

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2006/140

Bern, 10. Januar 2007

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____

und



Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 1

Frau **D.** _____
Beschwerdegegnerin 2

alle vertreten durch Frau Fürsprecherin E. _____

sowie

Regierungsstatthalter von Aarwangen, Jurastrasse 22, 4901 Langenthal

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Lotzwil, Gemeindeverwaltung,
Bahnhofstrasse 4, Postfach 144, 4932 Lotzwil

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalters von Aarwangen vom 10. August 2006
(bbew 30/2006; F. _____, Überzeitbewilligung)

I. Sachverhalt

1. I._____ sind Eigentümer und Betreiber des Gastgewerbebetriebes F._____ auf der Parzelle Lotzwil Grundbuchblatt Nr. G._____ an der H._____strasse 23. Die Parzelle liegt in der Kernzone. Sie sind Gesellschafter der F._____ GmbH.

2. Am 16. Dezember 2004 bewilligte der Regierungsrat der Gemeinde Lotzwil das Baugesuch von I._____ für die Umnutzung von Laden, Büro und Lager in ein Café-Restaurant mit Bäckereiwarenverkauf.

Am 7. bzw. 23. November 2005 stellten I._____ ein Gesuch für die Umnutzung der Werkstatt in ein SÄli, den Einbau eines WC, die Erweiterung des Parkplatzes sowie für eine generelle Überzeit von Montag bis Donnerstag bis 01:30 Uhr und von Freitag bis Samstag bis 03:30 Uhr. Nachdem sich mehrere Einsprecher gegen die generelle Überzeit gewehrt hatten, zogen I._____ das Gesuch betreffend generelle Überzeit zurück. Für die weiteren Punkte (Umnutzung der Werkstatt in ein SÄli, Einbau eines WC, Erweiterung des Parkplatzes) erteilte der Regierungsrat der Gemeinde Lotzwil am 24. Februar 2006 die Baubewilligung.

3. Die F._____ GmbH reichte am 24. April 2006 ein Baugesuch ein für eine generelle Überzeit von täglich bis 03:30 Uhr im F._____. Gegen das Vorhaben erhoben unter anderen die Beschwerdegegner Einsprache. Die Gemeinde beantragte in ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2006 die Abweisung des Gesuchs um generelle Überzeit. Mit "Gesamtentscheid" vom 10. August 2006 erteilte der Regierungsrat der Gemeinde Lotzwil den Bauabschlag.

4. Dagegen reichte die F._____ GmbH am 11. September 2006 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt die Aufhebung des Bauabschlages vom 10. August 2006 und die Bewilligung einer generellen Überzeit von täglich bis 03:30 Uhr im F._____.

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch. Es verzichtete auf die Durchführung eines Beweisverfahrens.

6. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Die BVE prüft die **Eintretensvoraussetzungen** von Amtes wegen.

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Beschwerdebefugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerin ist als abgewiesene Baugesuchstellerin durch den vorinstanzlichen Bauentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Die Gemeinde und der Regierungsstatthalter gehen davon aus, dass ein Gastgewerbebetrieb mit Überzeitbewilligung in der Kernzone nicht **zonenkonform** sei. Die Beschwerdeführerin bestreitet die fehlende Zonenkonformität der beantragten generellen Überzeit. Bei der Prüfung dieser Frage sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

3. Der Gastgewerbebetrieb F. _____ befindet sich in der **Kernzone gemäss Art. 31 GBR**³. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

¹ Die Kernzone umfasst die Gebiete besonders intensiver Nutzung im Ortskern mit dem Ziel, diese in ihrer herkömmlichen Eigenart und Struktur und ihrem Dorfcharakter zu erhalten und zu pflegen.

² Die Kernzone ist eine gemischte Zone für Wohn-, Geschäfts- und Bürogebäude, stille Gewerbe, Gastwirtschaften und öffentliche Gebäude. Angestammte Gewerbe und Landwirtschaftsbetriebe sowie deren Erneuerung und existenzsichernde Erweiterung sind gestattet. Neue, nicht den stillen Gewerben zuzuordnende Betriebe, Landwirtschaftsbetriebe, Zucht-Mastzweige zu bestehenden Landwirtschaftsbetrieben sowie Werkhöfe, Lagerplätze, Bauten und Anlagen, die mit dem Charakter der Kernzone nicht vereinbar sind, sind untersagt.

³ (...)

Die Kernzone ist der Lärmempfindlichkeitsstufe (ES) III zugeordnet (Art. 44 Abs. 6 GBR, Art. 43 Abs. 1 Bst. d LSV⁴).

4. Die Gemeinde hat die Zonenvorschrift von Art. 31 GBR im Rahmen der ihr aufgrund Art. 65 Abs. 1 BauG zustehenden **Autonomie** erlassen. Die Autonomie der Gemeinde beschränkt sich nicht nur auf den Bereich der Rechtsetzung. Insbesondere wo eine Gemeinde zum Erlass von Rechtsnormen berechtigt ist, kommt ihr grundsätzlich auch bei deren Anwendung ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Es ist somit vorab Sache der Gemeinde zu bestimmen, wie sie eine kommunale Vorschrift verstanden haben will. Wird die Anwendung einer solchen Bestimmung Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens, haben die kantonalen Rechtsmittelinstanzen zu prüfen, ob die von der Gemeinde geltend gemachte Auslegung rechtlich haltbar ist. Sie auferlegen sich mit anderen Worten eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Auffassung der Gemeinde. Sie sind nicht befugt, die kommunale Auslegung der Norm durch ihr eigenes Verständnis zu ersetzen, wenn die Rechtsauffassung der Gemeinde betreffend den Inhalt, den Sinn und die Tragweite der interessierenden Vorschrift rechtlich vertretbar erscheint.⁵ Nachfolgend ist zu prüfen, ob die

³ Baureglement der Gemeinde Lotzwil vom 27. Februar 2005 (GBR), genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 2. August 2005

⁴ Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41)

⁵ BVR 2002 S. 68 mit Hinweisen; VGE 21806 vom 27. Mai 2004

durch die Gemeinde und durch den Regierungstatthalter vorgenommene Anwendung von Art. 31 GBR auf den vorliegenden Fall rechtlich vertretbar ist.

5. Bei der Prüfung der Zonenkonformität der generellen Überzeit ist das **Verhältnis der kommunalen Zonenvorschriften zum übergeordneten Bundesrecht** zu beachten.

a) Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG⁶) hat das kantonale und kommunale Recht betreffend den direkten Schutz vor Immissionen seine selbständige Bedeutung verloren, soweit sich sein materieller Gehalt mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses. Es hat sie dort behalten, wo es die bundesrechtlichen Normen ergänzt oder - soweit erlaubt - verschärft. Städtebauliche Nutzungsvorschriften des kantonalen und kommunalen Rechts haben weiterhin selbständigen Gehalt, soweit sie die Frage regeln, ob eine Baute oder Anlage nach den raumplanerischen Grundlagen am vorgesehenen Ort erstellt und ihrer Zweckbestimmung übergeben werden darf. Dies gilt auch, wenn die für den Charakter eines Quartiers wesentlichen Nutzungsvorschriften mittelbar dem Schutz der Nachbarn vor Übelständen verschiedenster Art dienen⁷.

b) Das USG erfasst als schädliche oder lästige Einwirkungen auch Luftverunreinigungen und Lärm (Art. 7 und 11 ff. USG). Art. 31 GBR bezweckt nicht in erster Linie den allgemeinen Schutz vor solchen Einwirkungen, sondern die Erhaltung und Pflege des Ortskerns von Lotzwil in seiner herkömmlichen Eigenart und Struktur und in seinem Dorfcharakter (Art. 31 Abs. 1 GBR, Randtitel "Grundsatz"). In der Kernzone sollen also nur Nutzungen zugelassen werden, welche die herkömmliche Eigenart und Struktur sowie den Dorfcharakter respektieren. Art. 31 Abs. 1 GBR spricht zwar von Gebieten "besonders intensiver Nutzung" im Ortskern. Aus dem erwähnten Kontext und aus dem Zonenplan ergibt sich aber, dass sich die besondere Intensität der Nutzung auf die dichte Bebauung und nicht (oder nur in zweiter Linie) auf die Immissionen bezieht. Das ergibt sich auch aus Abs. 2 von Art. 31 GBR, welcher unter dem Randtitel "Abgrenzungen" den Grundsatz von Abs. 1 konkretisiert. Demnach sind in der Kernzone Wohn-, Geschäfts- und Bürogebäude, stille Gewerbe, Gastwirtschaften und öffentliche Gebäude zulässig. In der Folge wird zwischen angestammten und neuen Betrieben unterschieden. Die Gemeinde

⁶ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01)

⁷ BVR 2006 S. 316 E. 2a, BGE 118 Ib 590 E. 3a mit Hinweisen

will vor allem die *angestammten* Gewerbe- und Landwirtschafts-Betriebe bewahren (Satz 2 von Abs. 2), was in Einklang steht mit dem Ziel von Abs. 1 (Erhaltung und Pflege des Ortskerns in seiner herkömmlichen Eigenart und Struktur und in seinem Dorfcharakter). *Neue* Betriebe sind nur unter strengeren Voraussetzungen zulässig. Solche sind untersagt, wenn sie nicht den stillen Gewerben zuzuordnen und nicht mit dem Charakter der Kernzone vereinbar sind (Satz 3 von Abs. 2). Auch wenn in Abs. 2 von "stillem" Gewerbe die Rede ist, bleibt Art. 31 GBR grundsätzlich eine Zonenvorschrift.

c) Somit steht fest: gestützt auf Art. 31 GBR kann ein Vorhaben auch dann untersagt werden, wenn es die bundesrechtlichen Schranken nicht überschreitet, sofern das Verbot nicht einzig mit Immissionen begründet wird, die vom Bundesumweltschutzrecht abschliessend erfasst werden⁸. Art. 31 GBR kommt neben dem USG noch selbständige Bedeutung zu.

6. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte (Erwägungen 3 bis 5) erfolgt die **Prüfung der Zonenkonformität der generellen Überzeit:**

a) Die Gemeinde und der Regierungsrat argumentieren, durch eine generelle Überzeitbewilligung entstehe eine neue Gewerbeart, die nicht einem stillen Gewerbe oder einem herkömmlichen Gastwirtschaftsbetrieb entspreche. Die angestammten Gastwirtschaften in der Kernzone würden in der herkömmlichen Weise zur ordentlichen Polizeistunde schliessen. Eine generelle Überzeit sei nicht als traditionell und nicht als herkömmlich, sondern als unüblich zu bezeichnen. Eine generelle Überzeit sei in der Kernzone nicht zonenkonform.

b) Art. 31 GBR lässt Gastwirtschaften grundsätzlich zu, was vorliegend denn auch nicht umstritten ist. Damit ist aber nicht automatisch auch die generelle Überzeit in der Kernzone zugelassen. Das ergibt sich schon aus dem (übergeordneten) kantonalen Recht. Die ordentlichen Öffnungszeiten für Gastgewerbebetriebe sind in Art. 11 GGG⁹ geregelt. Die generelle Überzeit wird jedoch in Art. 14 GGG separat geregelt und stellt auch einen eigenen, baubewilligungspflichtigen Tatbestand dar (Art. 4 Abs. 1 Bst. I BewD¹⁰). Während

⁸ vergleiche BVR 2006 S. 316 E. 2c, BGE 118 Ia 112 E. 1b

⁹ Gastgewerbegesetz vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11)

¹⁰ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

Gastgewerbebetriebe ihre (ordentlichen) Öffnungszeiten zwischen 05:00 Uhr und 00:30 Uhr frei bestimmen können (Art. 11 Abs. 1 und 2), wird der Entscheid über eine Überzeitbewilligung ins Ermessen der Bewilligungsbehörde gelegt (Art. 14 Abs. 1 GGG). Die grundsätzliche Trennung von ordentlicher Öffnungszeit und Überzeit ist vom kantonalen Gesetzgeber beabsichtigt und auch auf kommunaler Ebene zu respektieren. Es geht also vorliegend nicht einfach um eine bloss "Verlängerung" der Öffnungszeit für einen bestehenden Betrieb, wie das die Beschwerdeführerin geltend macht. Mit dem Gesuch um generelle Überzeit für einen Betrieb, für den zur Zeit die ordentlichen Öffnungszeiten gelten, wird vielmehr etwas grundsätzlich Neues beantragt. Die generelle Überzeit würde den Rahmen einer "existenzsichernden Erweiterung" eines angestammten Betriebes (Satz 2 von Abs. 2) sprengen. Eine generelle Überzeit ist vielmehr als neuer Betrieb im Sinn von Art. 31 Abs. 2 Satz 3 GBR zu betrachten. Bisher bestehen in der Kernzone (wie in der ganzen Gemeinde Lotzwil) keine generellen Überzeitbewilligungen. Eine generelle Überzeit entspricht somit nicht der herkömmlichen Eigenart und Struktur und dem Dorfcharakter in der Kernzone. Eine generelle Überzeit ist nicht mehr dem stillen Gewerbe zuzuordnen und ist nicht vereinbar mit der angestammten Nutzung in der Kernzone. Die Auffassung der Gemeinde und des Regierungsrates ist rechtlich vertretbar.

7. Es ist zu beachten, dass es vorliegend nur um die Zonenkonformität einer generellen Überzeit in der *Kernzone* der Gemeinde Lotzwil geht. Ein **grundsätzliches Verbot** für eine generelle Überzeit in der ganzen Gemeinde Lotzwil wäre wohl nicht vereinbar mit der verfassungsmässig garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV¹¹, Art. 23 KV¹²). Das GBR sieht weitere Zonen vor, in denen eine generelle Überzeit wohl kaum als grundsätzlich zonenfremd ausgeschlossen werden könnte (z.B. gemischte Wohn- und Gewerbezone WG, Gewerbezone G oder Industriezone I).

8. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Bauabschlag des Regierungsrates vom 10. August 2006 zu bestätigen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, die **weiteren Argumente** (insbesondere betreffend Lärmimmissionen) zu prüfen.

¹¹ Bundesverfassung (BV; SR 101)

¹² Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1)

9. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die **Verfahrenskosten** zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG¹³). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'400.-. Die Beschwerdeführerin hat zudem den Beschwerdegegnern die **Parteikosten** zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote der Anwältin der Beschwerdegegner gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdeführerin hat somit den Beschwerdegegnern die Parteikosten von Fr. 780.10 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird **abgewiesen**. Der Entscheid des Regierungsstatthalters von Aarwangen vom 10. August 2006 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.- werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegnern die Parteikosten im Betrag von Fr. 780.10 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

¹³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B. _____, als Gerichtsurkunde
- Frau Fürsprecherin E. _____, als Gerichtsurkunde
- Regierungsstatthalter von Aarwangen, als Gerichtsurkunde
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Lotzwil, Gemeindeverwaltung, als Gerichtsurkunde

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin