

100.2016.354U
KEP/RAP

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 29. März 2017

Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiberin Zemp

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführer

gegen

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

sowie

Einwohnergemeinde Bern
Baubewilligungsbehörde, Bauinspektorat, Bundesgasse 38, Postfach,
3001 Bern

betreffend Baubewilligung für Kiosk mit Nutzungsbeschränkung; Nicht-
eintreten auf die Beschwerde (Entscheidung der Bau-, Verkehrs- und Energie-
direktion des Kantons Bern vom 4. November 2016; RA Nr. 110/2016/114)



Sachverhalt:

A.

A._____ ist Mieter der Stockwerkeigentumseinheit B._____ (…)
Gbbl. Nr. 1._____ an der C._____strasse in Bern. Im bestehenden
Ladenlokal betreibt er einen Kiosk mit einem kleinen Angebot an
Lebensmitteln und einer Café-Bar. Am 2. Juli 2014 reichte A._____ für
den Kiosk ein nachträgliches Baugesuch ein. Die Baubewilligung mit
Nutzungseinschränkungen vom 6. Juli 2016 eröffnete ihm das Bauinspek-
torat der Stadt Bern (nachfolgend: Bauinspektorat) mit eingeschriebener
Postsendung. Weil A._____ im Lauf des Baubewilligungsverfahrens
seinen Wohnsitz von E._____ (Einwohnergemeinde [EG] F._____)
nach G._____ (EG Bern) verlegt hatte, konnte die Sendung an seiner
alten Adresse nicht zugestellt werden. Am 21. Juli 2016 eröffnete das Bau-
inspektorat A._____ die Baubewilligung ein zweites Mal, woraufhin ihm
die Sendung am 22. Juli 2016 zugestellt werden konnte.

B.

Am 22. August 2016 erhob A._____ bei der Bau-, Verkehrs- und
Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) Beschwerde gegen eine in der
Baubewilligung vom 6. Juli 2016 vorgesehene Nutzungseinschränkung
(Verbot der Abgabe und des Verkaufs von warmen Speisen). Wegen ver-
säumter Beschwerdefrist trat die BVE mit Entscheid vom 4. November
2016 auf die Beschwerde nicht ein.

C.

Gegen diesen Entscheid hat A._____ am 6. Dezember 2016 Ver-
waltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit folgenden Rechtsbegehren:

«1. Ziff. III/1, Ziff. III/2 Satz 2, Ziff. III/3 und Ziff. III/4 des Entscheids vom
4. November 2016 der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des
Kantons Bern im Verfahren RA Nr. 110/2016/114 seien aufzuheben.

2. Die Akten seien zur materiellen Beurteilung der Anträge des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»

Die Stockwerkeigentümergeinschaft C._____strasse und deren am vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren beteiligten Mitglieder verzichten mit Eingabe vom 15. Dezember 2016 auf eine Mitwirkung vor dem Verwaltungsgericht. Mit Vernehmlassung vom 22. Dezember 2016 beantragt die BVE die Abweisung der Beschwerde. Die EG Bern äussert sich am 28. Dezember 2016 zur Sache, ohne einen Antrag zu stellen.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die BVE ist auf das Rechtsmittel des Beschwerdeführers wegen Fristversäumnis nicht eingetreten (vorne Bst. B), weshalb sich seine Beschwerdebefugnis für das verwaltungsgerichtliche Verfahren unmittelbar aus dem negativen Prozessentscheid ergibt (vgl. BVR 2011 S. 498 nicht publ. E. 1.1 [VGE 2010/495 vom 19.5.2011]; BVR 2006 S. 481 E. 1.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 79 N. 3, Art. 65 N. 6). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach grundsätzlich einzutreten (vgl. aber E. 1.2 hier-nach).

1.2 Nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerde, soweit sich das Rechtsbegehren 1 auf die Kostenliquidation zu Lasten der Stockwerkeigentümergeinschaft C._____strasse und ihrer am vorinstanzlichen Verfahren beteiligten Mitglieder aufgrund der Abweisung von deren Beschwerde bezieht (Ziffer 3 Absatz 1 und Ziffer 4 des Dispositivs des ange-

fochtenen Entscheids). Der Beschwerdeführer ist in diesem Punkt durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert.

1.3 Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide behandeln die Mitglieder des Verwaltungsgerichts als Einzelrichterin oder Einzelrichter (Art. 57 Abs. 2 Bst. c des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

1.4 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

2.

Zu beurteilen ist einzig, ob die BVE zu Recht auf die Beschwerde vom 22. August 2016 nicht eingetreten ist.

2.1 Der Beschwerdeführer betreibt im bestehenden Ladenlokal im Erdgeschoss an der C._____strasse einen Kiosk mit einem kleinen Angebot an Lebensmitteln und einer Café-Bar. Um die Mittagszeit verkauft er zudem vorgekocht und aufgewärmt angelieferte Speisen. Die Stockwerkeigentümergeinschaft C._____strasse und ein Grossteil ihrer Mitglieder erhoben am 25. Februar 2016 Einsprache gegen das nachträgliche Baugesuch vom 2. Juli 2014. Sie beanstandeten unter anderem die durch den Verkauf der Speisen entstehenden Geruchsimmissionen. Das Bauinspektorat erteilte dem Beschwerdeführer am 6. Juli 2016 die Baubewilligung. Dabei wurde im Sinn von Nutzungseinschränkungen verfügt, dass die Abgabe und der Verkauf von warmen Speisen einzustellen sei und die Anzahl der Sitz- und Stehplätze sechs nicht überschreiten dürfe. Am 6. Juli 2016 versandte das Bauinspektorat die Baubewilligung zum ersten Mal. Dieser Zustellversuch schlug fehl, da der Beschwerdeführer während des hängigen Baubewilligungsverfahrens von der EG F._____ in die EG Bern umgezogen war und in der EG F._____ über kein Zustelldomizil mehr verfügte. Die Sendung wurde am 11. Juli 2016 an das Bauinspektorat zurückgesandt mit dem Vermerk, der Empfänger habe unter der

angegebenen Adresse nicht ermittelt werden können. Das Bauinspektorat konnte die neue Adresse alsdann bei der Einwohnerkontrolle der Stadt Bern in Erfahrung bringen, da sich der Beschwerdeführer nach seinem Umzug in die EG Bern ordnungsgemäss angemeldet hatte. In der Folge eröffnete es die Baubewilligung am 21. Juli 2016 ein zweites Mal, wobei sie dem Beschwerdeführer am 22. Juli 2016 zugestellt werden konnte. Der Beschwerdeführer ersuchte das Bauinspektorat am 28. Juli 2016 um Auskunft über den Beginn der Rechtsmittelfrist. Dieses teilte ihm gleichentags per E-Mail mit, dass die Baubewilligung erstmals am 22. Juli 2016 korrekt zugestellt worden sei und die Frist somit am 23. Juli 2016 zu laufen begonnen habe.

2.2 Die BVE ist davon ausgegangen, die Rechtsmittelfrist der Baubewilligung habe gestützt auf die Zustellfiktion mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist nach der ersten Zustellung an die Adresse in E._____ am 14. Juli 2016 zu laufen begonnen und am Montag, den 15. August 2016, geendet. Sie ist daher zum Schluss gelangt, die vom Beschwerdeführer am 22. August 2016 der Post übergebene Rechtsmitteleingabe sei verspätet (angefochtener Entscheid E. 2d). – Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, die Zustellfiktion könne hier zur Berechnung der Rechtsmittelfrist nicht berücksichtigt werden, da er der EG Bern den Adresswechsel gemeldet habe (Beschwerde Ziff. IV/6). Auch habe das Bauinspektorat auf Anfrage hin mitgeteilt, dass der Bauentscheid erstmals am 22. Juli 2016 korrekt zugestellt worden sei, weswegen die Rechtsmittelfrist am 22. August 2016 geendet habe (Beschwerde Ziff. IV/3).

2.3 Verfügungen und Entscheide werden grundsätzlich mit eingeschriebener Post oder mit gerichtlicher Urkunde eröffnet (Art. 44 Abs. 1 und 2 VRPG). Eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift der Adressatin oder des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, gilt gemäss Art. 44 Abs. 3 VRPG spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (BGer 2P.120/2005 vom 23.3.2006, in BVR 2006 S. 378 E. 3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 11). Damit die sogenannte Zustellfiktion zur Anwendung gelangt, müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Zum einen muss die Abholungseinladung in den Briefkasten bzw. ins Postfach der

Empfängerin oder des Empfängers gelegt worden sein (sog. formelle Bedingung). Dabei wird von der natürlichen Vermutung ausgegangen, dass die Zustellung der Abholungseinladung effektiv erfolgt ist. Diese Vermutung kann jedoch mit dem Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung widerlegt werden, wofür kein strikter Beweis verlangt wird (BGer 2C_284/2014 vom 2.12.2014 E. 4.3, 2C_38/2009 vom 5.6.2009 E. 4.1; Patricia Egli, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 20 N. 20, 50 f. und 53). Zum anderen wird vorausgesetzt, dass die Empfängerin oder der Empfänger die Zustellung eines Verwaltungsakts mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarten muss (sog. materielle Bedingung). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Verfahrens- oder Prozessrechtsverhältnis begründet wurde. Ein solches, die Empfangspflicht begründendes Verhältnis entsteht gegenüber einer Person mit der förmlich bekanntgegebenen Einleitung eines Verfahrens durch die Behörde oder mit einer verfahrenseinleitenden Handlung der Person selber. Nach der Begründung eines solchen Verhältnisses sind die Verfahrensbeteiligten verpflichtet, sich nach Treu und Glauben so zu verhalten, dass ihnen Verwaltungsakte zugestellt werden können. Darunter fällt die Pflicht, eine definitive Adressänderung zu kommunizieren (BGer 2P.120/2005 vom 23.3.2006, in BVR 2006 S. 378 E. 4.1 f.; Patricia Egli, a.a.O., Art. 20 N. 52 und 54; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 11). Die einmal begründete Empfangspflicht dauert fort, auch wenn während mehrerer Monate keine Verfahrenshandlungen ergehen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 11).

2.4 Der erste Zustellversuch der Baubewilligung vom 6. Juli 2016 an die vormalige Adresse des Beschwerdeführers in E._____ ist fehlgeschlagen. Der Sendungsverfolgung ist zu entnehmen, dass die Sendung am Donnerstag, den 7. Juli 2016, an der Abhol-/Zustellstelle angekommen und am Montag, den 11. Juli 2016, an den Absender zurückgesendet wurde mit dem Vermerk, der Empfänger habe unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden können. Weiter verlängerte der Empfänger gemäss Sendungsverfolgung am 7. Juli 2016 um 7.43 Uhr, neun Minuten nach Ankunft der Sendung an der Abhol-/Zustellstelle, die Aufbewahrungsfrist bis am 11. Juli 2016 (Beschwerdebeilage 4 [act. 1C]). – Der Beschwerdeführer bringt glaubwürdig vor, dass es bereits rein zeitlich ausge-

geschlossen sei, dass innert dieser neun Minuten eine Mitteilung an ihn erfolgt sei und er eine Verlängerung der Abholfrist veranlasst habe, die faktisch keine Verlängerung sei, sondern eine Verkürzung auf vier Tage (Beschwerde Ziff. IV/2). Diese Darstellung wird durch den Umstand gestützt, dass der Beschwerdeführer am 20. Juni 2016 aus der Gemeinde F._____ weggezogen war und dort zu diesem Zeitpunkt über kein Zustelldomizil mehr verfügt hatte (Adressauskunft der EG F._____ vom 24.8.2016, Beilage 2 zur Beschwerdeantwort der Stockwerkeigentümergeinschaft, Vorakten BVE nach pag. 70). Im Übrigen lässt sich der zeitliche Ablauf der versuchten Zustellung und die frühzeitige Rücksendung an den Absender gemäss den Eintragungen in der Sendungsverfolgung nicht plausibel erklären. Ein Versehen auf Seiten der Schweizerischen Post kann mithin nicht ausgeschlossen werden. Ein solcher Fehler dürfte dem Beschwerdeführer nicht zum Nachteil gereichen. Im Grundsatz greift die Vermutung demnach nicht, dass die Abholungseinladung in den Briefkasten bzw. ins Postfach der Empfängerin oder des Empfängers gelegt wurde. Die Zustellfiktion gelangt somit nicht zur Anwendung, da die formelle Bedingung nicht erfüllt ist (vgl. E. 2.3 hiervor). Weil indes nicht eindeutig ersichtlich ist, wie sich die Verhältnisse im Zeitpunkt der Zustellung präsentiert haben, ist in einem weiteren Schritt, als materielle Bedingung der Zustellfiktion, zu prüfen, ob der Beschwerdeführer seinen Mitwirkungspflichten im Verfahren nachgekommen ist.

2.5 Der Beschwerdeführer hat sich nach seinem Umzug von E._____ nach G._____ bei der Einwohnerkontrolle der Stadt Bern angemeldet. Der genaue Zeitpunkt dieser Anmeldung geht aus den Akten nicht hervor. Dass er sich in Bern ordnungsgemäss angemeldet hat, ist hingegen nicht strittig. Der Beschwerdeführer bringt zutreffend vor, dass ihm aus dem Umstand, dass er sich zwar bei der Einwohnerkontrolle der Stadt Bern angemeldet, jedoch nicht auch das Bauinspektorat über den Adresswechsel informierte habe, kein Rechtsnachteil erwachsen dürfe, zumal er zu diesem Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertreten gewesen sei (Beschwerde Ziff. IV/6). Der Beschwerdeführer ist seiner Mitwirkungspflicht in genügender Weise nachgekommen, indem er die EG Bern als verfügende Behörde über seinen Adresswechsel informiert hat. Diese

Ansicht wird auch durch die gängige Praxis des Bauinspektorats gestützt, eine Verfügung nach fehlgeschlagener Zustellung und korrekter Anmeldung bei der Einwohnerkontrolle neu zu eröffnen (vgl. E. 2.6 hiernach).

2.6 Am 22. Juli 2016 konnte die Baubewilligung vom 6. Juli 2016 dem Beschwerdeführer zugestellt werden, nachdem die erste Zustellung fehlgegangen war. Wird ein Verwaltungsakt mehrmals eröffnet, so ist für den Fristenlauf grundsätzlich die erste rechtsgültige individuelle Eröffnung massgebend. Durfte die betroffene Person aus einer späteren Bekanntgabe jedoch in guten Treuen ableiten, diese löse einen neuen Fristenlauf aus, so ist sie in ihrem Vertrauen zu schützen. Andernfalls ist die Behörde gehalten, darauf hinzuweisen, dass dies nicht der Fall ist (BGer 1C_129/2015 vom 9.7.2015 E. 3.4, 1C_402/2011 vom 2.12.2011 E. 2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 7 und 14; Patricia Egli, a.a.O., Art. 20 N. 49). – Die EG Bern hat hierzu ausgeführt, sie habe bereits dem damaligen Anwalt des Beschwerdeführers mitgeteilt, sie sei nach der fehlgeschlagenen ersten Zustellung an die alte Adresse davon ausgegangen, dass diese nicht rechtsgültig erfolgt sei. Der Beschwerdeführer habe sich bei der Einwohnerkontrolle der Stadt Bern korrekt abgemeldet (richtig: angemeldet). Deshalb sei der Entscheid nochmals an die neue Adresse eröffnet und nicht nur als Kopie zugestellt worden. Schliesslich sei es Praxis des Bauinspektorats, «dass bei fehlgeschlagener Zustellung bei korrekter Abmeldung [richtig: Anmeldung] bei der Einwohnerkontrolle neu eröffnet wird» (Eingabe vom 28.12.2016 [act. 5]). Somit durfte der Beschwerdeführer gestützt auf die Praxis der Baubewilligungsbehörde und aus dem Umstand, dass die zweite Eröffnung ohne Hinweis auf eine bereits laufende Frist erfolgte, darauf vertrauen, dass die zweite Zustellung am 22. Juli 2016 das fristauslösende Ereignis bildete. Daran vermag auch die Erwägung der Vorinstanz nichts zu ändern, dass sich der Vertreter des Beschwerdeführers nicht auf die Auskunft einer administrativen Mitarbeiterin des Bauinspektorats hätte verlassen dürfen (angefochtener Entscheid E. 2d).

3.

Zusammenfassend geht die Vorinstanz in ihrer Würdigung fehl, soweit sie festhält, gestützt auf die Zustellfiktion habe die Beschwerdefrist am 14. Juli 2016 zu laufen begonnen und am Montag, den 15. August 2016, geendet. Die Abholungseinladung der ersten Zustellung konnte nicht in den Machtbereich des Beschwerdeführers gelangen, da dieser zum Zeitpunkt der versuchten Zustellung in E. _____ über kein Zustelldomizil mehr verfügt hatte. Weiter ist der Beschwerdeführer seinen Mitwirkungspflichten im Verfahren in genügender Weise nachgekommen, indem er sich nach seinem Umzug bei der Einwohnerkontrolle der Stadt Bern angemeldet hat. Die Voraussetzungen zur Anwendung der Zustellfiktion sind somit nicht erfüllt. Ausserdem ist der Beschwerdeführer nach dem vorangehend Erwogenen in seinem Vertrauen auf die Auslösung des Fristenlaufs durch die zweite Zustellung zu schützen. Die erneute Zustellung nach einer fehlgeschlagenen ersten Zustellung und korrekten Anmeldung bei der Einwohnerkontrolle bildet denn auch gängige Praxis des Bauinspektorats der Stadt Bern. Im Ergebnis wurde die Baubewilligung dem Beschwerdeführer am 22. Juli 2016 zugestellt. Die Beschwerdefrist lief demnach bis am Montag, den 22. August 2016, sodass die gleichentags eingereichte Beschwerde rechtzeitig erfolgte. Somit ist die BVE auf das Rechtsmittel zu Unrecht nicht eingetreten. Die Beschwerde ist aus den genannten Gründen gutzuheissen, soweit darauf eingetreten wird, und der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben. Die Akten sind zur Fortsetzung des Verfahrens an die BVE zurückzuweisen. Unter diesen Umständen müssen die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers nicht geprüft werden (vgl. Beschwerde Ziff. IV/1).

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt der Beschwerdeführer weitestgehend; das teilweise Nichteintreten rechtfertigt keine Kostenausscheidung. Entsprechend sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG). Weiter hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz seiner Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Ziffer 1, Ziffer 2 Satz 2, Ziffer 3 Absatz 2 und – soweit den Beschwerdeführer betreffend – Ziffer 4 des Dispositivs des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 4. November 2016 werden aufgehoben. Die Akten werden zur Fortsetzung des Verfahrens an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern zurückgewiesen.
2. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Kanton Bern (Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion) hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 2'974.65 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
 - der Einwohnergemeinde Bernund mitzuteilen:
 - Rechtsanwältin Dr. D. _____ z.H. der Stockwerkeigentümergemeinschaft C. _____ strasse und deren am vorinstanzlichen Verfahren beteiligten Mitglieder

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.