



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2023/77

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 7. August 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

und

Einwohnergemeinde Thun, Tiefbauamt, Industriestrasse 2, Postfach 145, 3602 Thun
Beschwerdegegnerin

sowie

Regierungsstatthalteramt Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 11. April 2023 (eBau
Nummer 2022-9191 / 96497; Umnutzung 6 m² Verkehrsfläche für Aussensitzplätze)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 4. Juli 2022 ein Baugesuch datiert vom 30. Juni bzw. 4. Juli 2022 ein für die Umnutzung von 6 m² Verkehrsfläche für maximal 18 Aussensitzplätze auf dem kleinen Trottoir im B. _____-Gässli entlang der Südfassade des Gebäudes A. _____ auf Parzelle Thun Grundbuchblatt Nr. H. _____. Die Parzelle befindet sich im Altstadtgebiet A II. Gegen das Bauvorhaben erhob unter anderen der Beschwerdeführer Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 11. April 2023 erteilte das Regierungsstatthalteramt Thun die Baubewilligung.

2. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 10. Mai 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er beantragt die Aufhebung des Gesamtentscheids vom 11. April 2023 und die Erteilung des Bauabschlags. Eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zur vollständigen Abklärung des massgebenden Sachverhalts und Neuurteilung der Einsprachegründe zurückzuweisen. Er macht im Wesentlichen geltend, bereits die bestehenden Aussensitzplätze der F. _____ links und rechts der Ecke B. _____- /E. _____-Gässli würden für Probleme sorgen. Der Warenumschlag seines Betriebs finde auf

der Seite E. _____-Gässli statt. Da die Gäste der F. _____ der Meinung seien, er dürfe nicht durch das B. _____-Gässli fahren, werde er oft dabei behindert oder es werde ihm gar der Weg versperrt. Mit der erweiterten Aussenbestuhlung werde sich das Problem weiter verschärfen. Es bestehe zwar aufgrund der Handels- und Gewerbefreiheit ein bedingter Anspruch auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs, die Vorinstanz habe jedoch die entgegenstehenden Interessen falsch gewichtet. Es sei unzulässig, sämtliche einer Bewilligung entgegenstehenden Argumente einfach auf andere Verfahren zu verweisen.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Anschliessend gab es den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Von dieser Möglichkeit machte der Beschwerdeführer am 20. Juli 2023 Gebrauch. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

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 BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

b) 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). Der Beschwerdeführer hat sich zulässigerweise als Einsprecher am Baubewilligungsverfahren beteiligt (Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG). Da seine Einsprache abgewiesen wurde, ist er durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Koordination

a) Aufgrund einer Anfrage des neuen Betreibers der F. _____ für eine Erweiterung der Aussensitzplätze auf das kleine Trottoir auf der gegenüberliegenden Seite des Betriebs hat die Beschwerdegegnerin ein entsprechendes Baugesuch eingereicht. Die zur Benutzung vorgesehene Fläche befindet sich auf einer Parzelle, die als Verkehrsanlage ausgeschieden ist. Dabei handelt es sich um eine öffentliche Strasse im Sinn von Art. 4 SG⁴. Die vorgesehene Nutzung stellt nach Lehre und Rechtsprechung gesteigerten Gemeingebrauch dar.⁵ Dieser liegt vor, wenn die Benutzung einer öffentlichen Sache entweder nicht bestimmungsgemäss oder nicht

¹ 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)

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

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

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

⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 2274; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, N. 1415

gemeinverträglich ist.⁶ Nicht bestimmungsgemässer Gebrauch liegt vor, wenn die öffentliche Sache anders genutzt wird, als es sich aus der natürlichen Beschaffenheit ergibt oder es die Widmung vorsieht. Die Nutzung ist intensiver als beim schlichten Gemeingebrauch.⁷ Die Gemeinverträglichkeit fehlt, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung der Nutzung durch andere zum Gemeingebrauch berechnete Personen eintritt.⁸ Gesteigerter Gemeingebrauch ist bewilligungspflichtig. Die Notwendigkeit einer Bewilligungspflicht ergibt sich aus dem Erfordernis, zwischen den verschiedenen Nutzungsarten Prioritäten zu setzen und diese zu koordinieren. Es handelt sich um eine präventive Kontrolle. Sie soll es den Verwaltungsbehörden ermöglichen, den schlichten und den gesteigerten Gebrauch einer öffentlichen Sache so zu regeln, dass keine schwerwiegenden Konflikte entstehen.⁹ Die Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch einer öffentlichen Sache ist als Bewilligung sui generis von der Polizeierlaubnis oder der Konzession zu unterscheiden. Sie dient nicht oder nur mittelbar dem Schutz der Polizeigüter, sondern der Koordination und Prioritätensetzung zwischen verschiedenen Nutzungen der öffentlichen Sachen. Da gesteigerter Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen naturgemäss nur einem begrenzten Benutzerkreis und nur in beschränktem Ausmass möglich ist, muss die Behörde beim Entscheid darüber ob, wem und in welchem Umfang eine bestimmte Nutzung zu bewilligen ist, über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen.¹⁰ Die geplante Erweiterung der Aussensitzplätze für einen Gastgewerbebetrieb auf öffentlichem Grund bedarf somit nicht nur einer Baubewilligung, sondern auch einer Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch im Sinn von Art. 68 SG¹¹ bzw. eine Nutzungsbewilligung im Sinn von Art. 24 Abs. 2 Bst. c OPR¹². Die eine Bewilligung vermag die andere nicht zu ersetzen. Bei der Nutzungsbewilligung ist hauptsächlich die Abwägung und Koordination zwischen den verschiedenen Nutzungen des öffentlichen Grundes entscheidend. Das Baubewilligungsverfahren dient demgegenüber der Überprüfung eines Bauvorhabens auf dessen Übereinstimmung mit den einschlägigen bau- und umweltrechtlichen Bestimmungen.¹³

b) Das Gebot der Koordination von raumplanerischen und umweltrechtlichen Verfahren verlangt in materieller Hinsicht, dass die Rechtsanwendung inhaltlich abgestimmt wird, wenn für die Verwirklichung eines Projekts verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind und zwischen diesen Vorschriften ein derart enger Sachzusammenhang besteht, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewendet werden dürfen.¹⁴ In formeller Hinsicht folgt aus der Koordinationspflicht, dass dort, wo für die Errichtung oder Änderung einer Baute Verfügungen mehrerer Behörden nötig sind, eine Behörde zu bezeichnen ist, die für ausreichende Koordination zu sorgen hat (vgl. Art. 25a Abs. 1 RPG¹⁵). So sind unter anderem die Gesuchsunterlagen gemeinsam öffentlich aufzulegen und dürfen die Verfügungen keine Widersprüche enthalten (Art. 25a Abs. 2 Bst. b und Abs. 3 RPG). Die koordinierte Anwendung des materiellen Rechts wird am besten erreicht, wenn dafür eine einzige Behörde zuständig ist. Sind zur Beurteilung koordinationsbedürftiger Rechtsfragen erstinstanzlich verschiedene Behörden zuständig, müssen diese die Rechtsanwendung in einer Weise abstimmen, dass qualitativ ein gleichwertiges Koordinationsergebnis erzielt wird. Werden verschiedene Entscheide getrennt erlassen, müssen sie in einem einheitlichen Rechtsmittelverfahren angefochten werden können (formelle oder verfahrensmässige Koordination).¹⁶ Der bernische Gesetzgeber hat diese Grundsätze aufgenommen und weiter konkretisiert. Erfordern Bauten, Anlagen und Vorkehren (Vorhalben)

⁶ Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 2275

⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 2276

⁸ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 2278

⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 2285

¹⁰ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 2287

¹¹ Vgl. VGE 2011/128 vom 6. Juli 2011 E. 2.1 mit Hinweisen

¹² Ortspolizeireglement der Stadt Thun vom 15. Dezember 2022 (OPR)

¹³ Vgl. VGE 23396 vom 29. Januar 2009 E. 3.4; VGE 23406 vom 29. Januar 2009 E. 3.4

¹⁴ BGE 120 Ib 400 E. 5

¹⁵ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

¹⁶ BGE 122 II 81 E. 6d, 116 Ib 50E. 4b; BVR 2008 S. 360 E. 3.2

von mehreren Behörden Bewilligungen, Konzessionen, Zustimmungen oder Genehmigungen, werden die Verfahren von der Leitbehörde im Leitverfahren koordiniert, soweit die besondere Gesetzgebung die Anwendung dieses Gesetzes nicht ausdrücklich ausschliesst (Art. 1 Abs. 1 KoG). Wo dagegen ein Bauvorhaben allein aufgrund einer Baubewilligung ausgeführt werden kann, ohne dass weitere Bewilligungen erforderlich sind, besteht kein Koordinationsbedarf, selbst wenn gleichzeitig noch weitere Massnahmen getroffen werden sollten, die eigene Bewilligungen erfordern. Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht darauf an, ob die verschiedenen Verfahren koordinierbar sind, sondern ob Koordinationsbedarf besteht. Massgebend ist auch insoweit das Kriterium des hinreichend engen Sachzusammenhangs.¹⁷

c) Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, wird die Frage, ob die beabsichtigte Nutzung auf der öffentlichen Strasse zugelassen werden kann, abschliessend mit der Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch beantwortet.¹⁸ Die Realisierung der umstrittenen Aussenbestuhlung benötigt somit neben der Baubewilligung zusätzlich eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch. Fehlt diese Bewilligung, darf das Vorhaben nicht ausgeführt werden. Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung muss die Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch deshalb mit dem Baubewilligungsverfahren koordiniert werden. Die in den beiden Bewilligungsverfahren zu beurteilenden Aspekte überschneiden sich teilweise. Deshalb besteht zwischen ihnen ein enger Sachzusammenhang.¹⁹ Dadurch, dass die erforderliche Nutzungsbewilligung im vorinstanzlichen Verfahren nicht beurteilt wurde, ergibt sich zwangsläufig eine Verletzung des Koordinationsgebots. Dies stellt einen Verfahrensmangel dar, der sogar Grund für eine Kassation von Amtes wegen wäre.²⁰ Die Beschwerde ist deshalb begründet, soweit die Aufhebung des Gesamtentscheids und die Rückweisung beantragt wird.

d) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG²¹ entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Es ist nicht an der BVD als Beschwerdeinstanz, als erste Instanz zu prüfen, ob auch die Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch erteilt werden kann. Der Gesamtentscheid ist deshalb aufzuheben und die Akten sind an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird zusätzlich zu den bereits eingeholten Amts- und Fachberichten auch einen Amtsbericht mit Antrag und Begründung der zuständigen Stelle der Stadt Thun betreffend Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs im Sinn von Art. 68 SG einzuholen haben. Da das OPR die Bewilligungsvoraussetzungen nicht näher regelt, richten sich diese nach Art. 68 SG. Danach erteilt das zuständige Gemeinwesen die Bewilligung, wenn nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Die Bewilligung ist befristet und kann mit Auflagen und Bedingungen versehen werden (Art. 68 Abs. 2 SG). Der Amtsbericht der zuständigen Stelle der Stadt Thun wird sich deshalb insbesondere mit den entgegengesetzten öffentlichen oder privaten Interessen auseinanderzusetzen haben.

3. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.– bis CHF 4000.– erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2

¹⁷ Vgl. BVR 2008 S. 360E. 3.3, 2002 S. 443 E. 2a

¹⁸ Vgl. dazu BDE RA Nr. 110/2010/113 vom 28. Februar 2011 E. 4.e

¹⁹ Vgl. VGE 23396 vom 29. Januar 2009 E. 4.3; VGE 23406 vom 29. Januar 2009 E. 4.3

²⁰ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 2a N. 3a, mit weiteren Hinweisen

²¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

GebV²²). In Anwendung dieser Bestimmungen werden die Verfahrenskosten auf CHF 1000.– festgelegt.

Laut 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 rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.²³ Dementsprechend ist der Beschwerdeführer als vollständig obsiegend und die Beschwerdegegnerin als vollständig unterliegend zu betrachten. Die Verfahrenskosten trägt daher die Beschwerdegegnerin.

b) Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer die im Beschwerdeverfahren entstandenen Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegnerin hat somit dem Beschwerdeführer die Parteikosten von CHF 2301.50.– zu ersetzen.

III. Entscheid

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramtes Thun vom 11. April 2023 aufgehoben. Die Akten gehen zurück an das Regierungsstatthalteramt Thun zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten im Betrag von CHF 2301.50.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt D. _____, eingeschrieben
- Einwohnergemeinde Thun, Tiefbauamt, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

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

²³ BVR 2016 S. 222 E. 4.1

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei 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.