

Poststrasse 25
3071 Ostermundigen
Tel. 031 635 94 17
Fax: 031 635 94 01
www.be.ch/regierungsstatthalter

Reto Wüthrich
Bauinspektor 031 635 94 17
reto.wuethrich@jgk.be.ch

Gesamtbauentscheid



Gemeinde	Bern
Gemeinde-Nr.	2010-0485
Bauherrschaft	Genossenschaft Migros Aare, Abt. Bau Umbau, Industriestrasse 20, 3321 Schönbühl Einkaufszentrum
Vertretung	Bader Gnehm und Partner, Rechtsanwalt Michael Bader und Rechtsanwältin Esther Scheitlin, Kramgasse 25, 3000 Bern 8
Projektverfasserin	Jordi + Partner AG, dipl. Architekten ETH/SIA, Mülinenstrasse 23, 3006 Bern
Bauvorhaben	Erstellen Ladenprovisorium mit 30 Autoabstellplätzen
Standort, Zone	Stadt Bern, Kasernenmatte / Kasernenstrasse, Parzelle Nr. 5 / 70, Zone im öffentlichen Interesse / Zone Freifläche A für private Bauten und Anlagen
Baugesuch vom	25. August 2010
Beantragte Ausnahme	Zonenfremde Nutzung nach Art. 24 BO06 ¹ in Anwendung von Art. 26 BauG ²
Schutzzone/Schutzobjekt	Inventar Breitenrain – Wyler, Ensemble
Öffentliche Auflage	24. September 2010 bis und mit 25. Oktober 2010
Einsprachen	- - - - - - -

¹ Bauordnung der Stadt Bern vom 24. September 2006 (BO06), SSSB 721.1.

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG), BSG 721.0.

-
-
-
-
-

-
-
-
- Sozialdemokratische Partei Bern-Nord, Postfach, 3000 Bern 25
-

Rechtsverwahrungen

-
-
-
-

- Sozialdemokratische Partei Bern-Nord, Postfach, 3000 Bern 25
-

Lastenausgleichs-
ansprüche

1. Sachverhalt

- 1.1 Das Baugesuch wurde am 25. August 2010 beim Bauinspektorat der Stadt Bern eingereicht. Das Bauinspektorat leitete das Baubewilligungsverfahren ein und publizierte das Baugesuch am 24. und 29. September 2010 im Anzeiger der Region Bern; die Einsprachefrist lief bis und mit dem 25. Oktober 2010.
- 1.2 Innert der Auflagefrist gingen die eingangs aufgeführten Rechtsverwahrungen, Lastenausgleichsbegehren und Einsprachen ein. Die Einsprechenden rügen sinngemäss:
- A: Keine Zonenkonformität
 - B: Nicht quatiervetragliches Verkehrsaufkommen
 - C: Lärmimmissionen
 - D: Kein öffentliches Interesse an einem Provisorium auf der Kasernenwiese
 - E: Unverhältnismässigkeit des Projekts
 - F: Präjudizielle Wirkung einer Ausnahmbewilligung
 - G: Befangenheit der Stadt Bern
- 1.3 Mit Schreiben vom 25. November 2010 teilte das Bauinspektorat der Stadt Bern der Bauherrschaft mit, dass gegen das Baugesuch 79 schriftliche Rechtsbegehren eingereicht wurden. Es verzichtete vorerst auf die Durchführung einer Einigungsverhandlung, gewährte der Bauherrschaft aber die Möglichkeit, zu den Rechtsbegehren der Einsprechenden innert 10 Tagen Stellung zu nehmen. Die Bauherrschaft hatte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und am 13. Dezember 2010 eine umfangreiche Stellungnahme eingereicht.
- 1.4 Das Bauinspektorat leitete das Baugesuchsdossier sowie die Einsprachen und die Stellungnahme der Bauherrschaft am 22. Dezember 2010 an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland weiter. Weitere Unterlagen, u.a. die Stellungnahmen der Fachstellen der Stadt Bern, die Fachberichte der externen Stellen, die Petition „Ja zum Migros-Provisorium“ etc. hat das Bauinspektorat dem Regierungsstatthalteramt mit Schreiben vom 20. Januar 2011 weitergeleitet.
- 1.5 Mit anfechtbarer verfahrensleitender Verfügung vom 27. Januar 2011 stellte das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland seine Zuständigkeit zur Behandlung des vorliegenden Baugesuchs fest.

Begründet hat es seine Zuständigkeit mit einer möglichen Befangenheit der Stadt Bern. Eine Befangenheit der Stadt könne wegen den Ausführungen in den Einsprachen und in Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BewD, wonach die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter in jedem Fall für Gastgewerbebetriebe und für Bauvorhaben zuständig sei, wenn diese für Zwecke der Gemeinde bestimmt sind, nicht ausgeschlossen werden. Dabei sei der Begriff „für Zwecke der Gemeinde bestimmt“ weit auszulegen. Es gehe darum, den Anschein zu vermeiden, die Bewilligungsbehörde entscheide in eigener Sache. Die Bestimmung sei anwendbar, wenn die Gemeinde am Vorhaben ein so starkes Interesse habe, dass ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheint.

Weiter verfügte das Regierungsstatthalteramt, dass auf die Einsprachen von
wegen verspäteter Eingabe nicht eingetreten wird.

Den Verfahrensbeteiligten wurde die Möglichkeit eingeräumt, sich innert Frist zum Wechsel der Baubewilligungsbehörde und zur Stellungnahme der Bauherrschaft vom 13. Dezember 2010 zu äussern.

- 1.6 Der Wechsel der Baubewilligungsbehörde wurde von den Verfahrensbeteiligten nicht in Frage gestellt. Des Weiteren sind verschiedene in Ziff. 1.2. hiervor aufgezählten Rügepunkte in den Stellungnahmen der Einsprechenden noch einmal ausgeführt und betont worden.
- 1.7 Mit Schreiben vom 7. April 2011 teilte das städtische Bauinspektorat der Bauherrschaft mit, dass nach Abschluss der stadtinternen Behandlung des Baugesuches noch weitere Stellungnahmen eingereicht worden seien. So machte u.a. das Stadtplanungsamt darauf aufmerksam, dass die zwei geplanten Fusswege sich im Wurzelbereich von gemäss Baumschutzreglement geschützten Bäumen befänden und deshalb sichergestellt werden müsse, dass dieser Wurzelbereich nicht beschädigt werde. Die Verkehrsplanung stellte in ihrer Stellungnahme fest, dass die geplante Zu- und Wegfahrt nicht für die Fusswegerschliessung geeignet sei, diese aber auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Provisoriums erstellt sein müsse. Der Umweltschutz führte aus, dass Massnahmen zur Reduktion der Lärmbelastung durch den Rückkühler aufzuzeigen seien.
- 1.8 Nach summarischer Prüfung des Baugesuches gewährte die Baubewilligungsbehörde der Bauherrschaft mit Schreiben vom 9. Mai 2011 das rechtliche Gehör i.S.v. Art. 21 VRPG³. Darin wurde mitgeteilt, dass rein wirtschaftliche Gründe oder der blosse Wunsch nach einer optimalen Nutzung oder einer Ideallösung nicht für die Annahme eines Ausnahmegrundes ausreiche und folgedessen die Ausnahmegewilligung für die fehlende Zonenkonformität i.S.v. Art. 26 BauG nicht erteilt werden könne; dem Baugesuch drohe ohne neue Erkenntnisse voraussichtlich der Bauabschlag.
- 1.9 In der Stellungnahme vom 7. Juli 2011 führt die Bauherrschaft aus, dass sie mit dem Provisorium nicht ausschliesslich wirtschaftliche und kommerzielle Gründe verfolgen würde, sondern die Bevölkerung während der Umbauphase vielmehr mit Lebensmitteln versorgen wolle, wofür ein Bedürfnis bestehe. Somit bestehe neben dem Ausnahmegrund auch ein öffentliches Interesse am Provisorium auf der Kasernenwiese.
- 1.10 In seinem Bericht zum Bauentscheid vom 20. September 2011 beantragte das städtische Bauinspektorat die nachgesuchte Ausnahmegewilligung sowie die Baubewilligung zu erteilen.

³ Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 23. Mai 1989 (VRPG), BSG 155.21.

- 1.11 Auf den Inhalt der Einsprachen und Amtsberichte wird, soweit entscheiderelevant, nachstehend eingegangen.

2. Formelles

- 2.1 Gemäss Art. 2 BauG ist ein Bauvorhaben zu bewilligen, wenn es den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften und den nach anderen Gesetzen im Baubewilligungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entspricht, die öffentliche Ordnung nicht gefährdet und wenn ihm keine Hindernisse der Planung im Sinne der Art. 36 und 62 BauG entgegenstehen. Diese Voraussetzungen sind vollumfänglich von Amtes wegen zu prüfen, unabhängig davon, ob Einsprachen eingereicht worden sind oder nicht. Mit der Baubewilligung können Bedingungen und Auflagen verbunden werden.⁴
- 2.2 Die sachliche Zuständigkeit der Bewilligungsbehörde ergibt sich aus Art. 8 Abs. 2 BewD⁵. Das Bauvorhaben soll in der Stadt Bern ausgeführt werden, womit der angerufene Regierungsstatthalter auch örtlich zuständig ist.
- 2.3 Die Gesuchsunterlagen entsprechen den Formerfordernissen des BewD. Auf das Gesuch ist ohne weiteres einzutreten.
- 2.4 Grundsätzlich muss zur Rechtsnatur einer baurechtlichen Einsprache festgehalten werden, dass eine solche nur eine Entscheidungshilfe für die Baubewilligungsbehörde darstellt und letztere ohnehin verpflichtet ist, zu überprüfen, ob sämtliche öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften eingehalten sind. Im Übrigen darf mit einer Baueinsprache nur gerügt werden, dass öffentlich-rechtliche Bauvorschriften verletzt seien. Jeder Bauherr bleibt es vorbehalten, wie sie ihr Bauvorhaben ausgestalten will, solange sie die öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften einhält. Die Bewilligungsbehörde hat sich darauf zu beschränken, die Einhaltung der für das Baubewilligungsverfahren einschlägigen Vorschriften zu gewährleisten.
- 2.5 Die Einsprachelegitimation natürlicher und juristischer Personen, die ihre eigenen Interessen vertreten (Privateinsprachen und „egoistische Verbandsbeschwerde“) ergibt sich aus Art. 35 Abs. 2 lit. a BauG. Demnach sind Personen zur Einsprache befugt, welche durch das Bauvorhaben unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sind. Dazu ist erforderlich, dass die Einsprecherin oder der Einsprecher persönlich vom Bauvorhaben in höherem Masse als jedermann (Allgemeinheit) berührt wird. Sie müssen an jeder Rüge ein eigenes schutzwürdiges Interesse haben.⁶
- 2.6 Private Organisationen sind nach Art. 35a BauG ausserdem zur „ideellen Verbandsbeschwerde“ berechtigt, wenn sie juristische Personen sind, die rein ideelle Zwecke verfolgen. Sie können nur Rügen zur Wahrung ihres statutarischen Zweckes - in Rechtsbereichen, die seit mindestens zehn Jahren zu diesem gehören - geltend machen. Sie können aber ihre rechtlich selbständigen Unterorganisationen für deren örtliches Tätigkeitsgebiet generell zur Erhebung von Einsprachen ermächtigen.⁷
- 2.7 In einer besonders nahen Beziehung zur Streitsache stehen naturgemäss die Nachbarn des Baugrundstücks. Die Einsprachebefugnis der Nachbarn ist dementsprechend in der Regel nicht problematisch.

⁴ Art. 38 Abs. 3 BauG.

⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (BewD), BSG 725.1.

⁶ Zaugg/Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Kommentar, Band I, Bern 2007, Art. 35/35a N 16 f.

⁷ Art. 35a i.V.m. Art. 35c BauG.

Unter Nachbarn versteht die Verwaltungs- und Gerichtspraxis vorab die Eigentümerinnen und Eigentümer von Nachbargrundstücken sowie Personen, die an solchen Grundstücken dinglich berechtigt sind.

In der Regel wird auch die Einsprachebefugnis der Mieter und Pächter von Nachbarliegenschaften anerkannt. Nachbargrundstücke sind anstossende Grundstücke sowie solche, die bloss durch einen Verkehrsträger vom Baugrundstück getrennt sind. Die Nachbarschaft reicht überdies soweit wie die allfälligen nachteiligen Auswirkungen eines Bauvorhabens reichen.

Die Bauherrschaft macht geltend, dass wegen zu grosser Distanz zum Bauvorhaben auf mehrere Einsprachen nicht einzutreten sei.

Ohne das spezifische Gebiet genau einzugrenzen, welches noch zur Erhebung der Einsprache berechtigt, sei an dieser Stelle festgehalten, dass in casu wohl ein grosser Personenkreis betroffen sein dürfte, da der betreffende Baugrund, die Kasernenwiese, örtlich betrachtet für das ganze Breitenrainquartier die nächste öffentliche Naherholungszone darstellt. Aber auch wenn, wie die Bauherrschaft geltend macht, zahlreichen Einsprechenden die Einsprachebefugnis abgesprochen werden muss, ist immer noch eine grosse Anzahl anderer Einsprachen eingereicht worden, denen die Einsprachelegitimation, wie die Bauherrschaft selber auch nicht bestreitet, nicht abgesprochen werden kann und die zumindest sinngemäss dasselbe rügen. Auf die Argumentation der Bauherrschaft ist deshalb nicht weiter einzugehen.

- 2.8 Die Rechtsverwahrungen dienen zur Anmeldung von privatrechtlichen Ansprüchen. Sie können ohne weiteres zur Kenntnis genommen und gegeben werden.
- 2.9 Soweit Lastenausgleichsbegehren angemeldet wurden, ist darüber nicht im Baubewilligungsverfahren zu entscheiden.⁸ Die Baupolizeibehörde der Gemeinde ist anzuweisen, den allenfalls Berechtigten den Baubeginn unter Hinweis auf die dreimonatige Klagefrist mitzuteilen.
- 2.10 Die Baubewilligungsbehörde kann eine Einigungsverhandlung (Einspracheverhandlung) durchführen.⁹ Da die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften von Amtes wegen zu prüfen ist und im vorliegenden Baubewilligungsverfahren die entscheidungsrelevanten Fakten bekannt sind, wurde auf eine solche Verhandlung verzichtet.

3. Materielles

- 3.1 Das Bauvorhaben erfordert folgende Ausnahmegewilligung:

- zonenfremde Nutzung nach Art. 24 BO06 in Anwendung von Art. 26 BauG.

Dazu kann wie folgt Stellung genommen werden:

Das projektierte Bauvorhaben ist in der Zone Freifläche A Private Bauten und Anlagen im allgemeinen Interesse geplant. Diese umfasst gemäss Art. 24 Abs. 2 BO06 Grundstücke für stark durchgrünte Anlagen. Das Migros-Provisorium an der Kasernenstrasse entspricht den Nutzungsvorschriften nach Art. 24 BO06 nicht, weshalb das Bauvorhaben einer Ausnahmegewilligung bedarf. Mit Datum vom 25. August 2010 reichte die Bauherrschaft deshalb ein Ausnahmegesuch ein.

⁸ Art. 31 BauG.

⁹ Art. 34 BewD.

Gemäss Art. 26 BauG können von einzelnen Bauvorschriften Ausnahmen gewährt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Überdies dürfen keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzt werden, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung i.S.v. Art. 26 BauG gegeben sind, insbesondere zu prüfen ist, ob überhaupt ein Ausnahmegrund vorliegt.

In ihrem Ausnahmegesuch machte die Bauherrschaft geltend, dass das Provisorium nur für eine beschränkte Zeit (2-3 Jahre) vorgesehen sei, bis der Neubau Migros am Breitenrainplatz bezogen werden könne. Mit relativ bescheidenen Eingriffen könne das Provisorium erstellt werden und nach der Demontage werde der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt. Verkehrstechnisch liege der Standort für das Provisorium ebenfalls sehr günstig, was im eingereichten Verkehrsgutachten und im Lärmschutzbericht nachgewiesen werde. Weil die Parzelle nicht weit vom heutigen Standort Breitenrainplatz entfernt liege, hätten die Kunden nur kurze Anfahrts- bzw. Fusswege. Mit dem Kanton Bern als Grundeigentümer sei die Nutzung der vorgesehenen Parzelle für eine beschränkte Zeit zudem vertraglich geregelt worden.

In ihrer Stellungnahme vom 13. Dezember 2010 zu den eingegangenen Einsprachen führte die Bauherrschaft zusätzlich aus, die Bevölkerung habe sowieso keinen Anspruch auf Nutzung der Kasernenwiese. Allein die grosszügige und kooperative Haltung der Waffenplatzverwaltung, in Absprache mit dem operativen Mieter (Schweizerische Eidgenossenschaft), habe eine Nutzung der Kasernenwiese möglich gemacht. Besondere Verhältnisse, welche zur Erteilung der Ausnahmegewilligung berechtigen würden, seien gegeben, schliesslich handle es sich bei der Überbauung am Breitenrainplatz um ein vom Normalfall abweichendes Grossprojekt. Es würden ca. 8'500 m² Wohnfläche, ca. 3'000 m² Dienstleistungsfläche und ca. 2'000 m² Verkaufsfläche geschaffen. Die ganzheitliche Überbauung ermögliche ein ästhetisches Bild und schaffe aufgrund seiner verdichteten Bauweise insbesondere Wohnraum. In der näheren Umgebung des Breitenrainplatzes gäbe es keinen alternativen Standort für ein Provisorium. Zur weiteren Versorgung und zum Erhalt der Kunden einerseits und für den Erhalt der Arbeitsplätze und zur Verlegung des Sortiments andererseits, müsse der Migros-Betrieb jedoch während der Bauzeit weitergeführt werden. Die Angebote der bestehenden anderen Einkaufsmöglichkeiten seien vom Angebot her und preislich nicht vergleichbar. Dass ein Versorgungsbedürfnis bestehe, zeige zudem die Petition „Ja zum Migros-Provisorium auf dem Kasernenareal“. Ohne weitere Konsequenzen könne die Migros-Filiale nicht einfach aufgelöst werden, weshalb das Interesse der Bauherrschaft am Provisorium entsprechend gross sei. Die geplante Nutzung sei zwar nicht zonenkonform, dass die Kasernenwiese aber frei von Gebäuden bleibe, sei von der Zonenvorschrift nicht verlangt. Art und Mass der Abweichung seien zudem gering; ein Grossteil der Fläche bleibe grün und für die Bevölkerung benutzbar. Das Provisorium sei des Weiteren stark durchgrünt und nur auf einen Zeitraum von rund zwei bis drei Jahren beschränkt.

Nachdem das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland der Bauherrschaft mit Schreiben vom 9. Mai 2011 mitteilte, dass dem Baugesuch ohne neue Erkenntnisse voraussichtlich der Bauabschlag drohe, führte die Bauherrschaft mit Schreiben vom 7. Juli 2011 aus, es treffe nicht zu, dass sie mit dem Provisorium ausschliesslich wirtschaftliche und kommerzielle Gründe verfolgen würde. Die Migros bezwecke unter anderem, ihren Mitgliedern und der Bevölkerung in günstiger Weise Waren von guter bis hoher Qualität zu vermitteln; dabei seien ihr die Schonung der natürlichen Ressourcen und ein umweltgerechtes Verhalten wichtig.

Diesem Auftrag komme die Bauherrschaft zu Gunsten der gesamten Bevölkerung nach. Nicht nur mache die Bauherrschaft subjektive Verhältnisse geltend, die einen Ausnahmegrund darstellen, auch würden neben den besonderen Verhältnissen ein öffentliches Interesse am Provisorium bestehen, wie die Petition gezeigt habe. Die nächste Migros an der Lorrainestrasse sei rund 750 m Luftlinie vom Breitenrainplatz entfernt und mit den öffentlichen Verkehrsmitteln schlecht erreichbar. Dies hätte zur Folge, dass die Kundschaft, die in Gehdistanz zur Filiale am Breitenrainplatz wohnen würde, auf das Auto umsteigen würde, um in der Migros einkaufen zu gehen. Diese Konsequenz laufe einem umweltgerechten Verhalten zuwider, was die Bauherrschaft vermeiden möchte. Es gäbe zudem keine Alternativmöglichkeiten. Die nächste freie Fläche befände sich vor der BKW und damit zu weit weg vom Breitenrainplatz. Das Armeegebiet um den Guisanplatz sei ebenfalls zu weit weg und könne seitens der Armee nicht zur Verfügung gestellt werden. Ein vorübergehend leerstehender Gewerberaum in der Nähe des Breitenrainplatzes gäbe es nicht und eine etappenweise Überbauung der Migros am Breitenrainplatz sei nicht realistisch. Die Auffassung, dass jeder Dienstleistungsbetrieb, der sich in einer Umbauphase befinde, mit der gleichen Problematik konfrontiert sei, könne die Bauherrschaft nicht teilen, gehe es im vorliegenden Verfahren doch einzig um das Provisorium bei der Kaserne. Selbst wenn das Provisorium bei der Kaserne mit anderen Provisorien von Dienstleistungsbetrieben verglichen werden sollte, müsste ihr die Ausnahmegewilligung erteilt werden, schliesslich habe das damalige Regierungstatthalteramt Bern im November 2005 das Gesuch der Valora AG für die Errichtung eines Kiosk-Provisoriums auf dem Waisenhausplatz für drei Jahre bewilligt. Die Valora AG habe im Gegensatz zur Migros ausschliesslich wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Zudem habe sich der nächste Valora-Kiosk nur rund 50 m vom Provisorium entfernt befunden. Der Regierungstatthalter habe in diesem Entscheid das Bedürfnis der Bevölkerung nach Provisorien von Dienstleistungsbetrieben anerkannt. Die gleiche Argumentation sollte auch im vorliegenden Entscheid der Bauherrschaft zugestanden werden, zumal ihr Provisorium weit weniger störend ins Gewicht falle, als das damalige Kiosk-Provisorium.

Ob ein Sachverhalt für einen Ausnahmegrund zu genügen vermag, hängt von drei Komponenten ab: Vom Interesse der Bauherrschaft an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von der Art und Mass der verlangten Abweichung.¹⁰

Wie das Verwaltungsgericht mehrfach entschieden hat, können alle wesentlichen Interessen, die sich auf Zweck, Umfang oder Gestaltung eines Bauvorhabens beziehen und in den geltenden Vorschriften keine Berücksichtigung finden, die Gewährung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen. Allerdings müssen diese Interessen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Als besondere Verhältnisse im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BauG kommen daher insbesondere objektive Besonderheiten (Lage der Parzelle, Beschaffenheit des Baugrunds, technisch bedingte Ausnahmesituationen usw.) in Frage. Zudem ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte zu Art. 26 BauG in der seit dem 1. Januar 1995 geltenden Fassung, dass mit der Gewährung einer Ausnahme auch Besonderheiten Rechnung getragen werden kann, die in den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Person begründet sind (z.B. Bedürfnisse einer behinderten Person o.ä.).¹¹

Die Ausnahmegewilligung dient grundsätzlich der Vermeidung von unverhältnismässigen Härten oder offensichtlichen Unzweckmässigkeiten. Sie soll den Baubehörden ermöglichen, den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen.

¹⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26/27 BauG N 4.

¹¹ Zum Ganzen vgl. BVR 1999 S. 71 E. 3b.

Da *wirtschaftliche Überlegungen* generelle Gründe darstellen und sich praktisch immer anführen lassen, schaffen sie daher nicht ohne Weiteres eine besondere Situation, die eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen.¹² Rein wirtschaftliche Gründe oder der blosser Wunsch nach einer optimalen Nutzung oder einer Ideallösung genügen daher nicht. Es ist nicht Ziel der Ausnahmegewilligung, dem Bauherrn eine grosszügige, für ihn zwar optimale, aber der Normalbauordnung nicht entsprechende Lösung zu ermöglichen. Dies gilt umso mehr, als Alternativen möglich erscheinen.¹³

Obwohl wirtschaftliche Gründe gemäss der Bauherrschaft nicht im Vordergrund stehen würden, geht die Bauherrschaft offenbar davon aus, dass nur sie die Bevölkerung während der Umbauphase am Breitenrainplatz mit Lebensmitteln versorgen könne. Dies mutet deshalb wenig überzeugend an, weil am Breitenrainplatz weitere Einkaufsmöglichkeiten wie Coop oder Denner bestehen, die ebenfalls nicht für ihre überkauerten Preisangebote bekannt sind, wie die Migros jedoch aber ein grosses Sortiment anbieten können. Neben Coop und Denner gibt es zudem zahlreiche kleinere Lebensmittelgeschäfte wie Bäckereien und Metzgereien, die die Bevölkerung ebenfalls mit Lebensmitteln versorgen können. Klar ist, dass die Migros ihre Kunden während der Umbauphase nicht an die direkte Konkurrenz verlieren möchte. Wie bereits dargelegt, ist dies aber keine Ausnahmesituation, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen würde. Auch wenn die Bauherrschaft argumentiert, dass ihre Filiale an der Lorrainestrasse etwas weiter weg liege und zudem mit den öffentlichen Verkehrsmitteln vom Breitenrainplatz her nicht einfach erreicht werden könne, gibt es immer noch die Migros-Filialen im Wankdorf oder aber am Bahnhof Bern, welche mit den öffentlichen Verkehrsmitteln gut erreichbar sind. Deshalb ist es auch nicht nachvollziehbar, wenn die Bauherrschaft argumentiert, dass viele Kunden auf das Auto umsteigen würden, um zur nächsten Migros zu gelangen. Abgesehen davon, bietet die Migros einen Heimlieferungsservice an, wobei einfach und schnell über das Internet bestellt werden kann. Einen Service, den die Anwohnenden am Breitenrainplatz während des Umbaus ihrer Filiale ebenfalls benutzen könnten, ohne auf eine andere Migros-Filiale ausweichen zu müssen. Die Migros scheint mit ihrem Provisoriumprojekt vielmehr das selbst erklärte Ziel nach umweltgerechtem Verhalten zuwiderzulaufen, indem sie beabsichtigt, die geringe Grünfläche im Breitenrainquartier zu überbauen. Schliesslich weiss auch sie, wie sie in ihrer Eingabe vom 13. Dezember 2010 dargelegt hat, um den Umstand, dass brach liegendes Land in der Stadt eine Rarität darstellt. Wohl haben 2'652 Anwohner die von der SVP lancierte Petition „Ja zum Migros-Provisorium auf dem Kasernenareal“ unterschrieben. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die ganze Bevölkerung das Projekt unterstützen würde. Dies deshalb nicht, weil bekannt ist, dass die SVP rund 21'000 Haushalte mit der Petition angeschrieben hat, der Grossteil der angeschriebenen Haushalte sich zu diesem Provisorium also gar nicht geäussert hat.¹⁴ Auch die zahlreichen Einsprachen zeugen davon, dass das Provisorium auch viele Gegner hat. Den Befürwortenden steht ebenso eine grosse Gegnerschaft gegenüber, weshalb das Interesse der Bevölkerung für die Begründung der Ausnahmesituation nicht herangezogen werden kann.

Klar ist, dass die Bevölkerung kein Anspruch darauf hat, dass die Kasernenwiese nie überbaut werden wird. Die Freifläche A ist aber für private Bauten im öffentlichen Interesse reserviert, zu denen sich die Migros gerade nicht zählen kann. Gemäss Art. 77 BauG sind Zonen für öffentliche Nutzungen Verwaltungsgebäuden, Schulen, Spitälern etc. vorbehalten.

¹² BGE 107 Ia S. 216 E. 5.

¹³ BVR 1999 S. 199 E. 2b ff.

¹⁴ Siehe dazu Berner Zeitung vom 22. Dezember 2010 „Petition sorgt für Stunk auf eigenen Lagern“.

Würde es Privaten ermöglicht, ihre Unternehmen mit Erwerbszweck auf der Kasernenwiese zu führen, wäre die Wiese sicherlich schon längst überbaut, oder aber, mit diesem Entscheid würde ein Präjudiz geschaffen, womit die zukünftige zonenkonforme Nutzung der Kasernenwiese verunmöglicht würde. Eine Entwicklung, welche die Nutzungsordnung gerade nicht vorsieht.

Was die Alternativmöglichkeiten betrifft, so hat der Regierungsstatthalter nicht in erster Linie an ein anderes Armeegebiet gedacht, oder an eine weitere Möglichkeit in der Stadt, sondern vielmehr an die etappenweise Bauweise der Überbauung am Breitenrainplatz. Gerade in den letzten Jahren wurden in der Altstadt von Bern mehrere grosse Warenhäuser etappenweise umgebaut (siehe Ryfflihof, LOEB etc.). Die Tatsache, dass bei diesen Bauvorhaben während der Bauphase auch keine Provisorien an anderen Standorten errichtet wurden zeigt, dass mit entsprechender Planung auch grössere Umbauten auf engen Platzverhältnissen durchgeführt werden können. Die Begründung der Bauherrschaft dazu ist schlicht, eine solche etappenweise Überbauung sei nicht realistisch. Die Platzverhältnisse seien gering und die Etappierung würde zu einer massiven Bauzeitverlängerung in einer Grössenordnung von mehr als einem Jahr führen. Zudem würden die Anrainer und die Quartierbewohner einer erheblichen zusätzlichen Belästigung durch Lärm und Einschränkungen des Verkehrs ausgesetzt. Somit führte die Bauherrschaft selber aus, dass die etappenweise Überbauung zumindest möglich ist. Dass die Bauherrschaft eine Bauzeitverlängerung nicht in Kauf nehmen will, zeigt erneut, dass sie primär wirtschaftliche Ziele verfolgt und durch den Umbau möglichst keine Umsatzeinbußen generieren will. Gründe, die in casu nicht berücksichtigt werden können. Anders als im Verwaltungsgerichtsentscheid BVR 1990 S. 198 ff. kann in casu das Alternativprojekt nicht mit betriebstechnischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen verneint werden. Im erwähnten Entscheid war die betreffende Baute zonenkonform. Thema war lediglich die Überschreitung der zulässigen Gebäudehöhe beim Umbau einer bereits bestehenden Lagerbaute. Nach durchgeführtem Augenschein ist man zum Schluss gekommen, dass eine andere Bauweise aus betrieblicher Sicht gar nicht weiter verfolgt werden könne. Dies deshalb nicht, weil die täglich anfallende Arbeit in Zukunft gar nicht hätte bewältigt werden können und die weitere Betriebsführung somit schlechthin verunmöglicht worden wäre. Im Gegensatz zum Migros-Provisorium ging es in diesem Entscheid nicht um eine für die Bauherrschaft bestmögliche Übergangslösung, sondern vielmehr um die essentielle Frage der Betriebsführung in Zukunft. Demnach schlägt der Vergleich mit vorerwähntem Verwaltungsgerichtsentscheid fehl.

Die Bauherrschaft ist der Meinung, dass im vorliegenden Verfahren einzig das Provisorium zu beurteilen sei und daher mit anderen Dienstleistungsbetrieben in einer Umbauphase nicht verglichen werden könne. Dazu ist festzuhalten, dass das Institut der Ausnahmegewilligung zwar Unbilligkeiten im *Einzelfall* von der Einhaltung der Gesetzesbestimmungen dispensieren will, sich dieses Institut aber nicht im rechtsfreien Raum bewegt, sondern sich den in der Bundesverfassung verankerten Prinzipien der Rechtsgleichheit und Willkürverbot unterzuordnen hat.¹⁵ Kommt dazu, dass die Bauherrschaft zur Untermauerung ihrer Argumentation einen Entscheid des seinerzeitigen Regierungsstatthalters von Bern vom November 2005 (Kiosk-Provisorium auf dem Waisenhausplatz) heranzieht, ihr Bauvorhaben also durchaus auch mit anderen Bauentscheiden vergleicht. Der Regierungsstatthalter hat zwar in diesem Entscheid die Baubewilligung für das geplante Kiosk-Provisorium erteilt, der Vergleich ist aber trotzdem nicht sehr geglückt und läuft an dieser Stelle ins Leere. Wie die Bauherrschaft selber ausführt, lassen sich diese Projekte nicht vergleichen.

¹⁵ Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

Nicht nur grössenmässig sind die Projekte sehr verschieden, auch ging es beim Kiosk-Entscheid nicht um eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG, sondern um eine Ausnahmegewilligung für kleine und leicht entfernbare Bauten nach Art. 28 BauG. Die Ausnahmegewilligung nach Art. 28 BauG setzt - anders als diejenige nach Art. 26 BauG - keine besonderen Verhältnisse voraus. Ein privates Interesse genügt. Ein genügendes Interesse liegt vor, wenn die Einhaltung der Vorschriften zu einer für den Bauherrn unzweckmässigen Lösung führen würde und damit angesichts des unbedeutenden Vorhabens als übertriebene Strenge erschiene. Kein genügendes Interesse besteht insbesondere dann, wenn der Bauherr ebenso gut, d.h. ohne spürbaren Nachteil, vorschriftsgemäss bauen kann. Im Unterschied zum Entscheid in casu konnte die Bauherrschaft damals demnach mit ihrer wirtschaftlichen Begründung gehört werden. Der Vergleich mit dem Kiosk-Entscheid ist des Weiteren deshalb nicht nützlich, weil er von der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion am 2. März 2006 umgestossen wurde; die Baudirektion dem Baugesuch wegen entgegenstehenden schwerer wiegenden öffentlichen- und nachbarrechtlichen Interessen den Bauabschlag erteilt hat.

Zusammenfassend kann ausgeführt werden, dass die von der Bauherrschaft geltend gemachten Gründe als besondere Verhältnisse im Sinne von Art. 26 BauG eine einzelfallweise Abweichung von den Gesetzesbestimmungen nicht zu rechtfertigen vermögen. Eine Ausnahmegewilligung kann mangels besonderer Verhältnisse deshalb nicht erteilt werden. Die Bauherrschaft sieht sich mit Schwierigkeiten konfrontiert, mit welchen sich viele andere Dienstleistungserbringende auch auseinandersetzen müssen und die nicht als wichtige Ausnahmegründe objektivierbar sind. Dass es sich beim Umbau der Migros am Breitenrainplatz um ein vom Normalfall abweichendes Grossprojekt handeln soll, hilft da nicht weiter. Sind die besonderen Verhältnisse nicht gegeben, sind allfällige entgegenstehende öffentliche oder nachbarrechtliche Interessen nicht weiter zu prüfen.¹⁶

Der Argumentation der Bauherrschaft, der Dispens von den gesetzlichen Bestimmungen sei deshalb zu gewähren, weil das Provisorium und somit die Ausnahmesituation nur für eine bestimmte Zeitdauer vorgesehen sei, ist des Weiteren zu entgegen, dass die Befristung der Abweichung für sich allein kein Ausnahmegrund darstellt, ansonsten jede Bauvorschrift befristet verletzt werden dürfte. Sie kann jedoch insofern eine Rolle spielen, als sich argumentieren lässt, dass bei befristeten Abweichungen jedenfalls von weniger wichtigen Vorschriften an die besonderen Verhältnisse keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.¹⁷ Die Bauordnung der Stadt Bern bestimmt jedoch in grundlegender Weise, auf welche Art die Zonen im öffentlichen Interesse genutzt werden dürfen. Es kann deshalb nicht von einer weniger wichtigen Vorschrift ausgegangen werden. Somit sind die Anforderungen für die besonderen Verhältnisse in casu nicht herabgesetzt.

- 3.2 Die Prüfung der Baugesuchsakten ergibt damit, dass das Bauvorhaben die bau- und planungsrechtlichen Vorschriften nicht einhält. Es ist deshalb nicht zu bewilligen und der Bauabschlag zu verfügen.
- 3.3 Auf die Einsprachen muss nicht weiter eingegangen werden, da sich diese mit der Erteilung des Bauabschlages erübrigen.

¹⁶ BVE vom 17. August 2010 S. 5 E. 2e.

¹⁷ BVR 1999 S. 73 E. 3.c.bb.

- 3.4 Die Erteilung des Bauabschlages bedeutet für die Bauherrschaft einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV. Ein solcher Eingriff ist nach Art. 36 BV nur zulässig, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt oder durch den Schutz der Grundrechte dritter gerechtfertigt ist. Er muss zudem verhältnismässig sein.

Die gesetzlichen Grundlagen des vorliegenden Entscheides finden sich im kantonalen Baugesetz. Der Bauabschlag liegt im Sinne einer zonenkonformen Nutzung der Kasernenwiese, nämlich dass diese Wiese für Bauten im öffentlichen Interessen freigehalten wird. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet ferner, dass ein behördlicher Grundrechtseingriff geeignet, erforderlich und zwecktauglich ist. Vorliegend bezweckt die gesetzliche Regelung die Freihaltung der Kasernenwiese für Bauten im öffentlichen Interesse. Es ist kein milderes Mittel ersichtlich, wie die Freihaltung gewährleistet werden könnte. Die Verweigerung der Baubewilligung für ein Migros-Provisorium auf der Kasernenwiese steht im Bezug zum damit verfolgten Ziel in keinem Missverhältnis, weswegen diese das einzige zwecktaugliche Mittel ist, um dem öffentlichen Interesse nachzukommen.

- 3.5 Gemäss Art. 52 BewD hat die Bauherrschaft die Kosten aller in diesem Bauentscheid zusammengefassten Verfahren zu übernehmen.

4. Entscheid

4.1 Bauabschlag

Der Bauherrschaft wird die Gesamtbaubewilligung für das eingangs umschriebene Vorhaben gemäss dem Baugesuch vom 25. August 2010 verweigert und der **Bauabschlag** erteilt. Dieser umfasst:

4.1.1 - Die verweigerte Baubewilligung

4.1.2 - Die verweigerte Ausnahmbewilligung für die zonenfremde Nutzung auf einer Freifläche A privat im allgemeinen Interesse gemäss Art. 24 BO06 i.V.m. Art. 26 BauG.

4.2 Kosten

Die Kosten aller in diesem Bauentscheid zusammengefassten Verfahren werden der Bauherrschaft zur Bezahlung auferlegt und wie folgt festgesetzt:

Gebühr für Bauentscheid	CHF	2'500.00
Gebühren des Bauinspektorats der Stadt Bern gemäss sep. Aufstellung	CHF	8'170.30

Total	CHF	10'670.30
--------------	------------	------------------

Die Rechnung folgt mit separater Post.

Vorbehalten bleibt die Rechnungsstellung der Gemeinde für Baukontrollen.

4.3 Rechtsmittelbelehrung

Der Bauentscheid kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung mit Baubeschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, Reiterstrasse 11, 3011 Bern, angefochten werden.¹⁸ Eine allfällige Beschwerde ist in vier Exemplaren einzureichen. Sie muss einen Antrag, die Angaben von Tatsachen und Beweismittel, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; greifbare Beweismittel (insbesondere der angefochtene Bauentscheid) sind beizulegen.¹⁹

4.4 Eröffnung

Der Bauentscheid wird eingeschrieben mit Beilagen eröffnet:

- Bader Gnehm und Partner, Rechtsanwälte, Rechtsanwalt Michael Bader und Rechtsanwältin Esther Scheitlin, Kramgasse 25, 3000 Bern 8 (gelbes Dossier)
- Bauinspektorat der Stadt Bern, Bundesgasse 38, Postfach, 3001 Bern (rotes Sichtmäppchen)

Der Bauentscheid wird eingeschrieben eröffnet (Beilage: Bericht zum Bauentscheid des städtischen Bauinspektorates vom 20. September 2011):

Sozialdemokratische Partei Bern-Nord, Postfach, 3000 Bern 25

¹⁸ Art. 40 BauG

19 Art. 32 VRPG.

Der Bauentscheid wird ohne Beilagen mit B-Post eröffnet:

- Gebäudeversicherung Bern, Papiermühlestrasse 130, Postfach, 3063 Ittigen
- FHB, Fachstelle Hindernisfreies Bauen, Richtersmattweg 115, 3054 Schüpfen
- EWB, Bereich Netze, Monbijoustrasse 11, Postfach, 3001 Bern
- Intern: RW, Akten, wür, lec



**Regierungsstatthalteramt
Bern-Mittelland**

Christoph Lerch
Regierungsstatthalter