

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2012/85

Bern, 18. Dezember 2012

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____

und



Frau C. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

sowie

Regierungsstatthalteramt Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, Industriestrasse 2, Postfach 145, 3602 Thun

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 16. Mai 2012 (bbew 177/2011; Generelle Überzeit)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin betreibt seit Mitte Februar 2008 das Restaurant F. _____ an der G. _____ Gasse in Thun. Das Lokal befindet sich auf Parzelle Thun Grundbuchblatt Nr. E. _____ in der Zone Wohnen/Arbeiten W/A3+ sowie im Altstadtgebiet A II und ist der Lärmempfindlichkeitsstufe III zugewiesen. Mit Gesamtentscheid vom 30. Juli 2008 wies der Regierungsstatthalter von Thun ihr Gesuch

um Erteilung einer generellen Überzeitbewilligung für jeweils Donnerstag bis 02.00 Uhr sowie Freitag und Samstag bis 03.30 Uhr ab. Er begründete den Entscheid insbesondere damit, eine Bewilligung des Bauvorhabens würde im fraglichen Quartier von Thun zu unzumutbaren Lärmimmissionen führen. Am 5. Mai 2009 wies die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) die dagegen erhobene Beschwerde der Beschwerdegegnerin ab.¹ Am 3. Juni 2010 erteilte der Regierungsstatthalter von Thun der Beschwerdegegnerin für das Restaurant F._____ eine bis zum 30. Juni 2012 befristete generelle Überzeitbewilligung für Freitag und Samstag bis 02.00 Uhr. Diese trat unangefochten in Rechtskraft.

Am 17. November 2011 reichte die Beschwerdegegnerin ein vom 10. November 2011 datiertes Baugesuch ein für eine unbefristete generelle Überzeitbewilligung für jeweils Donnerstag bis 02.00 Uhr sowie jeweils Freitag und Samstag bis 05.00 Uhr. Dagegen erhob unter anderem die Beschwerdeführerin Einsprache. Im Nachgang zur Einigungsverhandlung reichte die Beschwerdegegnerin eine Projektänderung mit angepassten Öffnungszeiten am Freitag und Samstag bis 03.30 Uhr ein. Mit Entscheid vom 16. Mai 2012 erteilte der Regierungsstatthalter von Thun der Beschwerdegegnerin die Baubewilligung für generelle Überzeit jeweils Freitag und Samstag bis 03.30 Uhr. Für die ebenfalls beantragte generelle Überzeit am Donnerstag bis 02.00 Uhr erteilte er den Bauabschlag.

2. Gegen diesen Entscheid hat die Beschwerdeführerin am 20. Juni 2012 Beschwerde bei der BVE erhoben. Sie beantragt, der vorinstanzliche Entscheid sei betreffend Baubewilligung für die generelle Überzeit jeweils Freitag und Samstag bis 03.30 Uhr aufzuheben und es sei für das gesamte Gesuch um Überzeitbewilligung der Bauabschlag zu verfügen. Zur Begründung macht sie insbesondere geltend, an der oberen H._____gasse gebe es bereits diverse Lokale mit längeren Nachtöffnungszeiten. Hauptproblem sei der Sekundärlärm. Die Beschwerdegegnerin versuche mittels Salami-taktik zu einer Überzeitbewilligung zu kommen. Die Normen der Umweltschutzgesetzgebung seien bereits heute verletzt. Dies habe die BVE in ihrem Entscheid vom 5. Mai 2009 unmissverständlich festgehalten. Das Gleichbehandlungsgebot werde nicht verletzt. Die Verlängerung der Überzeit bedeute eine zusätzliche

¹ BDE RA Nr. 110/2008/135

Nachtruhestörung während eineinhalb Stunden. Zudem bestehe kein Rechtsanspruch für eine Überzeitbewilligung. Das Restaurant F._____ sei während Jahrzehnten als reines Speiserestaurant ohne Überzeitbewilligung betrieben worden. Damit sei erwiesen, dass sich am fraglichen Standort sehr wohl ein rentabler Betrieb ohne Überzeitbewilligung realisieren lasse. Die Behauptung, der Betrieb sei ohne Überzeitbewilligung in seiner Existenz bedroht, sei nicht belegt.

3. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 24. Juli 2012 die Abweisung der Beschwerde. Der Betrieb des Restaurants F._____ sei bei normalen Öffnungszeiten nicht rentabel. Sie sei daher auf eine Bewilligung der generellen Überzeit angewiesen. Sowohl an der oberen als auch an der unteren H._____gasse bestünden bereits etliche Lokale mit längeren Nachtöffnungszeiten. Der Sekundärlärm bestehe daher bereits. Seit dem Entscheid der BVE von 2009 habe sich die Ausgangslage insoweit verändert, als anhand der beschränkten Überzeitbewilligung festgestellt werden konnte, dass diese zu keiner Erhöhung des ohnehin bestehenden Sekundärlärms führen werde. Die G._____gasse werde unabhängig vom Restaurant F._____ als Zugangsweg zum Parkhaus genutzt.

Der Regierungsstatthalter von Thun beantragt in seiner Vernehmlassung vom 28. Juni 2012 die Abweisung der Beschwerde und verweist zur Begründung auf seinen Entscheid.

Das Bauinspektorat der Stadt Thun verzichtet in seiner Eingabe vom 5. Juli 2012 auf eine Stellungnahme.

4. Das Rechtsamt der BVE, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², holte beim Regierungsstatthalteramt Thun und beim Gewerbeinspektorat der Stadt Thun weitere Akten betreffend das Restaurant F._____ sowie eine Liste und einen Plan sämtlicher Betriebe mit genereller Überzeit in Thun ein. Zudem bat es den Regierungsstatthalter von Thun, seine Praxis betreffend Überzeitbewilligungen im Verwaltungskreis Thun darzulegen. Gleichzeitig holte es bei der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik der Kantonspolizei Bern einen Fachbericht ein. Anschliessend gab es den am Verfahren Beteiligten Gelegenheit,

² 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)

zum Ergebnis des Beweisverfahrens Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit machten die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin Gebrauch. Am 10. Dezember 2012 stellte die Beschwerdegegnerin für den Fall der Abweisung der Beschwerde das Gesuch, einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

5. Auf die Rechtsschriften und die Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Der Entscheid des Regierungsstatthalters ist ein Gesamtentscheid im Sinne von Art. 9 KoG³. Er ist gestützt auf Art. 11 Abs. 1 KoG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KoG mit Baubeschwerde nach Art. 40 Abs. 1 BauG⁴ bei der BVE anfechtbar. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerin betreibt an der I. _____gasse ein Haus für betreutes Wohnen in der Nähe des Restaurants F _____. Sie hat sich unbestritten zulässigerweise als Einsprecherin am Baubewilligungsverfahren beteiligt (Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG). Sie ist zur Beschwerde im Rahmen ihrer Einsprachegründe befugt (Art. 40 Abs. 2 BauG).

c) Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden (Art. 40 Abs. 1 BauG). Sie enthält einen Antrag und eine Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG⁵). Die BVE tritt daher auf die Beschwerde ein.

2. Generelle Überzeit

³ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

a) Die Beschwerdegegnerin hat den Bauabschlag des Regierungsstatthalteramts für die generelle Überzeit am Donnerstag akzeptiert. Umstritten ist daher nur noch die Überzeitbewilligung für Freitag und Samstag bis 03.30 Uhr. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die vorgesehene Gewährung einer Überzeitbewilligung würde zu weiteren beträchtlichen Lärmimmissionen in einem Gebiet führen, das bereits erheblich vorbelastet sei. Primär stelle der Sekundärlärm ein Problem dar, weil der Lärm im Inneren des Betriebes mit baulichen Massnahmen weitgehend eingedämmt werden konnte. Das Restaurant F. _____ befinde sich in der Zone Wohnen und Arbeiten. Die für diese Zone definierten Lärmschutzgrenzwerte würden regelmässig überschritten und das Ruhebedürfnis der Nachbarschaft gelte unverändert auch am Wochenende. Eine korrekte Güterabwägung ergebe, dass die Gesundheit einer Vielzahl von Personen gegenüber rein pekuniären Interessen höher zu gewichten sei, weshalb die ersuchte Überzeit für das Restaurant F. _____ abzulehnen sei. In ihren Schlussbemerkungen bestreitet sie zudem die Zonenkonformität des Betriebs.

Die Beschwerdegegnerin führt demgegenüber aus, anhand der befristet erteilten Überzeitbewilligung habe festgestellt werden können, dass sich der ohnehin bestehende Sekundärlärm durch erweiterte Öffnungszeiten nicht erhöhe. Die Lärmbelastung in der G. _____ gasse bestehe bereits, weil sie als Zugangsweg unter anderem zum Parkhaus genutzt werde. Der Regierungsstatthalter als mit den örtlichen Verhältnissen vertraute Behörde habe deshalb die Überzeit als zonenkonform erachtet.

b) Gemäss Art. 11 Abs. 1 GGG⁶ dürfen Gastgewerbebetriebe nicht vor 05.00 Uhr geöffnet werden und sind spätestens um 00.30 Uhr des folgenden Tages zu schliessen. Die Bewilligungsbehörde kann längere Öffnungszeiten bis spätestens 05.00 Uhr des folgenden Tages entweder durch zusätzliche Einzelbewilligungen für einzelne Veranstaltungen oder durch generelle Überzeitbewilligungen bewilligen (Art. 14 Abs. 3 GGG). Das Gastgewerbegesetz enthält keine eigenen materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung oder Erweiterung einer generellen Überzeitbewilligung. Diese richten sich vorab nach dem Umwelt- sowie dem Bau- und Planungsrecht. Massgeblich sind vor allem die Bestimmungen über den Lärm und die Zonenkonformität. Soweit die Zonenordnung Schutz vor Lärm gewährleisten will, gehen die bundesrechtlichen Bestimmungen über den Lärm vor, da das USG⁷ den Schutz vor schädlichen und lästigen

⁶ Gastgewerbegesetz vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11)

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

Einwirkungen grundsätzlich abschliessend regelt.⁸ Den kommunalen Zonenvorschriften kommt nur noch insofern selbständige Bedeutung zu, als sie andere Aspekte, so namentlich Ordnung und Sicherheit oder den Charakter einer Zone, schützen wollen.⁹

Zudem ist die generelle Überzeitbewilligung auch im Licht der Zielsetzungen gemäss Art. 1 Abs. 2 GGG zu beurteilen. Nach dieser Bestimmung sind Einschränkungen insbesondere auch zulässig für die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung sowie den Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Einwirkungen.¹⁰ Hingegen ist für die Beurteilung des Gesuchs um generelle Überzeitbewilligung nicht entscheidend, ob die Betreiberin oder der Betreiber des Gastgewerbes aus wirtschaftlichen Gründen darauf angewiesen ist. Eine generelle Überzeitbewilligung stellt eine vom gesetzlichen Grundsatz der Polizeistunde abweichende Ausnahme dar, die nicht durch eine allzu grosszügige Bewilligungspraxis zur Regel werden darf. Auf eine generelle Überzeit besteht kein Rechtsanspruch. Der Entscheid liegt grundsätzlich im Ermessen der Bewilligungsbehörde.¹¹ Diese hat ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben.

c) Das Restaurant F._____ befindet sich im Perimeter des Altstadtgebiets A II in einer Zone Wohnen/Arbeiten W/A3+. In dieser Zone sind laut Art. 20 Abs. 1 GBR¹² zusätzlich zu den in den Wohnzonen zugelassenen Nutzungen auch Arbeiten (Verkauf, Dienstleistungsbetriebe, mässig störendes Gewerbe) und Übergangsnutzungen zulässig. Es gilt die Empfindlichkeitsstufe III, wonach nur mässig störende Betriebe zugelassen sind (Art. 43 Abs. 1 Bst. c LSV¹³). Hotel- und Gastgewerbebetriebe sind bereits in den Wohnzonen ausdrücklich zugelassen. Sie sind somit auch in der Zone Wohnen/Arbeiten W/A3+ erlaubt. Zudem ergibt sich aus dem Plan mit den Standorten sämtlicher Betriebe mit genereller Überzeitbewilligung in der Stadt Thun¹⁴, dass es in der fraglichen Zone bereits mehrere Gastgewerbebetriebe mit Überzeitbewilligung hat. Das Restaurant F._____ ist daher zonenkonform.

⁸ Art. 65 USG; BVR 2003 S. 423 ff. E. 4a

⁹ BVR 2000 S. 122 E. 3b mit Hinweisen; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band I, Bern 2007, Art. 24 N 8 ff.

¹⁰ VGE 100.2010.221 vom 15. Dezember 2010 E. 2.4, mit weiteren Hinweisen

¹¹ VGE 100.2010.221 vom 15. Dezember 2010 E. 2.4, mit weiteren Hinweisen

¹² Baureglement der Stadt Thun vom 2. Juni 2002, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am 24. Juli 2003 und am 27. August 2003 (GBR)

¹³ Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41)

¹⁴ vgl. Beilage zur Stellungnahme des Gewerbeinspektorats Thun vom 15. August 2012

d) Bei der Beurteilung der Lärmimmissionen sind alle einem Betrieb zurechenbaren Lärmemissionen zu berücksichtigen, d.h. alle Geräusche, die durch die bestimmungsgemässe Nutzung der Anlage verursacht werden, unabhängig davon, ob sie innerhalb oder ausserhalb des Gebäudes bzw. des Betriebsareals entstehen.¹⁵ Zu diesem Lärm gehört nicht nur der technisch verursachte Lärm, sondern auch der Lärm infolge menschlichen Verhaltens.¹⁶ Dies gilt insbesondere auch für den hier umstrittenen Sekundärlärm, der von den Benutzerinnen und Benutzern der Anlage ausserhalb des Gebäudes verursacht wird, jedenfalls wenn die Lärmverursachung in unmittelbarer Nähe der Anlage erfolgt und in Zusammenhang mit deren Benutzung steht. Für den durch Gäste eines Restaurants oder eines Unterhaltslokals verursachten Lärm fehlen spezifische Belastungsgrenzwerte.¹⁷ Die Lärmimmissionen sind daher im Einzelfall nach Art. 15 USG unter Berücksichtigung von Art. 19 und Art. 23 USG zu beurteilen.¹⁸

Nach Art. 15 USG sind die Immissionsgrenzwerte für Lärm so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören. Bei dieser Beurteilung im Einzelfall sind neben der zonenmässigen Zuordnung und der entsprechenden Empfindlichkeitsstufe auch der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen.¹⁹ Im Rahmen dieser Prüfung kommt den mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten Bewilligungsbehörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.²⁰ Mitentscheidend ist weiter, ob es sich um eine Neuanlage oder um die Änderung einer bestehenden Anlage handelt.²¹ Während der Betrieb von neuen Anlagen höchstens zu geringfügigen Störungen führen darf, dürfen wesentlich geänderte Anlagen zu keiner erheblichen Störung im Sinne von Art. 15 USG führen. Als Stichtag für die Abgrenzung von Alt- und Neuanlagen gilt grundsätzlich das Inkrafttreten des USG am 1. Januar 1985.²² Wird eine bestehende, nicht oder nur geringfügig Lärm verursachende zu einer lärmigen Anlage umgenutzt, so gilt sie ebenfalls als Neuanlage.²³ Die

¹⁵ BGE 133 II 292 E. 3.1, 123 II 328 E. 4a bb; Robert Wolf, in Kommentar USG, 2000, Art. 25 N 36

¹⁶ BGE 123 II 74 E. 3b; Urs Walker, Umweltrechtliche Beurteilung von Alltags- und Freizeitlärm, in URP 2009, S. 64 ff., S. 70

¹⁷ BGE 123 II 325 E. 4d/bb, 133 II 292 E. 3.3

¹⁸ Art. 40 Abs. 3 LSV, BGE 133 II 292 E. 3.3., 126 II 366 E. 2c; BVR 2002 S. 356 e. 2c

¹⁹ BGE 133 II 292 E. 3.3 mit Hinweisen, BVR 2003 S. 423 E. 2d, 2002 S. 356 E. 2c, 2000 S. 122 E. 4c

²⁰ VGE 23359 vom 26.3.2009 i.S. T. und S., E. 4.1 und 4.2 mit Hinweisen

²¹ Art. 7 und Art. 8 LSV

²² BGE 123 II 325 E. 4c/cc

²³ vgl. dazu und zum Folgenden: Heidi Wiestner, Lärmschutz in der Praxis, in KPG-Bulletin 2/2011, S. 74 ff., mit weiteren Hinweisen

Rechtsprechung hat folgende Änderungen von Gastgewerbebetrieben als Neuanlage beurteilt: Umwandlung des Speisesaals eines Restaurant in ein Pub,²⁴ Umnutzung eines Dancings, das zuvor keine störenden Lärmbelastungen verursachte, in eine Disco mit Technomusik,²⁵ Änderung eines Restaurants in ein Nachtlokal,²⁶ Umnutzung eines traditionellen Restaurants in ein Pub mit Musik²⁷. Das Restaurant F._____ war ursprünglich ein traditionelles Speiserestaurant. Aufgrund der Änderung in eine Snack-Bar mit Discobetrieb und genereller Überzeit gilt der Betrieb der Beschwerdeführerin nach der Rechtsprechung als neue Anlage.

Die Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik der Kantonspolizei Bern weist in ihrem Fachbericht vom 13. August 2012 darauf hin, dass in der Zwischenzeit eine zweijährige Erfahrung in Bezug auf die Lärmsituation mit genereller Überzeit beim Restaurant F._____ bestehe. In Bezug auf den möglichen Musikschallpegel und die erforderliche Gebäudeschalldämmung seien die Untersuchungen und die erforderlichen Massnahmen abgeschlossen. In der Betriebsbewilligung seien die in Bezug auf das Verweilen von Gästen im Freien während des Lokalbesuchs spezifischen Auflagen enthalten. Bei ordnungsgemässer Umsetzung könnten die Lärmimmissionen derart reduziert werden, dass sie weniger intensiv, nicht mehr regelmässig und nur kurzzeitig auftreten würden. Seit Erteilung der generellen Überzeit im August 2010 für jeweils Freitag und Samstag bis 02:00 Uhr des darauf folgenden Tages habe die Fachstelle anlässlich von Kontrollen festgestellt, dass ein ausreichender Sicherheitsdienst eingesetzt werde, der unter anderem die Auflagen zur Betriebsbewilligung gut umsetze. Die Ansammlung von Lokalbesuchern im Freien sei im Vergleich zu den Anfangszeiten des Betriebes nun nach 00:30 Uhr deutlich eingeschränkt. Die Auswirkungen der Erweiterung der generellen Überzeit beurteilt die Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik folgendermassen: Es könne davon ausgegangen werden, dass der Grossteil der Gäste das Lokal um 03:30 Uhr verlasse. Erfahrungsgemäss könne dies zu Lärmimmissionen führen. In der Zeit zwischen 02:00 bis 03:00 Uhr sei bei pflichtgemässer Wahrnehmung der Auflagen mit keinen nennenswerten Lärmimmissionen zu rechnen. Die Überzeitverlängerung werde von der Anwohnerschaft hauptsächlich dadurch wahrgenommen werden, dass der Grossteil der Gäste das Lokal um 03.30 Uhr statt um 02.00 Uhr verlassen werde. Es komme zu einer Verschiebung des zeitweilig störenden Lärms von bisher 02:00 auf neu 03.30 Uhr.

²⁴ BGE vom 28. März 1996 in URP 1997 S. 197

²⁵ VGE ZH VB.99.00020 vom 30. März 1999 in URP 1999 S. 436 E 2b

²⁶ BGE 1A.213/2000 vom 21. März 2001 in URP S. 2001 500 E. 2d

²⁷ BDE RA Nr. 110/2007/41 vom 10. Juli 2007

e) Ein erstes Gesuch der Beschwerdegegnerin um Erteilung einer generellen Überzeitbewilligung wies der Regierungsstatthalter von Thun am 30. Juli 2008 ab. Die BVE bestätigte diesen Entscheid, weil das Beweisverfahren ergab, dass seit der Betriebsübernahme im Februar 2008 regelmässig Sekundäremissionen (Geschrei, Gelächter, lautes Diskutieren, Urinieren, usw.) aufgetreten waren, die den Gästen des Lokals F._____ zugeordnet werden konnten. Da der Betrieb der Beschwerdegegnerin damals bereits ohne generelle Überzeit regelmässige erhebliche (Sekundär-)Lärmimmissionen verursachte, kam die BVE damals zum Schluss, eine Bewilligung der generellen Überzeit würde die bestehende Lärmproblematik noch weiter verschärfen und hätte eine erhebliche Störung der Wohnbevölkerung zur Folge.²⁸ Seither hat sich die Situation massgeblich verändert. Am 3. Juni 2010 erteilte der Regierungsstatthalter von Thun der Beschwerdegegnerin eine befristete Bewilligung für eine generelle Überzeit jeweils Freitag und Samstag bis 02:00 Uhr. Dabei stützte er sich unter anderem auf den Fachbericht der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik der Kantonspolizei Bern vom 14. April 2010. Diese ging davon aus, dass die generelle Überzeitbewilligung bei Einhaltung der Auflagen keine regelmässigen Lärmimmissionen zur Folge haben dürfte. Seither konnten positive Erfahrungen mit einem funktionierenden Sicherheitsdienst und einem verbesserten Verhalten der Gäste gesammelt werden. Ausser der Lärmklage vom 23. Juli 2008 um 23.04 Uhr (d.h. vor Erteilung der befristeten generellen Überzeitbewilligung) sind bei der Kantonspolizei keine weiteren Lärmklagen aktenkundig. Auch beim Gewerbeinspektorat Thun sind keine Lärmklagen aus den letzten vier Jahren aktenkundig. Der einzige aktenkundige Vorfall aus jüngerer Zeit betrifft eine Rempellei, die offenbar am 9. April 2011 vor dem Lokal stattgefunden hat. Es ist allerdings nicht geklärt, ob dieser Vorfall wirklich dem Betrieb der Beschwerdegegnerin anzulasten ist, da gleichzeitig in der Nähe ein Bike-Event stattfand.

Der Regierungsstatthalter von Thun begründet die Erteilung der generellen Überzeit für Freitag und Samstag in seinem Entscheid vom 16. Mai 2012 damit, dass die Innenstadt von Thun insgesamt 30 Betriebe mit genereller Überzeit bis 03.30 Uhr und acht weitere mit einer kürzeren generellen Überzeit zähle. Dieses grosse, eventuell zu grosse Angebot könne nicht mit einer Ungleichbehandlung eines einzelnen Betriebs verhindert werden. Dass das Restaurant F._____ bisher lediglich eine Überzeitbewilligung bis 02:00 Uhr erhalten habe, führe nicht nur zu einem wirtschaftlichen Nachteil gegenüber

²⁸ BDE RA Nr. 110/2008/135 E. 3i

Wettbewerbern mit einer Überzeit bis 03.30 Uhr. Die unterschiedlichen Öffnungszeiten führten auch zu Lokalwechseln, die sekundären Lärm in den Strassen und Verschmutzungen der näheren Umgebung mit sich brächten. Mit der Erweiterung der generellen Öffnungszeit für das Restaurant F._____ seien insgesamt keine zusätzlichen Immissionen zu erwarten.

Anders als beispielsweise für die Städte Bern²⁹ und Biel³⁰ oder für die Bördeli-Gemeinden³¹ gibt es für die Stadt Thun kein Überzeitkonzept. Der Regierungsrat von Thun hat aber eine vergleichbare Praxis entwickelt. Er berücksichtigt die Zonenvorschriften, Bericht und Antrag der Standortgemeinde, die Wirtschaftsfreiheit sowie das Gleichbehandlungs- und Verhältnismässigkeitsprinzip. Betriebe mit genereller Überzeit müssen ein Fumoir anbieten und sich (in der Thuner Innenstadt) am Ordnungsdienst der Gemeinde beteiligen. Generelle Überzeitbewilligungen werden in der Innenstadt von Thun überwiegend am Wochenende, längstens bis 03.30 Uhr und unter bestimmten Auflagen und Bedingungen bewilligt. Angestrebt werden möglichst einheitliche Öffnungszeiten, um den Bar-Tourismus einzudämmen. In Zweifelsfällen wird zuerst ein Versuchsbetrieb bewilligt und erst anschliessend definitiv entschieden. Zudem schreitet der Regierungsrat von Thun bei übermässigen Immissionen bekanntermassen ein. Mit diesem Instrumentarium hat er den Ermessensspielraum, den ihm die Art. 31 und 14 GGG eröffnen, konkretisiert, um eine einheitliche Bewilligungspraxis zu gewährleisten. Diese Praxis stellt einen vertretbaren Interessenausgleich dar zwischen dem Nachtruhebedürfnis der Bewohnerinnen und Bewohner der Thuner Innenstadt, dem Bedürfnis einer breiteren Öffentlichkeit an einem attraktiven Stadtzentrum mit entsprechendem Unterhaltungsangebot und dem Interesse der Gewerbetreibenden auf möglichst freie wirtschaftliche Entfaltung. Sie respektiert auch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Situation des Restaurants F._____ von den anderen Lokalen der Innenstadt unterscheidet, die sich in unmittelbarer Nähe befinden und denen bereits die generelle Überzeit bewilligt worden ist. Die Beschwerdegegnerin hat folglich Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung mit den anderen Betrieben der Innenstadt in vergleichbaren Verhältnissen. Unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums, der dem Regierungsrat von Thun als mit den örtlichen Verhältnissen vertraute Bewilligungsbehörde zukommt, und angesichts der Erfahrungen, die während der Versuchsphase mit der befristeten Überzeit gemacht worden sind, erachtet es die BVE

²⁹ vgl. dazu VGE 100.2010.221 vom 15. Dezember 2010 E. 3.2

³⁰ vgl. dazu VGE 21550 vom 14. April 2004 E. 4d

³¹ vgl. dazu VGE 21462 vom 7. Juli 2003 E. 4e

daher als erstellt, dass die verlängerten Öffnungszeiten höchstens zu geringfügigen Störungen führen werden. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

3. Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung

a) Mit Eingabe vom 10. Dezember 2012 stellt die Beschwerdegegnerin für den Fall der Abweisung der Beschwerde das Gesuch, einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Sie begründet es damit, dass sie auf die generelle Überzeitbewilligung existenziell angewiesen sei. Es sei ihr finanziell nicht mehr möglich, den Betrieb ohne Überzeitbewilligung zu führen.

b) Aus wichtigen Gründen kann die entscheidende Behörde anordnen, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme (Art. 82 in Verbindung mit Art. 68 Abs. 2 VRPG). Da die aufschiebende Wirkung die Regel ist, darf davon nur unter besonderen Verhältnissen abgewichen werden. Wichtige Gründe in diesem Sinn sind nur bedeutende und dringliche öffentliche oder private Anliegen, die den Interessen an einem Aufschub der Wirksamkeit einer Anordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage vorgehen. Die aufschiebende Wirkung darf nur entzogen werden, wenn die Gründe dafür gewichtiger sind als die Interessen an einem Aufschub.³² Der Entscheid nach Art. 68 Abs. 2 VRPG ist aufgrund der Akten – also ohne zusätzliche Beweiserhebungen – zu fällen.³³ Als wichtiger Grund gilt insbesondere ein privates Interesse an der sofortigen Wirksamkeit einer begünstigenden Verfügung, sofern dadurch der Ausgang des Verfahrens nicht beeinflusst wird oder eine summarische Prüfung ergibt, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist (Art. 68 Abs. 5 Bst. b VRPG). Private Interessen können den Entzug der aufschiebenden Wirkung nur rechtfertigen, wenn sie bedeutend sind und vergleichsweise wenig für ein Zuwarten spricht.³⁴

c) Die Beschwerdegegnerin macht wirtschaftliche Gründe geltend. Sie erhofft sich von der Verlängerung der generellen Überzeit höhere Einnahmen und sie ist der Auffassung,

³² Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 68 N 15 bis 16

³³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 68 N 17

³⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 68 N 31

dass ihre Existenz davon abhängt. Es ist zwar nachvollziehbar, dass die Beschwerdegegnerin ein erhebliches finanzielles Interesse daran hat, die Überzeitbewilligung möglichst rasch auszuüben. Solche wirtschaftlichen Gründe können aber bei zahlreichen anderen Bauvorhaben ebenfalls geltend gemacht werden. Sie sind grundsätzlich nicht wichtig genug, um den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu rechtfertigen. Die Beschwerdeführerin hat demgegenüber ein erhebliches Interesse daran, dass die Bewilligung erst ausgeübt werden darf, wenn sie in Rechtskraft erwachsen ist. Die Voraussetzungen, einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, sind damit nicht gegeben.

4. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen vorliegend einzig aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Diese wird festgesetzt auf Fr. 2'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG, Art. 19 Abs. 1 GebV³⁵).

Nach 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. Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihrer Beschwerde vollumfänglich. Sie hat daher Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'800.00 zu tragen. Die Beschwerdegegnerin unterliegt mit ihrem Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung. Sie hat deshalb Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 200.00 zu tragen.

b) Im Zusammenhang mit der Behandlung des Gesuchs um Entzug der aufschiebenden Wirkung werden keine Parteikosten gesprochen.

Die Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 104 VRPG). Die Kostennote ihres Anwalts gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdeführerin hat deshalb der Beschwerdegegnerin die Parteikosten in der Höhe von insgesamt Fr. 4'889.80 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

³⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Baubeschwerde vom 20. Juni 2012 wird abgewiesen. Der Entscheid des Regierungsstatthalters von Thun vom 16. Mai 2012 wird bestätigt.
2. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 10. Dezember 2012 um Entzug der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
3. Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2'000.00 werden der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 1'800.00 und der Beschwerdegegnerin im Umfang von Fr. 200.00 auferlegt.

Zahlungseinladungen erfolgen, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin einen Parteikostenersatz in der Höhe von Fr. 4'889.80 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B. _____, mit Gerichtsurkunde
- Herrn Rechtsanwalt D. _____, mit Gerichtsurkunde
- Regierungsstatthalteramt Thun, A-Post
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION

Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin