



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2021/87

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 22. März 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer

und

D._____
Beschwerdegegnerin

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, Landorfstrasse 1, 3098 Köniz

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz vom 28. Oktober 2021
(ÜG 976; Aussenbewirtung, Sistierungsverfügung)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtbauentscheid vom 22. September 2009 erteilte das Regierungsstatthalteramt Bern (heute Bern-Mittelland) A._____, D._____, die nachträgliche Baubewilligung für die Nutzung des Gebäudes Nr. 30 als Brauerei und kleine Gastwirtschaft mit je 20 Sitzplätzen auf der Gartenterrasse und im Innenraum. Gleichzeitig sicherte das Regierungsstatthalteramt die Erteilung einer Betriebsbewilligung A nach GGG¹ zu. Diese umfasst als Auflagen unter anderem, dass die Musikbeschallung ausserhalb des Gebäudes ab 22.00 Uhr ausgeschaltet werden muss.² Die Beschwerdegegnerin sicherte im Baubewilligungsverfahren zu, dass mittels organisatorischer Vorkehren dafür gesorgt werde, dass ab 22.00 Uhr Lärmemissionen so weit als möglich vermieden würden.³

2. Mit Schreiben vom 27. August 2020 reichte der Beschwerdeführer beim Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland eine als «Lärmklage» bezeichnete baupolizeiliche Anzeige ein, welche das Regierungsstatthalteramt an die Gemeinde weiterleitete. Der

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

² Vorakten der Gemeinde Dossier Nr. 16470

³ Gesamtbauentscheid vom 22. September 2009 E. 3.2; Stellungnahme der D._____ vom 30. März 2009, Vorakten Dossier Nr. 16470 pag. 19

Beschwerdeführer rügte, dass vom Betrieb der Beschwerdegegnerin zunehmend übermässige Lärmimmissionen ausgingen, namentlich am Freitagabend. Regelmässig würden weit mehr als 20 Aussensitzplätze bewirtet. Der Aussenraum sei mit einer Ausschankanlage und zusätzlichen Sitzplätzen erweitert worden. Weitere Gäste würden im Stehen bewirtet, der Bierausschank im Freien erfolge bis weit nach 22 Uhr (oft nach Mitternacht). Die Zusage des Betreibers, durch organisatorische Vorkehren Lärmimmissionen ab 22.00 Uhr zu vermeiden, werde nicht eingehalten.

Am 15. September 2020 eröffnete das Bauinspektorat der Gemeinde ein baupolizeiliches Verfahren und gab der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese verwies unter anderem darauf, dass sie zur Kompensation der coronabedingten Einnahmeausfälle für alle Freitage über gastgewerbliche Einzelbewilligungen verfüge.

Am 9. Februar 2021 erkundigte sich der Beschwerdeführer per E-Mail beim Bauinspektorat nach dem Stand des Verfahrens und wünschte Einsicht in die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin und allfällig weiterer Akten. Das Bauinspektorat stellte dem Beschwerdeführer die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 29. September 2020 ohne Beilagen elektronisch zu und gab ihm Gelegenheit zu Schlussbemerkungen. Davon machte er mit Eingabe vom 2. März 2021 Gebrauch.

3. Mit Verfügung vom 28. Oktober 2021 sistierte das Bauinspektorat der Gemeinde das Verfahren betreffend Lärmklage. Zur Begründung führte die Gemeinde aus, dass die Beschwerdegegnerin ein Baugesuch für die Erweiterung der Anzahl Innen- und Aussensitzplätze samt Antrag auf Anpassung der bestehenden Betriebsbewilligung A nach GGG eingereicht habe. Das Baubewilligungsverfahren sei beim Regierungsstatthalteramt hängig.

4. Der Beschwerdeführer reichte am 22. November 2021 bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) Beschwerde gegen die Sistierungsverfügung ein. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

- «1. Die Lärmklage vom 27. August 2020 soll nicht wie verfügt sistiert werden. Das Bauinspektorat Köniz ist vielmehr gehalten, die Rahmenbedingungen gemäss nachträglichem Gesamtbauentscheid 16470 vom 22. September 2009 mit geeigneten Mitteln unverzüglich durchzusetzen. Darunter verstehen wir insbesondere, dass nicht mehr als 20 Aussensitzplätze als kleiner Gastgewerbebetrieb bewirtet werden und dass organisatorische Massnahmen die Nachtruhe ab 22 Uhr sicherstellen.
2. Die praktizierte Erteilung von unzähligen Einzelbewilligungen zur Umgehung dieser Rahmenbedingungen ist per sofort einzustellen.»

Der Beschwerdeführer rügt, die Gemeinde verschleppe das Verfahren und trage mit der Erteilung von gastgewerblichen Einzelbewilligungen dazu bei, dass der unrechtmässige Betrieb des Lokals mit seinen Lärmimmissionen dauerhaft verlängert werde. Die Lärmklage zielen auf die Einhaltung der höchstens 20 bewirteten Aussenplätze gemäss Gesamtbauentscheid von 2009. Die über 62 Aussensitzplätze und ein Mehrfaches an bewirteten Stehplätzen stünden in Widerspruch zum Gesamtbauentscheid.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁴, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Zugleich gab es dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland Gelegenheit zur Stellungnahme.

⁴ 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)

Das Regierungsstatthalteramt bestätigte mit Eingabe vom 6. Dezember 2021, dass ein Baubewilligungsverfahren in dieser Angelegenheit hängig sei (eBau Nummer 2021-5305).

Die Gemeinde äusserte sich mit Stellungnahme vom 15. Dezember 2021, ohne einen expliziten Antrag zu stellen. Sie verwies auf das hängige Baubewilligungsverfahren und erklärte, dass die Sistierung der Lärmklage aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll sei. Die gastgewerblichen Einzelbewilligungen seien der Beschwerdegegnerin vom Regierungsstatthalteramt und dem Polizeiinspektorat der Gemeinde ausgestellt worden. Sie dienten als Kompensation für die coronabedingten Einnahmeausfälle und zur Umsetzung der nötigen Abstandsvorschriften. Die Verzögerungen seien aufgrund der ausserordentlich hohen Arbeitslast entstanden. Von einer absichtlichen Verschleppung des Verfahrens könne keine Rede sein.

Die Beschwerdegegnerin nahm mit Beschwerdeantwort vom 14. Dezember 2021 Stellung, ebenfalls ohne einen expliziten Antrag zu stellen. Sie macht insbesondere geltend, die gültige Betriebsbewilligung entspreche nicht mehr den aktuellen Bedürfnissen, weshalb ein Baugesuch für deren Anpassung eingereicht worden sei. Zur Überbrückung seien ihnen für alle Freitage Einzelbewilligungen ausgestellt worden. Der Beschwerdeführer bleibe den Beweis schuldig, dass ihr Betrieb übermässigen Lärm verursache oder über die vereinbarte Betriebszeit hinausgehe. Von Seiten der Behörden seien ihnen nie Übertretungen angelastet worden.

6. Mit Verfügung vom 22. Dezember 2021 erwog das Rechtsamt, dass nicht die BVD, sondern die Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (WEU) zuständig sei für Beschwerden gegen gastgewerbliche Einzelbewilligungen. Das Rechtsamt ersuchte die zuständige Stelle des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland, dem Beschwerdeführer die allfälligen gastgewerblichen Einzelbewilligungen, welche der Beschwerdegegnerin für zukünftige Anlässe erteilt worden seien oder noch erteilt würden, mit Rechtsmittelbelehrung zu eröffnen.

7. Am 29. Dezember 2021 informierte das Regierungsstatthalteramt das Rechtsamt, dass der Gesamtbauentscheid zur Erweiterung der Anzahl Innen- und Aussensitzplätze am 24. Dezember 2021 ergangen sei.

8. Das Rechtsamt erwog mit Verfügung vom 26. Januar 2022, dass der Beschwerdeführer den Gesamtbauentscheid vom 24. Dezember 2021 bei der BVD angefochten habe und insbesondere Rügen zu den Lärmimmissionen vorbringe. Es gab dem Beschwerdeführer Gelegenheit, sich zur Erledigung des vorliegenden Verfahrens zu äussern. Der Beschwerdeführer teilte mit Eingabe vom 3. Februar 2022 mit, er halte an seiner Beschwerde fest. Die übrigen Beteiligten liessen sich dazu nicht vernehmen.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzung

a) Die angefochtene Sistierungsverfügung erging in einem baupolizeilichen Verfahren nach Art. 46 BauG⁵. Es handelt sich um eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 Bst. c

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

VRPG⁶. Zwischenverfügungen unterliegen dem gleichen Rechtsmittel wie die Verfügung in der Hauptsache.⁷ Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zuständig. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht.

b) Als Anzeiger kann der Beschwerdeführer Parteistellung im baupolizeilichen Verfahren beanspruchen (vgl. Art. 46 BauG), sofern die weiteren Legitimationsvoraussetzungen gegeben sind (Art. 65 VRPG). Der Beschwerdeführer wohnt am Hang oberhalb des Standorts der Gastwirtschaft in einer Entfernung von rund 65 m Luftlinie. Die Beziehungsnähe zum Vorhaben ist gegeben, zumal es sich um Lärmimmissionen handelt, bei denen die Legitimation in einem weiteren Umkreis gegeben sein kann. Damit auf eine Beschwerde eingetreten werden kann, genügt es nicht, dass der Beschwerdeführer als Nachbar besonders berührt ist (Art. 65 Abs. 1 Bst. b VRPG). Art. 65 Abs. 1 Bst. c VRPG setzt weiter voraus, dass ein schutzwürdiges, das heisst auch ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung besteht. Diese Voraussetzung muss nicht nur im Zeitpunkt der Anfechtung gegeben sein, sondern auch im Zeitpunkt des Entscheids. Mit anderen Worten muss ein allfällig günstiger Entscheid für die beschwerdeführende Person noch von praktischem Nutzen sein.⁸

c) In seiner Stellungnahme zur Verfahrenserledigung teilte der Beschwerdeführer mit, bei Einhaltung der 20 Sitzplätze gemäss Betriebsbewilligung A vom 1. Juli 2013 und des Gesamtbauentscheids vom 22. September 2009 wären die Belastungsgrenzwerte nach LSV bei seiner Liegenschaft eingehalten. Weiter führte er aus: «Es geht also primär nicht darum, die Lärmsituation zu beurteilen, sondern den Betrieb des Lokals nach geltenden Bewilligungen und Vorschriften endlich durchzusetzen und dadurch unserem, aktuell nicht erfüllten, schützenswerten Interesse nachzukommen. Das Wegfallen von Einzelbewilligungen alleine ist offensichtlich noch nicht zielführend. Obwohl unseres Wissens keine weiteren Einzelbewilligungen mehr ausgestellt wurden, wird das Lokal als Biergarten weiterbetrieben. (...) Unsere initiale Eingabe bei der Gemeinde Köniz datiert vom 27. August 2020, als noch kein Baugesuch vorlag. Sie wurde trotz mehrmaligem Nachfragen bis zur Sistierung am 28. Oktober 2021 nicht bearbeitet.» Die am 24. Dezember 2021 erteilte Baubewilligung für die Erweiterung der Aussensitzplätze wurde aufgrund der Beschwerde nicht rechtskräftig. Der Beschwerdeführer rügt, dass die nach wie vor geltende Baubewilligung vom 22. September 2009 weiterhin überschritten werde und dass dies zu übermässigen Lärmimmissionen führe. Es steht somit immer noch die Rüge im Raum, es bestehe ein baupolizeilich unrechtmässiger Zustand und die Gemeinde bleibe untätig. Das aktuelle und praktische Interesse an einem Entscheid ist gegeben, unbesehen darum, dass bei der BVD auch das Beschwerdeverfahren gegen den Gesamtbauentscheid für die Erweiterung der Innen- und Aussensitzplätze der Gastwirtschaft hängig ist (BVD 110/2022/8).

d) Eine Sistierungsverfügung schliesst das Verfahren nicht ab. Als Zwischenverfügung ist sie nur selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil verursacht (vgl. Art. 61 Abs. 3 VRPG). Lärmimmissionen lassen sich nicht rückgängig machen. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil ist daher zu bejahen. Auf die Beschwerde gegen die Sistierungsverfügung ist grundsätzlich einzutreten.

e) Nicht einzutreten ist, soweit der Beschwerdeführer beantragt, es seien keine weiteren gastgewerblichen Einzelbewilligungen auszustellen. Diese wurden weder von der Vorinstanz (Baupolizeibehörde der Gemeinde) erteilt, noch wäre die BVD zuständig zur Beurteilung von

⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁷ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 15

⁸ Michael Pflüger, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 65 N. 18

Beschwerden gegen separat erteilte gastgewerbliche Einzelbewilligungen. Diese müssten bei der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (WEU) angefochten werden (Art. 48 GGG).

f) Angefochten ist eine Sistierungsverfügung. Im vorliegenden Verfahren ist daher nur zu beurteilen, ob die Baupolizeibehörde der Gemeinde das baupolizeiliche Verfahren zu recht einstweilen eingestellt hat. Ob und inwiefern die geltende Baubewilligung überschritten wird, ist nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens. Auf diese Vorbringen kann nicht eingetreten werden.

2. Rechtsverzögerung

a) Das Verbot der Rechtsverzögerung wird verletzt, wenn die Behörde untätig bleibt, oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Was noch als angemessene Frist für das Tätigwerden erscheint, beurteilt sich nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände.⁹ Die umstrittene Sistierung betrifft ein baupolizeiliches Verfahren. Eine ungerechtfertigte Sistierung des baupolizeilichen Verfahrens bedeutet gleichzeitig eine Rechtsverzögerung.¹⁰ Der Beschwerdeführer rügte sowohl in seiner baupolizeilichen Anzeige als auch in seiner letzten Stellungnahme an die BVD, dass die übermässigen Lärmimmissionen davon herrührten, dass die bewilligte Anzahl Aussenplätze der Gastwirtschaft überschritten werde. Wird eine baupolizeiliche Anzeige eingereicht, mit der geltend gemacht wird, die Baubewilligung werde überschritten, hat die Baupolizeibehörde der Gemeinde den Sachverhalt abzuklären. Wenn ein unrechtmässiger Zustand besteht, muss sie die zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erforderlichen Massnahmen anordnen (Art. 46 BauG). Es besteht ein öffentliches Interesse daran, dass baupolizeiliche Verfahren ohne Verzug geführt werden.

b) Nach der baupolizeilichen Anzeige vom 27. August 2020 forderte die Gemeinde die Beschwerdegegnerin zur Stellungnahme auf. Diese wurde dem Beschwerdeführer jedoch erst am 11. Februar 2021 zugestellt, nachdem er sich selber nach dem Stand des Verfahrens erkundigt hatte. Zwischen der Anzeige und der Zustellung der Stellungnahme vergingen gut fünf Monate, was deutlich zu lang ist. Nachdem der Beschwerdeführer am 2. März 2021 Schlussbemerkungen eingereicht hatte, vergingen erneut über sieben Monate, bis das Bauinspektorat die angefochtene Sistierungsverfügung erliess. Die Gemeinde liess demnach jeweils mehrere Monate zwischen den einzelnen Verfahrensschritten verstreichen. Der Vorwurf der Rechtsverzögerung ist begründet. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdegegnerin in dieser Zeit für die Anlässe am Freitag über gastgewerbliche Einzelbewilligungen verfügte. Davon erhielt der Beschwerdeführer erst mit der am 11. Februar 2021 zugestellten Stellungnahme der Beschwerdegegnerin Kenntnis; die Gemeinde hatte ihn nicht informiert, dass das Regierungsstatthalteramt der Beschwerdegegnerin für die Freitagsanlässe jeweils Einzelbewilligungen erteilte.

3. Sistierung

a) Nach Art. 38 VRPG kann die instruierende Behörde von Amtes wegen oder auf Antrag das Verfahren unter anderem dann sistieren, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn im andern Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist.

⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 1045 f. mit Hinweisen

¹⁰ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 38 N. 24

b) Die Erweiterung der Innen- und Aussensitzplätze für den Gastgewerbebetrieb ist Gegenstand des Baugesuchs der Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 2021. Das Beschwerdeverfahren gegen den Gesamtbauentscheid von 24. Dezember 2021 ist bei der BVD hängig. Solange die Erweiterung der Sitzplätze nicht rechtskräftig bewilligt ist, darf die beantragte Betriebserweiterung nicht ausgeübt werden (vgl. Art. 1a Abs. 3 BauG). Es ist Sache der Baupolizeibehörde abzuklären, ob der «Biergarten» – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht – in einem unbewilligten Umfang weiterbetrieben wird. Im gegebenen Fall hat sie die erforderlichen baupolizeilichen Massnahmen zu verfügen. Der noch ausstehende Beschwerdeentscheid über das Bauvorhaben wirkt sich nicht auf das Baupolizeiverfahren aus. Eine allfällige Bestätigung der Baubewilligung würde die Erweiterung der gastgewerblich genutzten Aussenfläche mit zusätzlichen Plätzen für die Zukunft erlauben, nicht aber rückwirkend. Es besteht daher ein öffentliches Interesse, dass das baupolizeiliche Verfahren zügig weitergeführt wird. Die Verfahrenseinstellung ist nicht gerechtfertigt. Die Sistierungsverfügung ist aufzuheben. Das baupolizeiliche Verfahren ist fortzusetzen.

4. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹¹). 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). Grundsätzlich unterliegt die Beschwerdegegnerin. Die Rechtsverzögerung und die ungerechtfertigte Sistierung sind jedoch der Gemeinde anzulasten und stellen besondere Umstände dar. Die Gemeinde ist nicht in Vermögensinteressen betroffen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG).

b) Der Beschwerdeführer war nicht anwaltlich vertreten. Er hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Köniz vom 28. Oktober 2021 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Herrn C._____, eingeschrieben
- D._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Zwischenentscheid 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 vier 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.