

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2019/63

Bern, 15. November 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin 1

B. _____
Beschwerdeführer 2

alle vertreten durch C. _____

und



D. _____
Beschwerdegegner

vertreten durch E. _____

sowie

F. _____

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Nydegasse 11/13, 3011 Bern

betreffend G. _____, Konzertanlass

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner reichte im Jahr 2004 bei der Gemeinde F. _____ ein nachträgliches Bau- und Ausnahmegesuch ein für den Ausbau und die Umnutzung des bestehenden Gebäudes G. _____ auf Parzelle F. _____ Grundbuchblatt Nr. H. _____ in einen Konzertsaal mit Gastgewerbebetrieb. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen die heutigen Beschwerdeführenden 1 und 2 Einsprache. Das Regierungsstatthalteramt Bern erteilte am 15. Juli 2005 die Gesamtbaubewilligung und sicherte eine Betriebsbewilligung A nach

GGG¹ zu. Auf Beschwerde hin hob die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) den Entscheid auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Regierungsstatthalteramt zurück.²

Das Regierungsstatthalteramt nahm in der Folge das Verfahren wieder auf. Mit Gesamtbauentscheid vom 30. November 2007 bewilligte es das Vorhaben mit Auflagen und sicherte eine Betriebsbewilligung A nach GGG zu. Die BVE bestätigte auf Beschwerde hin diesen Entscheid. Mit Urteil des Verwaltungsgerichts 2008/23375 vom 26. Juni 2009 wurde jedoch die Bewilligung aufgehoben und dem Vorhaben der Bauabschlag erteilt. Eine dagegen gerichtete Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 30. Juli 2010 ab, soweit es darauf eintrat.³

2. Mit Beschluss der Gemeindeversammlung vom 29. März 2010 revidierte die Gemeinde F._____ ihre Ortsplanung, wobei u.a. der Zonenplan und das Baureglement mit einer Kulturzone (G._____) ergänzt werden sollten. Mit Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion vom 21. Oktober 2014 wurde die vom AGR dafür erteilte Genehmigung aufgehoben.

3. Am 29. März 2016 reichte der Beschwerdegegner erneut ein nachträgliches Baugesuch ein, mit dem er um Bewilligung der Nutzung der G._____ als Hofladen, Restaurant (Besenbeiz) sowie Besprechungs- und Schulungsraum ersuchte und die Erteilung einer Betriebsbewilligung A nach GGG beantragte. Gegen das Bauvorhaben erhoben u.a. die heutigen Beschwerdeführenden Einsprache.

Mit Gesamtbauentscheid vom 12. Dezember 2016 erteilte das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland die Gesamtbaubewilligung und die gastgewerbliche Betriebsbewilligung A nach GGG. Für die Besenbeiz und den Besprechungs- und Schulungsraum erteilte das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24b RPG, welche mit dem Gesamtbauentscheid eröffnet wurde. Die BVE hiess die dagegen gerichtete Beschwerde mit BDE 110/2017/6 vom 30. Mai 2017 gut, hob den

¹ Gastgewerbegesetz vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11)

² BDE 110/2005/130 vom 10. Februar 2006

³ Urteil des Bundesgerichts 1C_376/2009 vom 30. Juli 2010

Gesamtbauentscheid und die Verfügung des AGR auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und neuer Entscheidung an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland zurück.

Das Regierungsstatthalteramt setzte daraufhin das Verfahren fort. Der Beschwerdegegner reichte neue Unterlagen zum Baugesuch ein, u.a. ein überarbeitetes Betriebskonzept vom 20. Juli 2017.⁴ In diesem wurde ausgeführt:

"Entgegen den Überlegungen in der Erstauflage des Betriebskonzepts wird auf die Organisation von Themenabenden mit Anmeldung und exklusive Anlässe verzichtet. Grundsätzlich ist die Besenbeiz öffentlich und im Rahmen der Kapazitäten für alle Gäste offen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Besenbeiz im Einzelfall durch geschlossene Gesellschaften benutzt werden wird, wobei der landwirtschaftliche Charakter der Besenbeiz beibehalten bleibt (z.B. für ein Geburtstagsfest). (...) Für allfällige Darbietungen der geschlossenen Gesellschaften (z.B. Reden oder Gesangsvorstellung) kann die Plattform benutzt werden. (...) Da diese Anlässe während der ordentlichen Öffnungszeiten nach GGG stattfinden und die Nachfrage völlig unklar ist, muss und kann über die maximale Anzahl pro Jahr keine konkrete Einschätzung vorgenommen werden".⁵

Die Beschwerdeführenden teilten mit, dass sie ihre Einsprache aufrechterhalten.⁶

Mit Gesamtbauentscheid vom 4. April 2018 erteilte das Regierungsstatthalteramt die Gesamtbaubewilligung. Mit seinem Entscheid eröffnete es die Verfügung des AGR vom 12. Februar 2018 (Vorakten pag. 577), mit welcher das AGR für den Besprechungs- und Schulungsraum und die "Besenbeiz" und die damit verbundenen baulichen Massnahmen die Ausnahmbewilligung nach Art. 24b RPG erteilte. Es knüpfte diese an verschiedene Auflagen, darunter insbesondere die Folgenden:

- Die "Besenbeiz" darf nur für die im revidierten Betriebskonzept vom 20. Juni 2017 beantragte Nutzung verwendet werden. Wird die "Besenbeiz" durch eine geschlossene Gesellschaft benutzt, so sind die anfallenden Arbeiten immer noch zum überwiegenden Teil von der Bewirtschafterfamilie zu leisten, d.h. kein fremdes Catering etc.
- Im Gebäude G._____ dürfen keine Anlässe wie z.B. Konzerte und Theater etc. durchgeführt werden."

⁴ Vorakten bbew 216/2016, pag. 491 ff.

⁵ Vorakten bbew 216/2016, pag. 477

⁶ Vorakten bbew 216/2016, pag. 525 ff.

Der Gesamtbauentscheid vom 4. April 2018 und die Ausnahmegewilligung des AGR vom 12. Februar 2018 erwachsen in Rechtskraft.

4. Am 26. August 2019 beantragten die Beschwerdeführenden 1 und 2 bei der Baupolizeibehörde der Gemeinde F._____, es sei als vorsorgliche Massnahme die Durchführung der geplanten Konzertveranstaltungen vom 7. und 8. November 2019 in der G._____ verzugslos zu untersagen. Die Gemeinde teilte ihnen mit Schreiben vom 17. September 2019 sinngemäss mit, dass diesem Antrag keine Folge gegeben werde. Zur Begründung führte sie an, das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland habe den fraglichen Konzertanlass mit Ticketverkauf und Werbung im Internet separat mittels einer gastgewerblichen Einzelbewilligung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. F GGG vom 5. August 2019 bewilligt. Die Bewilligung umfasse insgesamt drei Anlass-Tage, nämlich den 7., 8. und 9. November 2019.

5. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden 1 und 2 am 25. September 2019 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen die Untersagung der Konzerten am 7., 8. und 9. November 2019 in der G._____. Dieses Verbot sei als vorsorgliche Massnahme anzuordnen.

Die Beschwerdeführenden 1 und 2 haben zudem bei der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern (VOL) Beschwerde gegen die gastgewerbliche Einzelbewilligung vom 5. August 2019 eingereicht.

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁷, beteiligte das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am Verfahren und führte den Schriftenwechsel durch. Zudem holte es beim Regierungsstatthalteramt die Vorakten des Baubewilligungsverfahrens ein. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 10. Oktober 2019, dass die BVE mangels Zuständigkeit nicht auf die Beschwerde eintreten solle. Eventuell sei diese abzuweisen. Sie führt aus, im Jahr 2019 seien bereits 3 Anlässe mittels gastgewerblicher Einzelbewilligung bewilligt und ohne Reklamationen durchgeführt

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

worden. Das AGR stellt sich mit Stellungnahme vom 2. Oktober 2019 auf den Standpunkt, dass die streitige Veranstaltung der Baubewilligung vom 4. April 2018 widerspreche. Dies habe sie im erstinstanzlichen Verfahren auch der Gemeinde mitgeteilt. Der Beschwerdegegner stellt mit Beschwerdeantwort vom 4. Oktober 2019 keinen expliziten Antrag. Er weist darauf hin, dass ihm das Regierungsstatthalteramt eine gastgewerbliche Einzelbewilligung für die streitige Veranstaltung gewährt habe. Bei dieser handle es sich nicht um ein Konzert; die Künstlerin werde "unplugged", also ohne Band auftreten und werde nur einige wenige Lieder vortragen.

7. Mit Verfügung vom 14. Oktober 2019 teilte das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten mit, dass es gemäss summarischer Einschätzung des Rechtsamtes es der BVE verwehrt sei, im baupolizeilichen Beschwerdeverfahren vorsorgliche Massnahmen zur Unterbindung einer Veranstaltung zu erlassen, wenn ein Verfahren betreffend Erteilung einer gastgewerblichen Einzelbewilligung für diese Veranstaltung noch hängig sei oder wenn diese in Rechtskraft erwachse.

8. Mit Verfügung vom 28. Oktober 2019 wies die VOL das Begehren um Untersagung der Veranstaltungen vom 7., 8. und 9. November 2019 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ab, soweit sie darauf eintrat. Zudem entzog sie der Beschwerde gegen die gastgewerbliche Einzelbewilligung die aufschiebende Wirkung.

In der Hauptsache ist das Beschwerdeverfahren gegen die gastgewerbliche Einzelbewilligung vom 5. August 2019 noch bei der VOL hängig.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁸ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführenden fechten im vorliegenden Beschwerdeverfahren (zu Recht) nicht die gastgewerbliche Einzelbewilligung an – wofür die BVE nicht zuständig wäre –, sondern sinngemäss die Weigerung der Gemeinde, gegen die streitige Veranstaltung baupolizeilich einzuschreiten. Das Verweigern einer Verfügung ist dem Erlass einer Verfügung gleichgestellt und kann entsprechend angefochten werden.⁹ Für Rechtsverweigerungsbeschwerden gegen die Gemeinde ist die BVE zuständig.¹⁰ Teilt die Behörde, wie vorliegend, ihre Weigerung zum Handeln explizit mit, so muss die Rechtsverweigerung innert der 30-tägigen Beschwerdefrist gerügt werden.¹¹

b) Die Beschwerdeführenden sind Nachbarn des Beschwerdegegners. Sie sind als Anzeigerin und Anzeiger durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

c) Die Beschwerdeführenden beantragen die Untersagung der Veranstaltungen vom 7., 8. und 9. November 2019. Diese Termine liegen bereits in der Vergangenheit. Im Allgemeinen ist auf eine Beschwerde nur einzutreten, wenn die Beschwerdeführenden ein aktuelles Rechtsschutzinteresse haben. Auf das Erfordernis der Aktualität wird nach der Rechtsprechung jedoch verzichtet, wenn es um eine Frage grundsätzlicher Bedeutung geht, die sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen und wegen der Dauer des Verfahrens kaum je einer endgültigen Beurteilung zugeführt werden könnte.¹² Dies ist hier der Fall, da es um die grundsätzliche Frage geht, ob die Gemeinde gestützt auf die Auflagen des Gesamtbauentscheids vom 4. April 2018 bzw. der Verfügung

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

⁹ Art. 49 Abs. 2 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21); Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 67

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 49 N. 2, Art. 48 N. 3

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 72

¹² Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 25

des AGR vom 12. Februar 2018 gegen Veranstaltungen baupolizeilich einzuschreiten hat, wenn für diese eine gastgewerbliche Einzelbewilligung des Regierungsstatthalteramtes vorliegt. Diese Frage würde sich bei allfälligen künftigen Veranstaltungen jeweils wieder stellen. Dabei würde jeweils auch die Problematik des drohenden Verstreichens der Veranstaltungstermine wieder auftreten, zumal die Beschwerdeführenden nicht davon ausgehen dürfen, dass ihnen die Erteilung gastgewerblicher Einzelbewilligungen für geplante Veranstaltungen eröffnet oder mitgeteilt werden.

d) Da sich die baupolizeiliche Anzeige der Beschwerdeführenden gegen den Beschwerdegegner richtet und ihm die von der Veranstaltung betroffene Liegenschaft gehört, ist er notwendige Partei des Verfahrens, unabhängig davon, ob er im Beschwerdeverfahren Anträge stellt.

2. Rechtsverweigerung?

a) Nach Ansicht der Beschwerdeführenden hätte die Gemeinde gegen die Durchführung der streitigen Veranstaltungen baupolizeilich einschreiten müssen, weil damit gegen die Auflagen des Gesamtbauentscheids vom 4. April 2018 bzw. der Verfügung des AGR vom 12. Februar 2018 verstossen werde. Sie führen gegen die Verweigerung baupolizeilichen Einschreitens Beschwerde und haben im Beschwerdeverfahren die (vorsorgliche) Untersagung der fraglichen Veranstaltungen beantragt.

b) Das Verbot der Rechtsverweigerung wird verletzt, wenn die zuständige Behörde untätig bleibt, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Nach Art. 45 Abs. 2 Bst. b BauG hat die Baupolizeibehörde gegen eine widerrechtliche Bauausführung oder die nachträgliche Missachtung von Bauvorschriften, Bedingungen oder Auflagen einzuschreiten. Im Falle einer baupolizeilichen Anzeige hat sie zunächst zu prüfen, ob ein unrechtmässiger Zustand besteht.¹³ Bejaht sie dies, so hat sie Anordnungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu treffen. Insbesondere kann sie ein Benützungsverbot erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern (Art. 46 Abs. 1 BauG).

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 2

c) Aus dem Schreiben der Gemeinde vom 17. September 2019 geht hervor, dass die Gemeinde ihren baupolizeilichen Pflichten nachgekommen ist. Auf Anzeige der Beschwerdeführenden hin prüfte sie den rechtserheblichen Sachverhalt. Dabei ergab sich, dass für die streitigen Veranstaltungen eine gastgewerbliche Einzelbewilligung des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland vorlag.

Die Gemeinde hatte aus Zuständigkeitsgründen nicht zu prüfen, ob die vom Regierungsstatthalteramt ausgestellte gastgewerbliche Einzelbewilligung zu Recht oder zu Unrecht erteilt worden war. Mit dem Vorliegen der Einzelbewilligung war die Durchführung der streitigen Veranstaltungen formell rechtmässig. Ein baupolizeiliches Einschreiten verbot sich damit, da dieses die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit oder der Nutzung voraussetzt. Daran ändert nichts, dass gegen die vom Regierungsstatthalteramt gewährte Einzelbewilligung ein Beschwerdeverfahren bei der VOL hängig ist und diese somit noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Zur Überprüfung der vom Regierungsstatthalteramt erteilten gastgewerblichen Einzelbewilligung ist die VOL als Beschwerdebehörde zuständig. Diese Zuständigkeitsordnung durfte die Gemeinde nicht unterlaufen. Der Gemeinde war daher ein baupolizeiliches Einschreiten unabhängig von der materiellen Richtigkeit der gastgewerblichen Einzelbewilligung verwehrt.

Etwas anderes könnte höchstens gelten, wenn die vom Regierungsstatthalteramt erteilte gastgewerbliche Einzelbewilligung als geradezu nichtig betrachtet werden müsste. Zwar wirft die Situation in materieller Hinsicht gewisse Fragen auf. Die Zulässigkeit von Konzerten bildete Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens betreffend Umnutzung der G._____. Mit Gesamtbauentscheid vom 4. April 2018 bzw. mit der Ausnahmegewilligung des AGR vom 12. Februar 2018 wurde die Durchführung von Konzerten im Gebäude G._____ im Sinne einer Auflage explizit untersagt. Ob die Erteilung einer gastgewerblichen Einzelbewilligung rechtmässig ist, wird durch die VOL im dort hängigen Beschwerdeverfahren geprüft. Selbst wenn sich diese letztlich als unrechtmässig erweisen sollte, läge aber kein Nichtigkeitsgrund vor. Inhaltliche Mängel können nur ganz ausnahmsweise, in besonders schweren Fällen, mit der Nichtigkeitsfolge verbunden sein. Die Unwirksamkeit einer Verfügung wird angenommen, wenn ein Mangel sie geradezu wirkungslos, unsinnig oder unsittlich werden lässt.¹⁴ Solche Gründe liegen hier nicht vor. Die angeführten Zweifel an der materiellen Richtigkeit der gastgewerblichen

¹⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 60

Einzelbewilligung stellen keinen Nichtigkeitsgrund dar. Nichtigkeitsgründe könnten auch in schwerwiegenden Verfahrensfehlern oder der Unzuständigkeit der verfügenden Behörde liegen. Für solche formellen Mängel gibt es vorliegend keine Hinweise.

Damit bleibt es dabei, dass die Gemeinde die Durchführung der streitigen Veranstaltungen als formell rechtmässig betrachten durfte und musste und ihr daher ein baupolizeiliches Einschreiten verwehrt war.

d) Die Weigerung der Gemeinde, gegen die streitigen Veranstaltungen baupolizeilich einzuschreiten, stellt demnach keine Rechtsverweigerung dar.

Die BVE muss bzw. darf daher die Gemeinde nicht zu einem diesbezüglichen Tätigwerden anhalten und hatte bzw. hat auch selber im baupolizeilichen Beschwerdeverfahren keine entsprechenden – vorsorglichen oder endgültigen – Anordnungen zu treffen.

3. Zusammenfassung und Kosten

a) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Es sind weder gegen die Gemeinde noch gegen den Beschwerdegegner gerichtete Anordnungen zu treffen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁵).

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Der Beschwerdegegner hat im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt und auf die Einreichung einer Kostennote verzichtet. Daher sind ihm keine Parteikosten zuzusprechen.

¹⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- C._____, eingeschrieben
- E._____, eingeschrieben
- F._____, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier
- Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern, Rechtsabteilung, Münsterplatz 3a, 3011 Bern, per Kurier, zur Kenntnis

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

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 5 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.