

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/185

Bern, 23. März 2017

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 1

Frau **D.** _____
Beschwerdegegnerin 2

sowie

Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Kehrsatz, Gemeindeverwaltung,
Zimmerwaldstrasse 6, Postfach, 3122 Kehrsatz

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom
15. November 2016 (bbew 208/2015; Erweiterung E. _____-Eventhalle)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin reichte bei der Gemeinde Kehrsatz ein Baugesuch vom
21. März 2015 mit folgendem Inhalt ein:

- Erweiterung der E. _____ mit Kassenhaus und neuen Reklametafeln

- Nutzung des Innenhofs und eines abgezaunten Bereichs beim Haupteingang als Ausgleichszone
- Erweiterung der bestehenden generellen Überzeitbewilligung, neu Montag bis Sonntag bis 05.00 Uhr des darauf folgenden Tages
- Generelle Bewilligung für Anlässe mit einem Musikschaallpegel von 100 dB(A)

Das Baugesuch betrifft die Parzelle Kehrsatz Grundbuchblatt Nr. F._____. Die Parzelle liegt in der Arbeitszone Ab. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen die Beschwerdegegner Einsprache. Mit Projektänderung vom 15. September 2015 verzichtete die Beschwerdeführerin teilweise auf die beantragte Erweiterung der bestehenden generellen Überzeitbewilligung, beantragt wird nur noch eine generelle Überzeitbewilligung für Freitag und Samstag sowie für Feiertage bis 05.00 Uhr des darauffolgenden Tages. Welche Feiertage dies sind, konkretisierte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. Oktober 2015. Mit Gesamtentscheid vom 15. November 2016 erteilte das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland den Bauabschlag.

2. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 16. Dezember 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Gleichzeitig reichte sie eine Projektänderung ein. Diese beinhaltet folgende Massnahmen:

a) Neue Massnahmen:

1. Begrenzung des zulässigen Stundenpegels bei Musikveranstaltungen auf maximal 96 dB(A) unter Verzicht auf einen maximalen Schallpegel bis 100 dB(A).
2. Rückzug des Gesuchs um Erweiterung des bestehenden Gastgewerbebetriebs auf die Aussenterrasse (Innenhof).
3. Zusätzliche Pendeltür beim Haupteingang (zweite Türe beim Haupteingang).

b) Ausgeführte, aber noch nicht berücksichtigte Massnahmen:

4. Abdichtung der beiden Notausgänge/Fenster im Innenhof mit einem Lammellenvorhang innen und aussen (Idikell und Blachen).
5. Lärmschutzmassnahme bei der Haupteingangstüre mit einem Lammellenvorhang innen (PVC).
6. Überdachung zwischen Ausgangstüre und Kassenhaus inklusive Dämmplatten.

Zudem weist die Beschwerdeführerin auf eine im bisherigen Verfahren nicht berücksichtigte Lüftungsanlage hin, die allerdings bereits 2010 installiert worden sei, womit

es sich nicht um eine Projektänderung handle. Die Beschwerdeführerin beantragt, der Gesamtentscheid vom 15. November 2016 sei aufzuheben und die Projektänderung sei zu bewilligen. Eventualiter sei die Sache zur Weiterbehandlung inkl. Behebung der gerügten Verfahrensmängel, zur Einholung eines neuen Fachberichts Lärm und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Gleichzeitig wies es auf die Möglichkeit einer Rückweisung der Projektänderung zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz hin. Neben den Verfahrensbeteiligten forderte das Rechtsamt auch die Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik der Kantonspolizei Bern zur Stellungnahme auf. Zudem gab es den Einsprechenden Gelegenheit, sich am Beschwerdeverfahren als Partei zu beteiligen.

Von dieser Gelegenheit machten die Beschwerdegegner 1 und 2 Gebrauch und sie beantragen in ihrer gemeinsamen Beschwerdeantwort vom 6. Januar 2017, das abgeänderte Baugesuch sei in Gutheissung der Beschwerde unter der Bedingung, dass die in Ziff. 7.b des Berichts der Fachstelle Lärmakustik genannten Auflagen eingehalten würden, zu bewilligen. Eventualiter sei der angefochtene Bauabschlag aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Beurteilung des abgeänderten Projekts zurückzuweisen. Die restlichen Einsprechenden haben keine Beschwerdeantwort eingereicht. Gemäss Ziff. 3 der Verfügung vom 21. Dezember 2016 haben sie durch ihr Stillschweigen auf die Beteiligung am weiteren Verfahren verzichtet und ihre Einsprachen gelten als zurückgezogen.

Die Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik und die Gemeinde Kehrsatz nehmen in ihren Eingaben vom 18. und 19. Januar 2017 zwar zur Beschwerde bzw. den Projektänderungen Stellung, stellen jedoch keinen Antrag. Das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland verzichtet in seinem Schreiben vom 20. Januar 2017 auf eine Stellungnahme und verweist auf seinen angefochtenen Gesamtentscheid. Mit Eingabe vom 23. Januar 2017 äussert sich die Beschwerdeführerin zu einer möglichen Rückweisung an die Vorinstanz.

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)

4. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG². Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerin, deren Baugesuch abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert.

b) Da das Bauvorhaben durch die beantragten Anpassungen in seinen Grundzügen gleich bleibt, handelt es sich dabei um eine Projektänderung im Sinne von Art. 43 BewD⁴. Zwar ergibt sich aus Art. 43 Abs. 3 BewD, dass solche Projektänderungen auch im Baubeschwerdeverfahren noch zulässig sind. Diese Möglichkeit steht jedoch nur dann offen, wenn gleichzeitig die Sachurteilsvoraussetzungen im Baubeschwerdeverfahren erfüllt sind. Dazu gehört auch ein Beschwerdegrund nach Art. 66 VRPG⁵. Würde die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde inklusive Projektänderung zu verstehen geben, dass sie den angefochtenen Entscheid als richtig anerkennt oder sich diesem zumindest

² Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

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

unterzieht, könnte auf die Beschwerde daher nicht eingetreten werden.⁶ Vorliegend unterzieht sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Projektänderung dem angefochtenen Entscheid aber nur teilweise. So weist das Bauvorhaben auch nach der Projektänderung kein Fumoir auf, obschon der angefochtene Bauabschlag unter anderem mit dem Fehlen eines Fumoirs begründet wurde. Den restlichen Teil des angefochtenen Entscheids, dem sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Projektänderung nicht unterzieht, rügt sie in ihrer Beschwerde als fehlerhaft. Da die Beschwerde somit auch Beschwerdegründe nach Art. 66 VRPG enthält, sind die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

c) Die Vorinstanz hat die Legitimation sämtlicher Einsprechenden und damit auch der Beschwerdegegner anerkannt. Die Liegenschaft der Beschwerdegegner liegt rund 700 m vom Bauvorhaben entfernt. Dazwischen liegen mehrere Strassen, diverse Liegenschaften und eine dichte Baumreihe. Unter diesen Umständen ist fraglich, ob die Beschwerdegegner durch das Bauvorhaben unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sind (vgl. Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG). Aufgrund der zur Diskussion stehenden Emissionen ist dies jedoch auch nicht ausgeschlossen. Letztlich braucht diese Frage hier nicht abschliessend geklärt zu werden. Die Beschwerdegegner werden jedoch darauf hingewiesen, dass sie ihre Legitimation insbesondere dann nachweisen müssen, wenn sie im weiteren Verlauf des Verfahrens selber Rechtsmittel ergreifen möchten.

2. Rückweisung

a) Die Beschwerdeführerin hat zusammen mit ihrer Beschwerde eine Projektänderung im Sinne von Art. 43 BewD eingereicht. Die BVE als Beschwerdeinstanz ist befugt, die Sache zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 43 Abs. 3 BewD). Die "Weiterbehandlung" kann im blossen Durchführen des Verfahrens oder aber auch in der Neuurteilung bestehen. Im Falle der Rückweisung zu neuem Entscheid ist der angefochtene Entscheid aufzuheben.⁷

⁶ VGE 2009/2 vom 31. März 2009 E. 1; siehe auch Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 32-32d N. 13b.

⁷ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 32-32d N. 13a

Die BVE hat den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 21. Dezember 2016 Gelegenheit gegeben, sich zu einer allfälligen Rückweisung zu äussern. Die Beschwerdeführerin wiederholt bei dieser Gelegenheit ihre bereits in ihrer Beschwerde geäusserten Bedenken zum Fachbericht der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik und den Umgang der Vorinstanz mit diesem Fachbericht. Der zuständige Sachbearbeiter Herr G._____ und damit auch die Lärmfachstelle würden wegen mangelnder Unparteilichkeit und damit einhergehender Befangenheit abgelehnt. Der angefochtene Entscheid erwecke den Eindruck, dass die Vorinstanz bei ihrer Beurteilung ausschliesslich auf den negativen Fachbericht der Lärmfachstelle abgestellt habe, ohne eigene Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen. Im Falle der Rückweisung sei daher von der BVE darauf hinzuweisen, dass das Regierungsstatthalteramt als Entscheidbehörde selber auch Sachverhaltsabklärungen zu treffen und im Entscheid auf alle relevanten Rechtsfragen einzutreten und eine Begründung abzugeben habe. Soweit ein neuer Fachbericht zur Lärmproblematik eingeholt werde, sei eine neutrale Fachstelle oder ein unabhängiger Experte zu beauftragen. Die Lärmfachstelle der Kantonspolizei bzw. Herr G._____ als deren Sachbearbeiter würden aus den oben dargelegten Gründen abgelehnt.

b) Daraus lässt sich ableiten, dass die Beschwerdeführerin mit dem Entscheid der Vorinstanz zwar nicht einverstanden ist, diese jedoch nicht als befangen ablehnt. Eine solche Befangenheit der Vorinstanz, welche eine Ausstandspflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 VRPG zur Folge hätte, ist denn auch nicht erkennbar. Soweit die Beschwerdeführerin die gesamte Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik als befangen ablehnen will, ist ihr entgegen zu halten, dass die Ausstandspflicht nur Personen, nicht ganze Behörden trifft.⁸ Eine Ablehnung der gesamten Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik ist daher nicht zulässig. Somit bleibt einzig die Ablehnung von Herrn G._____ von der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik zu prüfen, nur dieser wird von der Beschwerdeführerin namentlich erwähnt. Sollten zwischen den Vertretern der Beschwerdeführerin und Herrn G._____ gegenseitige Strafanzeigen hängig sein, wie dies geltend gemacht wird, würde dies die Unbefangenheit von Herrn G._____ tatsächlich in Frage stellen. Allerdings hat die Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik auf den Vorwurf der Befangenheit von Herrn G._____ reagiert. Ihre Stellungnahme im Beschwerdeverfahren vom 18. Januar 2017 ist von Herrn H._____ als zuständigem Sachbearbeiter unterzeichnet.

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 7

Hinsichtlich dieser Stellungnahme besteht somit kein Problem bezüglich einer Befangenheit.

c) Die Projektänderung sieht eine Begrenzung des Musikscharpegels auf maximal 96 dB(A) vor. Gemäss Stellungnahme der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik vom 18. Januar 2017 ist aufgrund der bisher vorgenommenen Abklärungen davon auszugehen, dass der relevante Grenzwert bei einem Musikscharpegel von maximal 95 dB(A) eingehalten wird. Es bestehe jedoch die Möglichkeit, dass aufgrund der in der Projektänderung enthaltenen baulichen Massnahmen nunmehr ein Musikscharpegel von 96 dB(A) möglich sei. Dazu müsse die Wirksamkeit der baulichen Massnahmen mittels Lärmschutznachweises eines Akustikbüros oder mit einer erneuten Beschallung der Gebäudehülle durch die Fachstelle nachgewiesen werden. Demzufolge ist die Sache nicht entscheidreif, über die Projektänderung kann nicht ohne weitere Abklärungen entschieden werden. Es ist nicht an der BVE, diese Abklärungen erstinstanzlich vorzunehmen. Daher wird der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

d) Einer solchen Rückweisung stehen auch die verbleibenden umstrittenen Punkte nicht entgegen, diese schliessen die Erteilung einer Baubewilligung durch die Vorinstanz nicht von vornherein aus. So sieht das Bauvorhaben zwar auch nach der Projektänderung kein Fumoir vor. Die Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik signalisiert in ihrer Stellungnahme im Beschwerdeverfahren jedoch, dass auf den Bau eines Fumoirs vorerst verzichtet werden kann und lediglich mit einer Auflage sichergestellt werden muss, dass nötigenfalls zu einem späteren Zeitpunkt ein solches erstellt werden muss. Was den fehlenden Nachweis betreffend Be- und Entlüftung betrifft, so hat die Beschwerdeführerin zusammen mit ihrer Beschwerde einen solchen Nachweis eingereicht. Ob dieser Nachweis ausreicht, wird die Vorinstanz, allenfalls nach Rücksprache mit der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik, zu entscheiden haben. Was die umstrittenen Wohnungen in den Liegenschaften I. _____ Strasse 24 und 30 betrifft, in denen die Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik ihre Lärmmessungen gemacht hat, könnte diese Frage irrelevant werden, wenn aufgrund der in der Projektänderung enthaltenen baulichen Massnahmen der beantragte Musikscharpegel von 96 dB(A) bewilligt werden kann. Was den umstrittenen Park- und Sicherheitsdienst betrifft, dürfte dies mit einer Auflage zu Regeln sein und kaum zu einem Bauabschlag führen. Das Gleiche dürfte für die umstrittene Auswirkung der Zone mit Planungspflicht (ZPP) 6 gelten, auch diesem Punkt kann soweit nötig grundsätzlich mit

einer Auflage Rechnung getragen werden, die erst auf den Zeitpunkt einer tatsächlichen Überbauung der ZPP zum Tragen kommt.

e) Anweisungen zur Behandlung und Prüfung der Projektänderung müssen der Vorinstanz entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin keine gemacht werden. Inwieweit die Vorinstanz sich bei ihrem neuen Entscheid auf Fachberichte bzw. Stellungnahmen der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik stützt und inwieweit sie eigene Sachverhaltsabklärungen vornimmt, wird diese selber zu entscheiden haben. Soweit allenfalls neu einzuholende Fachberichte oder Stellungnahmen der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik nicht durch Herrn G._____ verfasst werden, kann ohne weiteres darauf abgestellt werden. Auch in Bezug auf die Begründungsdichte müssen der Vorinstanz keine Vorgaben gemacht werden. Sie hat ihren angefochtenen Entscheid ausreichend begründet, die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet. Auch ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz aufgrund des Bauabschlags nicht mit den Einsprachen auseinandergesetzt hat.

3. Kosten

a) Mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids wird auch die Kostenverfügung der Vorinstanz aufgehoben. Aufgrund der Rückweisung an die Vorinstanz wird diese ihre Kosten im neuen Entscheid über die Projektänderung jedoch neu verfügen können. Daher müssen die vorinstanzlichen Kosten in diesem Beschwerdeentscheid nicht verlegt werden.

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 400.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV⁹).

Die Verfahrenskosten werden 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 (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Wer ein Rechtsmittel zurück zieht, den Abstand erklärt, oder auf andere Weise dafür sorgt, dass das Verfahren gegenstandslos wird, gilt als unterliegende Partei (Art. 110 Abs. 1 VRPG).

⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Die Beschwerdeführerin hat mit der Einreichung der Projektänderung dafür gesorgt, dass die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen und das Beschwerdeverfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben wird. Sie gilt daher als unterliegende Partei und hat die Verfahrenskosten von Fr. 400.-- zu tragen.

c) Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Vorliegend war lediglich die Beschwerdeführerin anwaltlich vertreten. Als unterliegende Partei hat sie jedoch keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Somit sind keine Parteikosten zu sprechen.

III. Entscheid

1. Der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland vom 15. November 2016 wird aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuem Entscheid über die Projektänderung vom 16. Dezember 2016 an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland zurückgewiesen. Im Übrigen wird das Beschwerdeverfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
3. Ein Exemplar der Beilagen zur Beschwerde vom 16. Dezember 2016 inklusive dem Nachweis zur Lüftungsanlage in der Beilage 10 gehen an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland.
4. Die Verfahrenskosten von Fr. 400.-- werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Frau D._____ und Herrn C._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, mit Beilage gemäss Ziff. 3, A-Post
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Kehrsatz, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Kantonspolizei Bern, Verkehr und Umwelt, Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik, Schermenweg 5, Postfach 7571, 3001 Bern, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin