dass bereits unter Geltung des Nutzungszonenplans aus dem Jahre 1955 die Nutzung der fraglichen Fläche als Parkplatz bewilligungspflichtig gewesen wäre, und dass die Einwohnergemeinde Bern noch im Jahre 1968 ein richterliches Verbot erwirkt hat, welches das unbefugte Betreten und Befahren der Parzelle Grd.Buch Bl. Nr. 1924, Kreis IV, untersagt hat.

#### Beweismittel:

- Entscheidung des Regierungsrates I von Bern i.S. Hintere Allmend vom 4. Mai 1994
- Flugbilder des Bundesamtes für Landestopographie aus den Jahren 1969, 1975 und 1979
- Fotokopie einer Fotografie der Verbotstafel hinter der Festhalle vom 12. März 1993
- die Vorgenannten

Beilage 9

Beilage 10

Beilage 11

### 3. Erstellung von bewilligungspflichtigen Bauten

Die Bauherrschaft plant nicht nur die weitestgehende Erschliessung der fraglichen Fläche mit unterirdischen Infrastrukturanlagen, sondern sie will auch oberirdische Anlagen erstellen. Es sind zumindest fünf Anschlusskasten (Elektrizität und Telecom) sowie die Erstellung eines Fussweges (ausserhalb des eigentlichen Zirkusstandplatzes) vorgesehen.

Diese Einrichtungen stellen Bauten im Sinne von Art. 1 BauG dar. Sie sind vergleichbar mit andern baulichen Anlagen, die gemäss den Bestimmungen des Baubewilligungsdekretes grundsätzlich bewilligungspflichtig sind, wie etwa Zapfsäulen für Treibstoffe oder oberirdische Anlagen der Baulandererschliessung (Art. 4 Abs. 1 Bst. b BewD; vgl. A. Zaugg, Kommentar 85, S. 62).



Die einzelnen Anlagen können nicht als geringfügig im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Bst. b angesehen werden, sind sie doch im Zusammenhang mit dem gesamten Bauvorhaben zu beurteilen, welche als Erschliessungsanlage grösseren Zuschnitts zu qualifizieren ist, welche Baukosten in der Höhe von Fr. 650'000.-- verursacht und welche weder durch den Zonenplan noch durch besondere Ueberbauungsordnungen festgelegt worden ist. Der Umfang der vorgesehenen Infrastrukturanlagen übersteigt in seiner Gesamtheit das Mass geringfügiger Bauvorhaben bei weitem (vgl. BVR 1987, S. 314ff.).

Beweismittel:

- die Vorgenannten

4. Bewilligungspflichtige Erneuerung der Anlage

Die Bauherrschaft plant nicht nur, den Asphaltbelag auf der fraglichen Fläche zu erneuern. Vielmehr will sie die gesamte bestehende, auch Ausstellungszwecken dienende Anlage wesentlich verbessern, indem die heute noch fehlenden Infrastruktureinrichtungen errichtet werden sollen. Hierin liegt eine über den blossen Unterhalt hinausgehende wesentliche Verbesserung des Zustandes, welche als relevante, der wesentlichen Aenderung entsprechende Erneuerung anzusehen ist (vgl. A. Zaugg, Kommentar 85, S. 65). Gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. b BewD ist eine derartige Erneuerung von Anlagen (selbst ohne Zweckänderung, vgl. dazu Ziff. 5 hienach) dann bewilligungspflichtig, wenn hierdurch baurechtlich relevante Tatbestände betroffen werden, insbesondere wenn Zonenvorschriften berührt werden.

Wie bereits festgehalten wurde, liegt der vorgesehene Zirkusplatz in einer Grünfläche, in welcher asphaltierte Flächen und weitere bauliche Vorkehren zur zonenfremden Nutzung nicht zulässig sind. Durch die Erneuerung des Belages wird die bereits bestehende, nie bewilligte bauliche Gestaltung als Asphaltfläche weitergeführt und damit die Zonenwidrigkeit perpetuiert. Die in Grünflächen geltenden Zonenvorschriften werden durch das Bauvorhaben ohne Zweifel berührt.

Die Bauherrschaft kann sich für die Erneuerung des Belages nicht auf die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG berufen, da der Asphaltbelag bisher nie bewilligt worden ist und bei seiner Realisierung auch nicht bewilligungsfrei hat erstellt werden dürfen. Die vorgesehene Belagserneuerung ist daher wie einer Neuanlage zu behandeln und in einem Baubewilligungsverfahren zu beurteilen.

Beweismittel:

- die Vorgenannten



## 5. Bewilligungspflichtige Zweckänderung

Es wurde bereits dargelegt, dass die fragliche Fläche heute zum einen als Parkplatz, zum andern als Ausstellungsfläche dient. Mit dem Bauprojekt will die Bauherrschaft diese Nutzungsarten erleichtern, zusätzlich aber auch die Nutzung der Fläche als Zirkusstandplatz ermöglichen. Diese neue Nutzungsart unterscheidet sich wesentlich von den bisherigen Nutzungen; der Zweck der Anlage wird erweitert und dadurch verändert. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass die vorgesehene neue Nutzung ohne die geplanten neuen Einrichtungen nicht möglich wäre, mithin das gesamte Bauvorhaben alleine dazu dient, die bisherige Nutzung in wesentlicher Art und Weise auszuweiten. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass von der vorgesehenen neuen Nutzung als Zirkusstandplatz neue, wesentlich intensivere Emissionen ausgehen, als von der (zeitlich wesentlich beschränkteren) bisherigen Nutzung für Ausstellungszwecke. Sowohl das von der fraglichen Fläche ausgehende Verkehrsaufkommen als auch die damit verbundenen Lärm- und Abgasbelastungen werden zunehmen. Hieran ändert nichts, dass der bisherige, in der Nähe gelegene Zirkusstandplatz aufgegeben werden soll, sind doch aus verkehrs- und umweltrechtlicher Sicht nicht nur die Gesamtbelastungen, sondern auch die vom Objekt selbst ausgehenden Belastungen von Bedeutung.

Gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. d BewD ist auch die Aenderung der Zweckbestimmung einer Anlage bewilligungspflichtig, wenn durch die Aenderung baurechtliche relevante Tatsachen betroffen werden, insbesondere wenn dadurch Zonenvorschriften berührt werden.

Eine Zweckänderung ist dann wesentlich und stellt damit einen bewilligungspflichtigen Vorgang dar, wenn die Aenderung die Nutzungsordnung beeinflussen kann. „Die Bewilligungspflicht einer Zweckänderung ist also bereits dann zu bejahen, wenn die neue Nutzung den bestehenden Zonenvorschriften möglicherweise widerspricht. Für die Beurteilung der Bewilligungspflicht einer Zweckänderung kommt es nicht so sehr darauf an, wie weit die neue Nutzung von der früheren Nutzung abweicht. Entscheidend ist vielmehr, ob als Folge der Zweckänderung die Gefahr entsteht, dass Zonenvorschriften verletzt werden“ (Entscheid der BVED vom 31. Juli 1998 i.S. Vkd, S. 6; nicht publiziert, liegt bei). Die Bewilligungspflicht darf nur dann verneint werden, wenn im Rahmen einer summarischen Prüfung ausgeschlossen werden kann, dass die neue Nutzung Zonenvorschriften verletzen könnte. Der Entscheid über die Zonenkonformität hat im Baubewilligungsverfahren zu erfolgen (vgl. BVR 1995, S. 502ff.).

Die im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Anlage liegt in einer Grünfläche (Art. 15 VzNZP und Art. 79 BauG). Die Nutzung als Zirkusstandplatz ist als gewerbliche Nutzung, die bauliche Vorkehrungen (insbesondere Asphaltierung) voraussetzt, auf einer darartigen Fläche mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht zonenkonform und nur aufgrund einer Ausnahmegewilligung



zulässig. Die neue Nutzungsart widerspricht dem Erfordernis, dass eine solche Zone „vor sichtbarer Ueberbauung grundsätzlich freizuhalten und als grüne Fläche zu erhalten oder anzulegen ist“ (A. Zaugg, Kommentar 85, S. 462).

Die kaum zu bestreitende Zonenwidrigkeit der vorgesehenen neuen Nutzung allein genügt bereits, um die Bewilligungspflicht der vorgesehenen Anlage (mit Zweckänderung) zu bejahen (BVR 1995, S. 504). Hieran vermag nichts zu ändern, dass möglicherweise die bisherige Nutzung der Fläche aufgrund der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG zulässig wäre - was angesichts der Zonenwidrigkeit der bisherigen Nutzung allerdings äusserst fraglich ist (vgl. BVR 1997, S. 263ff.). Nach herrschender Lehre und Praxis ist die Berufung auf die Besitzstandsgarantie für die Beurteilung der Bewilligungspflicht nicht von Belang: „Ob die Nutzungsänderung von der Besitzstandsgarantie profitieren könne oder nicht, ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos. Diese Frage wird sich erst im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens stellen“ (Entscheid der BVED vom 31. Juli 1998 i.S. Vkd, S. 7).

#### Beweismittel:

- Entscheid der BVED vom 31. Juli 1998 i.S. Vkd (teilweise abgedeckt)
- die Vorgenannten

Beilage 12

Damit sind die eingangs gestellten Anträge rechtsgenüglich begründet.

Namens und im Auftrag  
des Vereins Bern bleibt grün



S. Mesmer, Fürsprecher

In drei Ausführungen

Kopie an Klientschaft und Bauinspektorat des Stadt Bern

Beilagen gemäss besonderem Verzeichnis