



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2022/94

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 10. November 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Erbengemeinschaft des A._____ **sel.**, bestehend aus:

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **E.**_____
Beschwerdeführer 3

und

Herrn **F.**_____
Beschwerdeführer 4

Frau **G.**_____
Beschwerdeführerin 5

alle vertreten durch Frau Rechtsanwältin H._____

und

I._____
Beschwerdegegnerin

sowie

Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, Schloss 1, 3800 Interlaken

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Brienz, Gemeindeverwaltung, Hauptstrasse 204,
Postfach 256, 3855 Brienz BE

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Interlaken-Oberhasli vom 25. April 2022
(eBau Nummer: 2021-6921/74246; Gästeterrasse, Erweiterung der gastgewerblichen Nutzung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 21. September 2021 bei der Gemeinde Brienz (BE) ein Baugesuch ein für die Nutzung der Grünfläche vor dem bestehenden Gastgewerbebetrieb auf Parzelle Brienz (BE) Grundbuchblatt Nr. K. _____ als Bewirtungsfläche bei schönem Wetter in der Sommersaison. Die Parzelle liegt im Wirkungsbereich des Uferschutzplans Nr. 2¹. Dieser weist die Parzelle Nr. K. _____ dem Sektor C (Wohn- und Gewerbezone WG3 mit Lärm-Empfindlichkeitsstufe III) zu. Das Bauvorhaben erfordert Ausnahmegewilligungen für Bauten und Anlagen am Gewässer (Art. 48 WBG²) und für Bauten im Gewässerraum (Art. 41c GSchV³).

Die eingereichten Pläne sahen zunächst die Errichtung eines Verkaufspavillons und das Aufstellen von Tischen, Stühlen und Sonnenschirmen auf der Grünfläche westlich des Gartenwegs vor. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen der Beschwerdeführer 1 und die Beschwerdeführenden 4 und 5 Einsprache. Am 21. Januar 2022 reichte die Beschwerdegegnerin mit einem neuen Baugesuchsformular eine Projektänderung ein. Das Bauvorhaben wurde darin wie folgt umschrieben: «Wir bauen nichts. Zweck: Die bestehende Grünfläche, ausserhalb der Gastrozone, bei schönem Wetter als Bewirtungsfläche nutzen. Dafür werden Tische, Stühle und Sonnenschirme aufgestellt». Ferner wurde unter der Rubrik «Bemerkungen» festgehalten: «Bei schönem Wetter wird das Buffet bedient von 09.00 – 00.30 Uhr». Auf den Projektänderungsplänen wurde neu auch die Grünfläche östlich des Gartenwegs in die Umnutzung einbezogen. Die Anzahl Sitzplätze auf der neuen Terrasse (bisherige Grünfläche) blieb dabei unverändert bei «ca. 30». Anstelle von fünf Sechser-Tischen links des Gartenwegs sollen gemäss dem Projektplan vom 22. Januar 2022 gesamthaft sechs Vierertische links und rechts des Gartenwegs sowie ein Sechsertisch beim Buffet auf der Veranda aufgestellt werden.⁴

Mit Gesamtentscheid vom 25. April 2022 bewilligte das Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli das Vorhaben gemäss der Projektänderung vom 21. Januar 2022 mit 30 neuen Aussensitzplätzen im Garten (zusätzlich zur bestehenden gastgewerblich bewilligten Nutzung mit 70 Innensitzplätzen und 50 Sitzplätzen auf der bestehenden Terrasse) und Öffnungszeiten täglich bis 00.30 Uhr. Es erklärte die im Lärmfachbericht der Kantonspolizei Bern (KAPO) vom 17. Februar 2022 beantragten Auflagen als verbindlich. Die Einsprachen wies es ab.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden 1-3 am 27. Mai 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Die Beschwerdeführenden 4 und 5 erhoben ebenfalls am 27. Mai 2022 Beschwerde bei der BVD. Sie werden durch die selbe Rechtsanwältin vertreten wie die Beschwerdeführenden 1-3 und haben eine separate, aber weitgehend mit der Beschwerde der Beschwerdeführenden 1-3 übereinstimmende Beschwerdeschrift eingereicht. Alle Beschwerdeführenden beantragen die Aufhebung des Gesamtentscheids vom 25. April 2022 und sinngemäss die Erteilung des Bauabschlags. Eventuell sei der angefochtene Entscheid abzuändern oder zu ergänzen; gemäss den Beschwerdebegründungen streben die Beschwerdeführenden die Beschränkung der Öffnungszeiten bis 19.00 Uhr an. Sie kritisieren die Lärmbeurteilung im erstinstanzlich eingeholten Fachbericht der KAPO, auf den sich der angefochtene Entscheid stützt.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁵, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das Regierungsstatthalteramt beantragt mit

¹ Vom Oktober 2008; genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am 1. Mai 2009

² Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau vom 14. Februar 1989 (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11)

³ Gewässerschutzverordnung des Bundesrats vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201)

⁴ Vgl. auch Vorakten pag. 82

⁵ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

Stellungnahme vom 13. Juni 2022 die Abweisung der Beschwerden. Die Gemeinde hat in ihrer Eingabe vom 28. Juni 2022 keinen Antrag zu den Beschwerden gestellt. Die Beschwerdegegnerin hält mit Beschwerdeantwort vom 23. Juni 2022 an ihrem Baugesuch fest. Die Kantonspolizei Bern, Fachstelle Lärmakustik, erklärt mit Stellungnahme vom 13. Juni 2022, dass sie in ihrem Fachbericht hinsichtlich des Immissionspunktes 1 für die bestehende Aussenterrasse ab 22.00 Uhr irrtümlich von einem mittleren Hintergrundgeräuschpegel ausgegangen sei. Zutreffend sei diesbezüglich ein leiser Hintergrundgeräuschpegel. An der Schlussfolgerung des Fachberichts, wonach nicht mehr als höchstens geringfügige Störungen zu erwarten seien und der Planungswert demnach eingehalten sei, ändere sich dadurch nichts.

4. Das Rechtsamt bat die Gemeinde um Einreichung der Akten des Baubewilligungsverfahrens, mit dem die gastgewerbliche Nutzung auf der bestehenden Terrasse der Liegenschaft bewilligt wurde. Die Gemeinde reichte am 19. Juli 2022 die Akten Nr. 1975/27 zur Baubewilligung vom 14. Oktober 1975 betreffend «Um- und Anbau des Gebäudes Nr. L. _____ in ein Tea-Room/Konditorei und Einbau eines Heizöltanks von 14'000 Liter, Parzelle Nr. K. _____, B. _____, Gemeinde Brienz» sowie zur Kleinen Baubewilligung vom 11. Mai 1976 betreffend «Erweitern der Terrassenplatte ca. 6,50 x 3,50 m» ein, zudem Gastgewerbepatente mit Gültigkeit von 1985 bis 1990 sowie von 1991 bis 1996 zugunsten des damaligen Inhabers des Tea-Rooms; die aktuelle gastgewerbliche Betriebsbewilligung vom 22. Mai 2017 befindet sich in den Vorakten (pag. 89) des aktuellen Verfahrens. Die Gemeinde erklärte in ihrem Begleitschreiben, mehr Unterlagen zu Baubewilligungsverfahren betreffend gastgewerbliche Nutzung der Terrasse habe sie nicht gefunden. Allenfalls verfüge das Regierungsstatthalteramt über weitere Unterlagen betreffend Betriebs- und Gastgewerbebewilligungen.

5. Mit Verfügung vom 12. August 2022 teilte das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten mit, gemäss den am 14. Oktober 1975 bewilligten Plänen habe zunächst westlich der Veranda ein Zugang mit Treppe geschaffen werden sollen. Mit der nachträglichen Projektänderung vom 11. Mai 1976 sei die Zugangstreppe auf die Südseite verlegt und westlich der Veranda ein 3,5 m x 6,5 m grosser Terrassenbereich geschaffen worden. An diesen Bereich «Restaurant-Terrasse» hätten gemäss dem massgebenden Plan («Ergänzungsplan Grundriss Erdgeschoss» rev. 21. April 1976) vier Parkplätze angeschlossen, die einen Abstand von 9 m zur J. _____ strasse einhielten. Gemäss dem auf den Karten des Geoportals⁶ verfügbaren Orthofoto scheine es, dass die bestehende Situation nicht dem Bewilligten entspreche. Offenbar seien die vier Parkplätze westlich des Gebäudes nach Norden verschoben worden und wiesen nur noch einen Abstand von rund 3 m zur J. _____ strasse auf. Die Sonnenstore über der Terrasse decke eine weit grössere Fläche ab als die als Restaurantterrasse bewilligten 3,5 m x 6,5 m und reiche auch über die Fläche, auf der sich gemäss den Baubewilligungen von 1975 und 1976 die vier Parkplätze befinden sollten. Es scheine somit, dass im Erdgeschoss der Liegenschaft auf Parzelle Nr. K. _____ nebst den bewilligten 3,5 m x 6,5 m auch weitere, dafür nicht bewilligte Flächen als Restaurantterrasse genutzt würden. Gemäss vorläufiger, summarischer Einschätzung des Rechtsamtes sei ohne baurechtliche Bereinigung dieser Situation eine Bewilligung weiterer Restaurantsitzplätze nicht möglich, da sich die bestehenden, unbewilligten Terrassensitzplätze auf die Lärmimmissionen auswirkten. Soweit die Bauherrin eine Legalisierung der zur J. _____ strasse verschobenen Parkplätze und der bestehenden, unbewilligten Terrassensitzplätze im Erdgeschoss anstrebe, müsse sie dies mit einem nachträglichen Bau- bzw. Projektänderungsgesuch beantragen. Andernfalls wäre es an der Gemeinde zu prüfen, ob diesbezüglich baupolizeiliche Massnahmen zu ergreifen seien. Die Verfahrensbeteiligten erhielten Gelegenheit, sich zu dieser summarischen Einschätzung des Rechtsamtes zu äussern. Die Beschwerdegegnerin erhielt ausserdem Gelegenheit zur Einreichung einer Projektänderung.

⁶ <https://www.agi.dij.be.ch/de/start.html>

Die Gemeinde teilte mit Schreiben vom 8. September 2022 mit, sie habe keine weiteren Archivakten gefunden und komme somit zum selben Ergebnis wie das Rechtsamt in seiner summarischen Einschätzung. Die Beschwerdegegnerin erklärte mit Stellungnahme vom 15. September 2022, die Restaurantterrasse werde seit über 30 Jahren so genutzt. Sie habe den Betrieb per 2022 übernommen und keine Kenntnis davon gehabt, dass die Anzahl Sitzplätze oder die Anlage der Parkplätze nicht regulär wären. Es sei unklar, warum kein Anspruch auf Besitzstandswahrung bestehen sollte. Die Beschwerdeführenden hätten die bestehende Terrasse nicht beanstandet. Eine Begehung vor Ort sei angezeigt. Die Beschwerdeführenden erachten es gemäss ihren Stellungnahmen vom 29. September 2022 als notwendig, dass die Restaurantterrasse und die Parkplätze mit dem Bewilligten in Einklang gebracht würden. Auf eine weitergehende Stellungnahme zur summarischen Einschätzung des Rechtsamtes verzichteten sie.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG⁷. 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 BauG⁸ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG).

b) Die Beschwerdeführenden 4 und 5, deren Einsprachen abgewiesen wurde, sind als Eigentümer der westseitigen Nachbarparzelle Nr. O._____ durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Sie haben form- und fristgerecht Beschwerde eingereicht; auf ihre Beschwerden ist einzutreten.

c) Auch der Beschwerdeführer 1 hat als Einsprecher am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch die Abweisung seiner Beschwerde formell beschwert. Er ist einer von mehreren Gesamteigentümern der Parzelle Nr. P._____ welche ostseitig an die Bauparzelle angrenzt.

Die Beschwerdeführenden 1-3 erläutern in ihrer Beschwerdeschrift, die Parzelle Nr. Q._____ (recte: P._____) habe dem Beschwerdeführer 1 gemeinsam mit dessen Bruder gehört, der am 16. Dezember 2021 verstorben sei. Die Beschwerdeführenden 2 und 3 seien dessen Erben. Die Beschwerde werde vorsorglich für den Fall, dass die BVD dies als notwendig erachte, durch alle Gesamteigentümer eingereicht.

⁷ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

⁸ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

Weder die Beschwerdeführenden 2 und 3 noch deren Rechtsvorgänger (d.h. der Erblasser) haben sich am vorinstanzlichen Verfahren als Einsprechende beteiligt. Zwar führen die Beschwerdeführenden 1-3 in ihrer Beschwerde aus, der Beschwerdeführer 1 habe im erstinstanzlichen Verfahren «in Absprache und Vertretung sämtlicher Mitgesellschafter» gehandelt. Er hat jedoch nur in seinem eigenen Namen Einsprache geführt.⁹ Die Beschwerdeführenden 2 und 3 sind daher mangels Teilnahme am erstinstanzlichen Verfahren nicht zur Beschwerde legitimiert.

Der Beschwerdeführer 1 ist zur selbständigen Anfechtung berechtigt. Bei gemeinschaftlichem Eigentum wird die selbständige Einsprachebefugnis einzelner Mit- oder Gesamteigentümerinnen und –eigentümer anerkannt, wenn sie als Nachbarn durch das Bauvorhaben besonders berührt werden. Voraussetzung ist, dass eine Gutheissung der Einsprache nicht mit den Interessen der übrigen Mit- oder Gesamteigentümerinnen und –eigentümer kollidiert.¹⁰ Solches ist hier nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer 1 ist demnach zur selbständigen Beschwerdeführung legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Sachverhalt / rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden beanstanden eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Diese habe sich auf eine Lärmbeurteilung durch die KAPO gestützt, welche Kennzahlen und Angaben über die zu beurteilende Situation zusammengetragen und nach einem Wertesystem gemäss einer Vollzugshilfe des Cercle Bruit¹¹ ausgewertet habe. Die im Einzelnen verwendeten Kennzahlen und Angaben seien den Beschwerdeführenden nicht bekannt gegeben worden, so dass die Bewertung nicht nachvollzogen und überprüft werden könne.

Die Behörde stellt den Sachverhalt, über den sie zu entscheiden hat, von Amtes wegen fest (Art. 18 Abs. 1 VRPG¹²). Sie ist ausserdem verpflichtet, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt.¹³ Bei Bewertungsvorgängen sind die sachlichen Überlegungen aufzuzeigen, die dem Bewertungsergebnis zugrunde liegen.¹⁴

b) In ihrer Lärmbeurteilung hat die KAPO ausgeführt, dass eine ganzheitliche Betrachtung des Gastgewerbebetriebs vorzunehmen sei. Sie hat die Lärmimmissionen aus dem Inneren des Betriebs, von der bestehenden Terrasse und von den neu geplanten Sitzplätzen auf der bisherigen Grünfläche sowie den Sekundärlärm von Zu- und Wegfahrten etc. betrachtet. Für die Beurteilung der Lärmimmissionen von der bestehenden Terrasse und den neu geplanten Sitzplätzen stützte sie sich auf Anhang 3 der Vollzugshilfe 8.10 des Cercle Bruit zur Ermittlung und Beurteilung des Lärms von öffentlichen Lokalen¹⁵.

⁹ Vorakten pag. 15, pag. 16 f.

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c N. 20

¹¹ Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹³ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

¹⁴ Vgl. Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 8

¹⁵ https://cerclebruit.ch/enforcement/8/CB_Vollzugshilfe_810_Gaststaettenlaerm_DE.pdf

Gemäss dieser Vollzugshilfe sind für die Beurteilung von Lärm einer Terrasse mit Gästen örtliche Lärmmessungen in der Regel nicht sinnvoll, da der Lärmpegel von einem Tag auf den anderen oder sogar innerhalb kurzer Zeit stark variieren kann. Die Beurteilung erfolgt daher anhand bestimmter Kriterien, die in einem Excel-Kalkulationsblatt gewichtet werden. Aus der Gesamtheit der gewichteten Kriterien wird abgeleitet, ob der massgebende Grenzwert eingehalten ist.

Die KAPO hat in ihren Lärmbeurteilungsbericht zwar nicht das ganze Excel-Kalkulationsblatt integriert; sie hat aber die darin eingesetzten Beurteilungsparameter aufgeführt.¹⁶ Die Vollzugshilfe samt Anhang 3 ist auf dem Internetauftritt des Cercle Bruit öffentlich zugänglich.¹⁷ Die Beschwerdeführenden konnten sich damit kundig machen, wie sich die von der KAPO eingesetzten Beurteilungsparameter auf das Ergebnis der Lärmbeurteilung auswirkten. Damit war ihnen auch eine sachgerechte Anfechtung des erstinstanzlichen Entscheids möglich; sie konnten der Beschwerdeinstanz aufzuzeigen, welche Werte ihres Erachtens einzusetzen seien und zu welchem Beurteilungsergebnis dies führe. Dies haben sie – unter Beizug eines Privatgutachters – auch getan.

c) In ihren Beschwerden bringen die Beschwerdeführenden vor, aus dem Fachbericht der KAPO gehe nicht eindeutig hervor, ob die Lärmbeurteilung für die bestehende Terrasse für den Immissionspunkt 1 und für die neue Terrasse für den Immissionspunkt 2 vorgenommen worden sei, wie es aufgrund der örtlichen Gegebenheiten folgerichtig wäre. In ihrem Fachbericht vom 17. Februar 2022 definierte die KAPO unter Ziff. 5.1.1 den Immissionspunkt 1 für die bestehende Terrasse und den Immissionspunkt 2 für die neu geplanten Sitzplätze als am stärksten betroffen. In Ziff. 6.1.2.1 und 6.1.2.2 wird die Beurteilung jeweils in Bezug auf die am stärksten betroffene Anwohnerschaft vorgenommen. Daraus lässt sich ableiten, dass die Lärmbeurteilung für die bestehende Terrasse für den Immissionspunkt 1 und für die neue Terrasse für den Immissionspunkt 2 vorgenommen wurde. Die von den Beschwerdeführern gerügte unvollständige Sachverhaltsfeststellung ist zu verneinen. Auch die Begründungspflicht wurde nicht verletzt. Für die bessere Verständlichkeit des Fachberichts wäre aber das Beilegen der Tabellen vorteilhaft gewesen.

d) Im Beschwerdeverfahren hat die KAPO mit ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2022 die Excel-Kalkulationsblätter eingereicht, die sie für ihre Lärmbeurteilung an den definierten Immissionspunkten 1 und 2 verwendet hatte. Sie erklärt, dass eines der Kriterien für die Beurteilung des Immissionspunkts 1 angepasst werden müsse, und reichte für den Immissionspunkt 1 auch ein entsprechend angepasstes Kalkulationsblatt ein. Das Rechtsamt hat den Beschwerdeführenden die Stellungnahme der KAPO samt Beilagen zur Kenntnis gebracht.

e) Die Beschwerdeführenden bringen vor, sie hätten vor erster Instanz Kritik am Fachbericht der KAPO geübt, das Regierungsstatthalteramt habe dann aber seinen Entscheid dennoch auf diesen Fachbericht abgestützt, ohne ihn zu überprüfen oder hinterfragen. Sinngemäss machen die Beschwerdeführenden damit eine ungenügende Begründung des angefochtenen Entscheids geltend.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die erwähnte Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen. Die Behörde muss nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; sie muss sich aber mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandersetzen.¹⁸

¹⁶ Vorakten pag. 47 ff. S. 8

¹⁷ <https://cerclebruit.ch/?inc=enforcement&e=8/810.html>

¹⁸ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

Die Beschwerdeführenden haben vor erster Instanz zur Lärmbeurteilung der KAPO Stellung genommen. Sie haben dargelegt, wie die Beurteilungskriterien (Gästeverhalten, Lärmvorbelastung, Ortsüblichkeit) ihres Erachtens zu werten seien, und dass daraus auf grössere Störungswirkungen zu schliessen sei als von der KAPO angenommen.¹⁹ Das Regierungsstatthalteramt ist darauf in der Begründung des angefochtenen Entscheids nicht näher eingegangen. Es hielt lediglich fest, dass es sich aufgrund der nachvollziehbaren Erwägungen und Beurteilung im Fachbericht nicht veranlasst sehe, von den Folgerungen der KAPO abzuweichen. Dies zumal auch die mit den örtlichen Verhältnissen vertraute Gemeinde dem Fachbericht zustimme.

Angesichts der substantiierten Vorbringen der Beschwerdeführenden erscheint diese Begründung im Lichte des Gehörsanspruchs als ungenügend. Das Regierungsstatthalteramt hätte wenigstens kurz auf die umstrittenen Beurteilungskriterien eingehen und darlegen müssen, weshalb die Bewertung durch die KAPO überzeuge. Der blosser Hinweis auf die Zustimmung der Gemeinde reicht dafür nicht.

Wie mit den nachfolgenden Erwägungen zu zeigen sein wird, ist unter den gegebenen Umständen eine Lärmbeurteilung gar nicht möglich, so dass die Beurteilungskriterien nicht im Einzelnen geprüft werden müssen.

3. Lärmschutz

a) Nach der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes sollen Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen, insbesondere durch Lärm, geschützt werden (Art. 1 Abs. 1 USG²⁰, Art. 1 Abs. 1 LSV²¹).

Bauliche Anlagen für einen Gewerbebetrieb gelten als ortsfeste Anlagen im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung (Art. 7 Abs. 7 USG, Art. 2 Abs. 1 LSV). Dies gilt insbesondere auch für Gastgewerbebetriebe mit Terrassen bzw. Aussensitzflächen (BGE 123 II 325 E. 4a/aa). Neue ortsfeste Anlagen dürfen nur errichtet werden, wenn die durch diese Anlagen allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten (Art. 25 Abs. 1 USG). Im Rahmen der Vorsorge sind Emissionen ausserdem so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Art. 7 Abs. 1 LSV bestimmt daher, dass die Lärmemissionen einer neuen ortsfesten Anlage nach den Anordnungen der Vollzugsbehörde so weit begrenzt werden müssen, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist und dass die von der Anlage allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten.

b) Vom Schutzzweck der Umweltschutzgesetzgebung her erscheint es angemessen, alle einem Betrieb zurechenbaren Lärmemissionen in die Lärmbeurteilung miteinzubeziehen, 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 verursacht werden. Zum Lärm einer Gastwirtschaft gehören insbesondere auch die Emissionen der dazugehörenden Gartenterrasse (BGE 123 II 325 E. 4a/bb). Beim vorliegenden Projekt ist die Schaffung einer zweiten Aussensitzfläche geplant; in die Lärmbeurteilung sind die Emissionen von allen Aussensitzbereichen einzubeziehen.

¹⁹ Vorakten pag. 88 f. und pag. 94 ff.

²⁰ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01)

²¹ Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41)

Die KAPO hat demnach die Beurteilung zu Recht nicht auf die neuen Sitzplätze beschränkt, sondern auch die Sitzplätze auf der bestehenden Terrasse in die Beurteilung einbezogen. Die KAPO hat die Immissionspunkte bei der am stärksten von den Immissionen betroffenen Anwohnerschaft sowohl in Bezug auf die bestehende Terrasse als auch in Bezug auf die geplante neue Aussenbewirtschaftungsfläche definiert und geprüft, ob die Planungswerte für die massgebende Empfindlichkeitsstufe III jeweils eingehalten sind.

c) Gemäss der Praxis des Bundesgerichts greifen die Planungswerte nicht nur dann, wenn neue Anlagen errichtet werden, die vor Inkrafttreten des Umweltschutzgesetzes am 1. Januar 1985 überhaupt nicht existierten. Die Planungswerte sind vielmehr auch dann massgebend, wenn bestehende Anlagen in konstruktiver oder funktionaler Beziehung soweit verändert werden, dass das, was von der bisherigen Anlage weiterbesteht, von geringerer Bedeutung erscheint als der erneuerte Teil. Für die Abgrenzung sind vor allem ökologische Kriterien, im speziellen des Lärmschutzes, und generell die dem Gesetz zugrundeliegende Zielsetzung der Vorsorge massgeblich. Daher müssen die Planungswerte eingehalten werden, wenn eine altrechtliche Anlage, die keinen oder nur geringfügigen Lärm verursachte, so geändert wird, dass sie zu einer lärmigen Anlage wird. Das Bundesgericht konnte in BGE 123 II 325 E. 4c/aa letztlich offen lassen, ob dies zutrifft, wenn die Terrasse eines Tea Rooms vergrössert wird, so dass die Bestuhlungsfläche ungefähr verdoppelt wird; in jenem Fall stellte sich heraus, dass es sich nicht um eine altrechtliche Anlage handelte und daher in jedem Fall die Planungswerte massgebend waren. Anderes gilt vorliegend: Gemäss den von der Gemeinde eingereichten Baubewilligungsakten Nr. 1975/27 wurde der Um- und Ausbau zu einer Konditorei mit Tea Room im Jahr 1975 bewilligt. Ebenfalls vor Inkrafttreten des Umweltschutzgesetzes wurde westlich des Gebäudes eine Aussensitzfläche von 3,5 m x 6,5 m bewilligt. Der Tea Room mit dieser 3,5 m x 6,5 m grossen Terrasse bildet eine altrechtliche Anlage.

Gemäss dem Lärmbeurteilungsbericht der KAPO führt die Erweiterung des bestehenden Gastgewerbebetriebs mit 50 Aussensitzplätzen um eine zusätzliche Aussenbewirtschaftungsfläche mit 30 Sitzplätzen zu einer deutlichen Veränderung des zu erwartenden Immissionsniveaus, so dass die Planungswerte eingehalten werden müssten. Dies bedeute, dass an den Immissionsorten höchstens geringfügige Störungen auftreten dürften. Die Anwendbarkeit der Planungswerte auf das streitige Bauvorhaben wird nicht bestritten und ist überzeugend. Die BVD hat in einem anderen Verfahren die Vergrösserung der Aussenbestuhlungsfläche eines Gastgewerbebetriebs mit 14 Aussensitzplätzen um 22 zusätzliche Aussensitzplätze als Neuanlage im Sinne von Art. 25 USG bzw. Art. 7 LSV eingestuft.²² Mit der vorliegend von der KAPO angenommenen Vergrösserung der bestehenden Terrasse mit 50 Sitzplätzen um 30 weitere Sitzplätze wird zwar nicht dasselbe Vergrösserungsverhältnis erreicht; die Aussensitzplätze werden auch nicht verdoppelt wie im erwähnten Bundesgerichtsentscheid. Die KAPO hat aber zu Recht auch einbezogen, dass die Beschwerdegegnerin die Umwandlung des Tea-Rooms in ein klassisches Restaurant beabsichtige. Die Confiserie-Verkaufsfläche im Erdgeschoss solle aufgehoben werden. Mit den neuen Aussensitzplätzen auf der dem See zugewandten Gebäudeseite will die Beschwerdegegnerin Passanten ansprechen, die bei schönem Wetter unterwegs sind.²³ Damit wird eine andere Klientel angezogen als mit dem bisherigen Tea Room. Die Bewirtung soll bei der neuen Aussensitzfläche in Form der Selbstbedienung ab dem geplanten Buffet erfolgen. Von dort sollen Mahlzeiten, Snacks und Getränke auch an «Take-away-Kundschaft» verkauft werden.²⁴ Die Änderung des Nutzungskonzepts stellt eine funktionale Veränderung dar und trägt damit ebenfalls dazu bei, dass die Anwendung der Planungswerte als sachgerecht erscheint.

²² BDE 110/2019/179 vom 21. Januar 2020 E. 2d

²³ Vgl. Vorakten pag. 62

²⁴ Vgl. Fachbericht der KAPO vom 17. Februar 2022, Vorakten pag. 47 ff. S. 6

Hinzu kommt, dass von den bestehenden 50 Aussensitzplätzen gar nicht alle baubewilligt sind. Zwar verfügt die Beschwerdegegnerin über eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung, die 50 Sitzplätze im Freien umfasst.²⁵ Baubewilligt ist aber nur eine Restaurantterrasse mit 3,5 m x 6,5 m Fläche. Diese bietet nur Platz für etwa die Hälfte der bestehenden 50 Terrassensitzplätze. Die nicht baubewilligten bestehenden Aussensitzplätze müssten, um im Rahmen des neuen Betriebskonzepts beibehalten werden zu können, in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren legalisiert werden (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen). Sie sind daher nicht zur altrechtlichen Anlage zu zählen. Nimmt man die durch die Baubewilligungen von 1975 und 1976 abgedeckten rund 25 Terrassensitzplätze als Ausgangspunkt, so stellt eine Erweiterung um 30 neue Aussensitzplätze mehr als eine Verdoppelung dar.

Die KAPO hat demnach seiner Lärmbeurteilung zu Recht die Planungswerte zugrunde gelegt.

d) Für den durch Gäste eines Restaurants verursachten Lärm fehlen spezifische Belastungsgrenzwerte; die Grenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm (Anhang 6 LSV) können dafür nicht unmittelbar herangezogen werden. Die Lärmimmissionen sind daher im Einzelfall nach Art. 15 USG unter Berücksichtigung von Art. 19 und 23 USG zu beurteilen (Art. 40 Abs. 3 LSV). Neue Anlagen müssen ein Immissionsniveau einhalten, bei welchem höchstens geringfügige Störungen auftreten. Dafür ist eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen, bei welcher der Charakter des Lärms, der Zeitpunkt und die Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen sind.²⁶ Bei der Beurteilung der Störwirkung kommt den Behörden ein gewisser Ermessensspielraum zu.²⁷

Die Lärmemissionen einer Gastwirtschaft hängen massgeblich vom jeweiligen Betrieb, seinem Charakter, seinem Publikum und der Frequentierung ab. Vom Schutzzweck der lärmschutzrechtlichen Bestimmungen ausgehend, sind alle einem Betrieb zurechenbaren Lärmemissionen in die Betrachtung einzubeziehen, d.h. alle Geräusche, die durch die bestimmungsgemässe Nutzung der Anlage verursacht werden. Bei den primären Lärmimmissionen des Gastgewerbebetriebs handelt es sich vor allem um Menschenstimmen (Aufgabe von Bestellungen, Unterhaltungen der Gäste, Lachen, Begrüssen und Verabschieden von Freunden und Bekannten), das Klirren von Gläsern und Geschirr, das Verrücken von Stühlen und Tischen sowie die durch Aufräumarbeiten des Personals verursachten Geräusche.²⁸ Zu berücksichtigen ist weiter der Sekundärlärm, der von den Benutzerinnen und Benutzern der Anlage ausserhalb des Gebäudes verursacht wird, wie beispielsweise bei der Ankunft oder beim Verlassen der Gastwirtschaft.

Für eine möglichst transparente und nachvollziehbare Beurteilung von Gaststättenlärm und zur Förderung einer einheitlichen Vollzugspraxis erliess der Cercle Bruit die erwähnte Vollzugshilfe. Diese wird vom Bundesgericht als Entscheidungshilfe für eine objektivierte Betrachtung anerkannt.²⁹ Gemäss dem Excel-Kalkulationsblatt in Anhang 3 werden für die Beurteilung von Gaststättenlärm die Quellen- und Ausbreitungscharakteristik mit der Anzahl der Aussenplätze, der Auslastung, den Massen der Terrasse, der Position des Empfangspunktes in Bezug zur Terrasse (Geometrie Empfangspunkt), dem Gästeverhalten, der Abstrahlung und der Einsehbarkeit bzw. Hinderniswirkung erfasst. Weiter wird die Empfängercharakteristik mit den Parametern

²⁵ Vorakten pag. 9

²⁶ BGer 1A.282.2000/1A.286/2000 vom 15. Mai 2001 E. 2b; BGE 137 II 30 E. 3.4

²⁷ Judith Schäli, Alltags- und Freizeitlärm im Umweltrecht: eine rechtliche Einführung mit Erläuterungen zur aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts, in KPG-Bulletin 2020 S. 42 ff., 48 f.; BGE 137 II 30 E. 3.4; BGer 1C_293/2017 vom 9. März 2018 E. 3.1.2

²⁸ BGer 1A.282.2000/1A.286/2000 vom 15. Mai 2001 E. 2c/bb

²⁹ BGer 1C_293/2017 vom 9. März 2018 (in KPG 2020 S. 51) E. 3.1.2

Nutzungszone am Immissionsort, Empfindlichkeitsstufe und Hintergrundgeräusch erfasst. Als dritte Kategorie wird die Betriebscharakteristik mit den Parametern Ortsüblichkeit des Betriebs und Saisonalität sowie den Betriebsstunden pro Tag erfasst. Die Beurteilung erfolgt je für den Tag (07.00 bis 19.00 Uhr), für den Abend (19.00 bis 22.00 Uhr) und für die Nacht (22.00 bis 07.00 Uhr). Gemäss den Erläuterungen auf dem Kalkulationsblatt ist bei einem Ergebniswert von bis zu 1 der Planungswert eingehalten. Am Tag und am Abend ist die KAPO an beiden Immissionspunkten nicht auf Ergebniswerte über Null gekommen. Am Immissionspunkt 2 hat sie für die Nachtzeit (ab 22.00 Uhr) einen Wert von 0,86 kalkuliert. Für den Immissionspunkt 1 hat sie mit ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2022 ein angepasstes Kalkulationsblatt eingereicht, welches ab 22.00 Uhr von einem leisen Hintergrundgeräusch ausgeht. Mit dieser Anpassung ergibt sich für den Immissionspunkt 1 für die Nachtzeit, d.h. ab 22.00 Uhr, ein Ergebniswert von 0,99.

e) Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass die KAPO die Beurteilungskriterien im Kalkulationsblatt mit den richtigen Werten eingesetzt hat. Sie sind der Ansicht, dass das Kalkulationsblatt bei Einsetzung der zutreffenden Werte ergebe, dass der mit dem Bauvorhaben erweiterte Gastgewerbebetrieb an den beiden Immissionspunkten abends und in der Nacht mehr als höchstens geringfügige Störungen verursache und damit die Planungswerte überschreite.

Streitig ist u.a. insbesondere die Einsehbarkeit der bestehenden Restaurantterrasse. Die KAPO ging in ihrem Fachbericht vom 17. Februar 2022 davon aus, dass die bestehende Terrasse 50 Sitzplätze umfasse und als «kaum einsehbar» zu werten sei. Die Beschwerdeführenden bestreiten dies. Auch sie gehen von 50 Aussensitzplätzen auf der bestehenden Restaurantterrasse aus, die aber ihres Erachtens vom Immissionspunkt 1 aus «gut einsehbar» seien.³⁰ Wie gezeigt, ist aber nur etwa die Hälfte der Aussenplätze auf der bestehenden Restaurantterrasse baubewilligt. Die Grösse der Sonnenstore lässt darauf schliessen, dass die tatsächlich für die Aussenbestuhlung verwendete Fläche weit grösser ist als die bewilligten 3,5 m x 6,5 m und auch zahlreiche Sitzplätze umfasst, die vom Immissionspunkt 1 aus nicht einsehbar sind. Die KAPO ging bei ihrer Lärmbeurteilung davon aus, dass die bestehende Restaurantterrasse 10,5 m x 7,3 m gross sei.³¹ Eine zuverlässige Definition der als Restaurantterrasse verwendeten Fläche, die der Beurteilung der Einsehbarkeit zugrunde gelegt werden könnte, ist allerdings nicht möglich. Auf die Baubewilligungen von 1975 und 1976 kann nicht abgestellt werden, da diese nicht eingehalten werden. Das Ausmass der nicht baubewilligten Aussenbestuhlung kann auch durch eine Ortsbesichtigung nicht zuverlässig festgestellt werden, da es jederzeit mit sehr geringem Aufwand verändert werden könnte. Die Durchführung eines Augenscheins wäre daher nicht zielführend.

f) Die Bewilligung des streitigen Bauvorhabens scheitert somit daran, dass eine zuverlässige Lärmbeurteilung gar nicht möglich ist. Gemäss der Stellungnahme der KAPO vom 13. Juni 2022 wären die Planungswerte nachts am Immissionspunkt 1 gerade noch eingehalten, wenn man für die Zeit ab 22.00 Uhr von einem leisen Hintergrundgeräuschpegel ausgeht. Bereits geringfügige Veränderungen an den Kalkulationsparametern könnten dazu führen, dass der Planungswert nachts überschritten würde. Dies wäre insbesondere der Fall, falls die Terrasse beispielsweise als «mässig einsehbar» (statt «kaum einsehbar» gemäss KAPO) zu werten wäre. Nach Ansicht der Beschwerdeführenden müsste die Terrasse sogar als «gut einsehbar» gelten; zudem kritisieren sie auch andere Werte, von denen die KAPO bei ihrer Lärmbeurteilung ausging. Die Kalkulationsparameter, insbesondere die Einsehbarkeit der Terrasse, wirken sich unmittelbar auf die lärmrechtliche Situation aus und können die Gesamtbeurteilung beeinflussen. Es kann daher nicht darüber hinweggesehen werden, dass die Ausmasse der bewirtschafteten Fläche auf der Terrasse im Erdgeschoss nicht klar sind und insbesondere die Einsehbarkeit nicht verlässlich beurteilt werden kann.

³⁰ Beschwerdebeilage 9 des Beschwerdeführers 1, Beschwerdebeilage 6 der Beschwerdeführenden 4 und 5

³¹ Beilagen zur Stellungnahme der KAPO vom 13. Juni 2022

Eine zuverlässige Lärmbeurteilung würde voraussetzen, dass die Beschwerdegegnerin den Umfang der noch nicht baubewilligten Terrassennutzung im Erdgeschoss in einem nachträglichen Baugesuch umschreiben und auf Projektplänen darstellen würde, so dass insbesondere die Einsehbarkeit der bestehenden Restaurantterrasse vom Immissionspunkt 1 aus zuverlässig beurteilt werden kann. Die Beschwerdegegnerin hat jedoch die ihr eingeräumte Gelegenheit zur Einreichung einer Projektänderung zwecks Einbezug der noch nicht baubewilligten Aussensitzplätze bei der bestehenden Restaurantterrasse in das zu beurteilende Bauvorhaben nicht wahrgenommen. Diese Aussensitzplätze bilden somit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, und es fehlt an verbindlichen Angaben bzw. Plandarstellungen über die als Restaurantterrasse genutzte Fläche.

g) Hinzu kommt, dass die Aussenbestuhlung, welche die baubewilligte Fläche von 3,5 m x 6,5 m übersteigt, formell rechtswidrig ist. Eine Nutzungssteigerung über das baubewilligte Mass hinaus ist baubewilligungspflichtig, wenn sie erhebliche Auswirkungen auf Raum und Umwelt hat (Art. 1a Abs. 2 BauG). Dies ist bei der Erweiterung der Aussenterrasse eines Gastgewerbebetriebs der Fall, weil dadurch die Lärmimmissionen bei der Anwohnerschaft zunehmen. Vorliegend wurden zudem zwecks Vergrösserung der Aussensitzfläche die bewilligten Parkplätze näher zur Strasse verschoben, so dass sie nun den vorgeschriebenen Strassenabstand zur J. _____strasse (einer Kantonsstrasse) unterschreiten; dafür wäre eine Ausnahmbewilligung nach Art. 81 SG³² nötig. Baubewilligungspflichtige, aber unbewilligte Bauten, Anlagen und Nutzungen sind widerrechtlich. Daran vermag nichts zu ändern, dass vorliegend eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung für einen Betrieb mit u.a. 50 Aussensitzplätzen besteht. Die gastgewerbliche Betriebsbewilligung umfasst die baurechtlich erforderliche Bewilligung nicht bzw. kann eine fehlende Baubewilligung nicht ersetzen. Grundsätzlich hat daher die Baupolizeibehörde der Gemeinde gegen die unbewilligte Nutzungserweiterung bei der bestehenden Restaurantterrasse einzuschreiten und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands durchzusetzen (Art. 45 ff. BauG), sofern die zusätzlich genutzte Fläche nicht in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren legalisiert wird.

Die Schaffung neuer Aussensitzplätze auf der bisherigen Grünfläche kann nicht ohne Berücksichtigung der anderen Betriebsteile beurteilt werden. Die gastgewerbliche Nutzung der Bauparzelle ist gesamthaft nicht rechtmässig, wenn sie das Bewilligte überschreitet. Die formelle Widerrechtlichkeit der über 3,5 m x 6,5 m hinausgehenden Aussenbestuhlungsfläche bei der bestehenden Restaurantterrasse kann im vorliegenden Verfahren nicht legalisiert werden, da die Beschwerdegegnerin diese Sitzplätze nicht mittels Projektänderung zum Verfahrensgegenstand gemacht hat.

Dies hat zur Folge, dass mit Erteilung der beantragten Baubewilligung kein formell rechtmässiger Zustand geschaffen werden könnte. Der Gastgewerbebetrieb der Beschwerdegegnerin würde dennoch – mit der Aussenbestuhlung bei der bestehenden Restaurantterrasse – das Bewilligte überschreiten und wäre in der Gesamtbetrachtung unrechtmässig. In einem solchen Fall kann die Bewilligung für eine geplante Nutzungserweiterung nicht erteilt werden. Damit zusätzliche Aussensitzplätze auf der bisherigen Grünfläche bewilligt werden könnten, müsste vorweg oder gleichzeitig die formell rechtswidrige Situation bei der bestehenden Terrasse baurechtlich bereinigt werden. Damit würde auch Klarheit darüber geschaffen, in welchem Umfang Aussenbestuhlungsflächen in die Lärmbeurteilung einbezogen werden müssen.

³² Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

h) Die Beschwerdegegnerin beruft sich in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2022 auf die Besitzstandsgarantie. Sie macht geltend, dass die Restaurantterrasse seit über 30 Jahren bestehe und so genutzt werde.

Nach Art. 3 Abs. 1 BauG werden Bauten und Anlagen, die aufgrund bisherigen Rechts bewilligt wurden oder unter dem bisherigen Recht bewilligungsfrei waren, in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt. Unter die Besitzstandsgarantie fallen demnach nur formell rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen.³³ Vorliegend ist nicht nachgewiesen, dass die Verschiebung der Parkplätze und Erweiterung der Restaurantterrasse vor über 30 Jahren formell rechtmässig erfolgte. Dafür wäre eine Baubewilligung nötig gewesen; eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung für eine baurechtlich unbewilligte Nutzung bewirkt nicht, dass diese Nutzung baurechtlich rechtmässig wird. Ohnehin schützt die Besitzstandsgarantie nach Art. 3 BauG nicht die Nutzung als solche, sondern nur die für die Nutzung getätigte Investition. Eine widerrechtlich gewordene Nutzung wäre somit nur insoweit geschützt, als bei ihrer Aufgabe oder Änderung eine wesentliche bauliche Investition preisgegeben werden müsste.³⁴ Dies ist nicht der Fall, wenn wie hier bloss eine Sonnenstore angebracht sowie Stühle und Tische auf einer für Parkplätze befestigten Fläche aufgestellt werden. Die Besitzstandsgarantie greift also hier nicht.

i) Auch aus den Regeln über die Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs kann die Beschwerdegegnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ob eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands noch verlangt werden kann, wäre in einem allfälligen Baupolizeiverfahren der Gemeinde zu prüfen. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, könnte daraus kein Anspruch auf eine Nutzung nach einem neuen Betriebskonzept (klassischer Restaurantbetrieb statt Tea Room; Ausnutzung der gastgewerblich bewilligten Öffnungszeiten bis 00.30 Uhr bei schönem Wetter, während dies gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin bisher «selten bis nie» der Fall war³⁵) abgeleitet werden. Vielmehr beginnt die Verwirkungsfrist mit jeder wesentlichen Nutzungsänderung neu zu laufen, d.h. vorangegangene Nutzungen werden bei der Berechnung der Verwirkungsfrist nicht berücksichtigt.³⁶ Im Falle einer Nutzung der unbewilligten Aussensitzplätze im Rahmen eines neuen Betriebskonzepts könnte demnach die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangt werden.

j) Nach dem Gesagten ist eine Beurteilung des streitigen Vorhabens nicht möglich, so lange die baurechtliche Situation bei der bestehenden Restaurantterrasse, wo die Aussenbewirtschaftungsfläche aktuell das baubewilligte Mass von 3,5 m x 6,5 m übersteigt, nicht bereinigt ist. Die Beschwerdegegnerin hat die ihr gewährte Gelegenheit zur Einreichung einer entsprechenden Projektänderung nicht wahrgenommen. Die noch unbewilligte Nutzung bei der bestehenden Restaurantterrasse bildet daher nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und eine zuverlässige Beurteilung der Lärmimmissionen des streitigen Vorhabens ist nicht möglich. Mit der Erteilung der Baubewilligung könnte zudem kein formell rechtmässiger Zustand geschaffen werden. Das Bauvorhaben kann daher nicht bewilligt werden. Die vom Regierungsstatthalteramt erteilte Gesamtbewilligung muss aufgehoben und es muss der Bauabschlag erteilt werden.

4. Ergebnis und Kosten

a) Von den Beschwerdeführenden 1-3 ist nur der Beschwerdeführer 1 beschwerdelegitimiert. Soweit die Beschwerde der Beschwerdeführenden 1-3 von den Beschwerdeführenden 2 und 3

³³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 3 N. 2

³⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2a

³⁵ Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 23. Juni 2021 (recte: 2022)

³⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11a; BVR 2001 S. 125 E. 4c

erhoben wird, ist nicht darauf einzutreten. Die Beschwerden des Beschwerdeführers 1 sowie der Beschwerdeführenden 4 und 5 sind gutzuheissen. Die angefochtene Gesamtbaubewilligung ist aufzuheben und dem Vorhaben der Beschwerdegegnerin ist der Bauabschlag zu erteilen.

b) Die Verfahrenskosten werden gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG 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.

Das Nichteintreten auf die Beschwerde, soweit sie von den Beschwerdeführenden 2 und 3 erhoben wird, hat keinen nennenswerten Verfahrensaufwand verursacht und bleibt daher ohne Folgen bei der Verlegung der Verfahrenskosten. Die Beschwerdeführenden 1 sowie 4 und 5 obsiegen mit ihren Anträgen. Die Beschwerdegegnerin hat als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 2000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁷).

c) Die Beschwerdegegnerin hat ausserdem die erstinstanzlichen amtlichen Kosten des Baubewilligungsverfahrens zu tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD³⁸). Diese betragen gemäss Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheids CHF 2620.–.

d) Die Beschwerdegegnerin hat zudem den Beschwerdeführenden 1 sowie 4 und 5 die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Der Beschwerdeführer 1 wurde im Beschwerdeverfahren durch die selbe Rechtsanwältin vertreten wie die Beschwerdeführenden 4 und 5. Diese hat zwei separate Kostennoten eingereicht und führt dazu aus, dass sie von den Beschwerdeführenden 1-3, anders als von den Beschwerdeführenden 4 und 5, erst für das oberinstanzlichen Verfahren mandatiert worden sei und dass ihr durch die Vertretungen separate zeitliche Aufwendungen entstanden seien. Aufwendungen für beide Dossiers seien nicht doppelt erfasst worden.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV³⁹ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.– bis CHF 11 800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG⁴⁰).

Die Rechtsanwältin macht für die Vertretung der Beschwerdeführenden 1-3 Parteikosten von CHF 2876.30 geltend (Honorar CHF 2600.–, Auslagen CHF 72.10, Mehrwertsteuer CHF 204.20). Der Aufwand, der durch den Einbezug der Beschwerdeführenden 2 und 3 entstand, ist nicht zu entschädigen. Dieser dürfte sich in bescheidenem Rahmen halten. Es rechtfertigt sich eine Reduktion des Honorars um CHF 100.–. Auf die Vertretung des Beschwerdeführers 1 entfallen somit Parteikosten von CHF 2768.60 (Honorar CHF 2500.–, Auslagen CHF 72.10, Mehrwertsteuer auf Honorar sowie auf Auslagen ohne Grundbuchgebühren CHF 196.50).

Für die Vertretung der Beschwerdeführenden 4 und 5 macht die Rechtsanwältin Parteikosten von CHF 2983.20 geltend (Honorar CHF 2687.50, Auslagen CHF 82.40, Mehrwertsteuer CHF 213.30).

³⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³⁸ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

³⁹ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

⁴⁰ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

Die Rechtsanwältin hat für den Beschwerdeführer 1 und für die Beschwerdeführenden 4 und 5 jeweils zwei separate Rechtsschriften eingereicht, die aber inhaltlich weitgehend übereinstimmen. Der für beide Vertretungen gebotene Zeitaufwand betrug daher nicht viel mehr als im Falle einer gemeinsamen Vertretung. Die zusammengerechneten Honorare (CHF 2500.– und CHF 2687.50) entsprechen einer Ausschöpfung des Tarifr Rahmens von rund 38 %. Dies ist mit Blick auf den gebotenen Zeitaufwand und die übrigen Bemessungskriterien nicht zu beanstanden. Zu weiteren Bemerkungen geben die Kostennoten nicht Anlass.

Die Beschwerdegegnerin hat demnach dem Beschwerdeführer 1 Parteikosten von CHF 2768.60 zu erstatten und den Beschwerdeführenden 4 und 5 Parteikosten von CHF 2983.20.

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführenden 2 und 3 wird nicht eingetreten. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 und die Beschwerde der Beschwerdeführenden 4 und 5 werden gutgeheissen. Der Gesamtentscheid des Regierungstatthalteramtes Interlaken-Oberhasli vom 25. April 2022 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 21. September 2021 mit Projektänderung vom 21. Januar 2022 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 2000.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von CHF 2620.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist das Regierungstatthalteramt Interlaken-Oberhasli zuständig.

3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer 1 Parteikosten im Betrag von CHF 2768.60 (inkl. Mehrwertsteuer) und den Beschwerdeführenden 4 und 5 Parteikosten im Betrag von CHF 2983.20 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin H. _____, eingeschrieben
- I. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Brienz, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Regierungstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, per E-Mail
- Kantonspolizei Bern, Fachstelle Lärmakustik, per E-Mail, zur Kenntnis

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 4 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.