



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2024/12

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 14. Oktober 2024

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D._____

und

E._____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte

sowie

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz vom 22. März 2024 (eBau-Nummer A._____; Benützungsverbot (Sitz- und Stehmöglichkeiten) im Aussenbereich)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin betreibt auf der Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. G._____ im Gebäude C._____ eine kleine Brauerei und einen Gastwirtschaftsbetrieb. Die Parzelle liegt in der Zone mit Planungspflicht (ZPP) B._____ und ist der Empfindlichkeitsstufe ES III zugeordnet.

2. Mit nachträglichem Gesamtentscheid vom 22. September 2009 erteilte des Regierungsratsstatthalteramt Bern (heute: Regierungsratsstatthalteramt Bern-Mittelland) die Baubewilligung für die Nutzung des Gebäudes C._____ als Brauerei und kleine Gastwirtschaft mit je 20 Aussen- und Innensitzplätzen und sicherte die entsprechende Betriebsbewilligung A nach Gastgewerbegesetz (GGG)¹ zu. Die gastgewerbliche Betriebsbewilligung datiert vom 10. November 2009.

3. Am 22. Juni 2021 reichte die Beschwerdeführerin bei der Gemeinde Köniz ein Baugesuch ein für die Erweiterung der Anzahl Innen- und Aussensitzplätze und die Anpassung der gastgewerblichen Betriebsbewilligung A. Geplant waren insgesamt 21 Plätze im Dachgeschoss,

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

30 Plätze im Gastraum im Obergeschoss und 20 Sitzplätze auf der offenen Laube. Vor und neben dem Gebäude sowie bei der Feuerstelle waren 91 Plätze vorgesehen (46 fixe Sitzplätze, 20 flexible Sitzplätze und 25 flexible Stehplätze). Im Aussenbereich (Laube und Vorplätze) sollten demnach total 111 Sitz- und Stehplätze entstehen.

Mit Gesamtentscheid vom 24. Dezember 2021 bewilligte das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland die geplante Erweiterung der Innen- und Aussensitzplätze. Die Baubewilligung beinhaltete eine gastgewerbliche Nutzung. Die Erteilung einer Betriebsbewilligung für einen öffentlichen Gastgewerbebetrieb mit Alkoholausschank (Art. 6 Abs. A GGG) wurde nach Rechtskraft der Baubewilligung in Aussicht gestellt.

Die dagegen erhobene Beschwerde hiess die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) mit Entscheid vom 16. September 2022 teilweise gut und hob den Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 24. Dezember 2021 teilweise auf. Der Erweiterung der Aussensitzplätze und insoweit der Bewilligung der gastgewerblichen Nutzung wurde der Bauabschlag erteilt. Im Übrigen blieb der Gesamtentscheid vom 24. Dezember 2021 bestehen.

4. Am 8. Mai 2023 ging bei der Gemeinde Köniz eine baupolizeiliche Anzeige gegen die Beschwerdeführerin ein. Gerügt wurde, dass die bereits vor Einreichung des Baugesuchs widerrechtlich erstellten und vom Bauabschlag betroffenen Aussensitzplätze bis dato nicht zurückgebaut worden seien (Tische, Sitzbänke, Feuerstelle etc.) und weiterhin dauerhaft betrieben würden.

Die Gemeinde eröffnete am 18. Juli 2023 ein baupolizeiliches Verfahren und gab der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit Schreiben vom 31. Juli 2023 nahm die Beschwerdeführerin Stellung. Am 8. Dezember 2023 führte die Gemeinde Köniz vor Ort einen unangekündigten Augenschein durch. Anlässlich des Augenscheins stellte die Gemeinde fest, dass im Aussenbereich mehr als 20 Aussensitzplätze zur Nutzung zur Verfügung stünden. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 22. Januar 2024 holte die Gemeinde eine Stellungnahme des Dienstzweigs Polizeiinspektorat Köniz ein. Das Polizeiinspektorat Köniz nahm mit Schreiben vom 6. Februar 2024 Stellung. Darin führte es aus, bei Kontrollen seien draussen nicht mehr als die mittels Betriebsbewilligung oder Einzelbewilligung bewilligten Sitz- respektive Stehplätze bewirtet worden. Zudem stellte es erneute gastgewerbliche Kontrollen in Aussicht. Die Gemeinde stellte den Verfahrensbeteiligten mit verfahrensleitender Verfügung vom 15. Februar 2024 die Eingaben zu und gab ihnen Gelegenheit eine Stellungnahme einzureichen. Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin ging am 22. Februar 2024 bei der Gemeinde ein.

Am 22. März 2024 erliess die Gemeinde eine Wiederherstellungsverfügung in dieser Sache mit folgendem Inhalt:

- 3.1 Für die C._____, wird eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet, dies in Form eines dauerhaften Benützungsverbots: Die C._____ hat mit geeigneten Massnahmen dafür zu sorgen, dass spätestens ab dem 1. Mai 2024 keinerlei Sitz- oder Stehmöglichkeiten im Aussenbereich (Stühle, Tische, sonstige Plätze wie Steine um eine Feuerstelle) benützt werden, mit Ausnahme der früher bewilligten 20 Aussenplätze.
- 3.2 Die Bauherrschaft hat die Gelegenheit, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vorliegenden Verfügung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einzureichen.
- 3.3 Die Kosten dieser Verfügung betragen CHF 400.00 und werden der C._____ auferlegt (Art. 51 Dekret über das Baubewilligungsverfahren BewD sowie Art. 13 des Gebührenreglements für das Baubewilligungsverfahren in der Gemeinde Köniz).

Die Beschwerdeführerin verzichtete auf die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs.

5. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 16. April 2024 Beschwerde bei der BVD ein. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung des Bauinspektorats der Gemeinde Köniz vom 22. März 2024.

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Gleichzeitig gab es dem Anzeiger Gelegenheit zur Beteiligung am Beschwerdeverfahren und beteiligte die Grundeigentümerin der Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. G. _____ von Amtes wegen am Verfahren. Die Gemeinde Köniz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 8. Mai 2024 die Abweisung der Beschwerde. Der Anzeiger hat stillschweigend auf die Beteiligung am Verfahren verzichtet. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte äusserte sich nicht.

7. Mit Verfügung vom 3. September 2024 gab das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Einreichung einer allfälligen Stellungnahme. Davon machte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. September 2024 Gebrauch. Ansonsten gingen keine Stellungnahmen ein.

8. Auf die Rechtsschriften und die vorhandenen Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Verfügungsadressat

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, Verfügungsadressat einer Wiederherstellungsverfügung sei gestützt auf den Wortlaut von Art. 46 Abs. 2 BauG zwingend immer der Grundeigentümer oder der Baurechtsinhaber.

b) Die Wiederherstellungsverfügung ist grundsätzlich an die Person zu richten, die über das Grundeigentum oder ein Baurecht verfügt (Art. 46 Abs. 2 BauG). Diese Regelung ist auf den Normalfall zugeschnitten, in dem die widerrechtlich handelnde Bauherrschaft (Verhaltensstörerin) zugleich Grundeigentümerin (Zustandsstörerin) ist. Fallen Grundeigentum und Bauherrschaft auseinander, so kann sich die Wiederherstellungsverfügung auch an die Bauherrschaft richten, die als Verhaltensstörerin den ordnungswidrigen Zustand bewirkt und in erster Linie für die Beseitigung der Störung einzutreten hat. In solchen Fällen ist die Verfügung zwar regelmässig auch an die Grundeigentümerin oder den Grundeigentümer zu richten, es sei denn, es handle sich um die Gemeinde selber. Damit wird eine allfällige Zwangsvollstreckung sichergestellt, die ohne förmli-

² 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).

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

chen Beizug der Grundeigentümerin oder des Grundeigentümers ausgeschlossen wäre. Indes ist eine Verfügung nicht rechtswidrig oder gar nichtig, wenn sie nur einem Störer oder einer Störerin eröffnet wurde; allenfalls bedarf es aber einer weiteren Verfügung an die übrigen Störenden, damit die Verfügung durchgesetzt werden kann.⁴

c) Die Gemeinde verpflichtet die Beschwerdeführerin und damit die Verhaltensstörerin zur Vornahme der angefochtenen Wiederherstellungsmassnahme. Richtigerweise hätte die Gemeinde auch die Grundeigentümerin der Parzelle Köniz Grundbuchblatt Nr. G._____ am baupolizeilichen Verfahren beteiligten müssen, da sich der Betrieb der Beschwerdeführerin auf ihrem Grundstück befindet. Das Rechtsamt hat deshalb die Grundeigentümerin von Amtes wegen am Verfahren beteiligt und ihr Gelegenheit gegeben, sich zur Sache zu äussern. Damit wird dieser Entscheid auch für sie verbindlich.

3. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin merkt an, der angefochtenen Verfügung könne nicht entnommen werden, gestützt auf welche gesetzliche Grundlage sie im «Aussenbereich» Dritte vom Picknicken abhalten solle. Das rechtliche Gehör werde dadurch verletzt. Dritte könnten im «Aussenbereich» auch Stühle aufstellen und dort auch nicht bei ihr erworbene Getränke konsumieren.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG⁵). 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. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.⁶

c) Mit der angefochtenen Verfügung vom 22. März 2024 wird der Beschwerdeführerin lediglich die Nutzung von Aussensitz- und Aussenstehplätzen verboten, die nicht Teil der Baubewilligung vom 22. September 2009 sind. Eine Verpflichtung, Dritte vom Picknicken abzuhalten, ist nicht Bestandteil der Wiederherstellungsverfügung. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt daher nicht vor und die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, rechtliche Grundlagen

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt (sog. formelle Rechtswidrigkeit) setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (vgl. Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, gelten grundsätzlich als nicht bewilligt bzw. formell rechts-

⁴ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 12.

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

⁶ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7; vgl. auch BGE 140 II 262 E. 6.2.

widrig. Es ist Sache der Bauherrschaft, diese Vermutung zu zerstören. Ihr obliegt die Beweislast für das Vorhandensein einer Baubewilligung.⁷

b) Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist.⁸ Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen sie gebieten.⁹ Es wird allgemein vorausgesetzt, dass die Baubewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist.¹⁰ Bei bösem Glauben (im baurechtlichen Sinn) der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung nur verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder sonst wie unverhältnismässig wäre.¹¹ Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, sachlich, räumlich, zeitlich und personell nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist (Erforderlichkeit) und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht (Zumutbarkeit). Auch die Wiederherstellungsfrist muss verhältnismässig sein. Sie ist so zu bemessen, dass die pflichtige Person nach allgemeiner Erfahrung ihre Pflicht bis zum Ablauf der Frist erfüllen kann.¹²

c) Die Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sind genau zu bezeichnen. Bauten und Teile von Bauten, die ohne Bewilligung errichtet wurden und nicht bewilligungsfähig sind, sind grundsätzlich zu beseitigen. Ein blosses Benützungsverbot genügt häufig nicht, da ein solches auf Dauer meist nur mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand kontrollierbar und durchsetzbar ist. So ist z.B. bei der illegalen Nutzung einer Fläche als Parkplatz ein blosses Benützungsverbot wegen des grossen Kontrollaufwandes ungeeignet; geeignet ist dagegen ein Absperren durch grosse Steine oder Betonelemente. Es sind womöglich immer objektive Tatsachen zu schaffen, welche die rechtswidrige Nutzung verunmöglichen oder jedenfalls erheblich erschweren. Ein reines Benützungsverbot kann unter Umständen genügen, wenn daran kontrollier- und durchsetzbare Sicherungsmassnahmen gekoppelt werden (z.B. gewisse Meldepflichten).¹³

d) Gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG wird die Wiederherstellungsverfügung aufgeschoben, wenn der Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht. Versäumt es die Bauherrschaft ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, so ist der Anspruch auf materielle Prüfung der Baurechtskonformität grundsätzlich verwirkt. In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird, hat die Rechtsmittelbehörde wenigstens summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte oder ob es materiell rechtswidrig ist.

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. c.

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9a.

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. a.

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. a/bb.

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. e.

¹² Vgl. zum Ganzen BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9c.

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 10 f.

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts wäre es unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen.¹⁴

e) Als Wiederherstellungsmassnahme im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BauG kann, wie vorliegend von der Gemeinde Köniz verfügt, ein definitives Benützungsverbot erlassen werden, wenn (zumindest gestützt auf eine summarische Prüfung) feststeht, dass die zu verbietende Nutzung nicht bewilligungsfähig ist. Wie jede Wiederherstellungsmassnahme muss auch das Benützungsverbot verhältnismässig sein.¹⁵ Zudem braucht es eine angemessene Frist zur Umsetzung des Benützungsverbots.¹⁶

5. Benützungsverbot

a) Die Beschwerdeführerin beanstandet das Vorliegen eines Wiederherstellungsgrunds. Diesbezüglich hält sie fest, sie habe auf dem in ihrem Machtbereich liegenden Grundstück/Aussenbereich jeweils nicht mehr als die mit der Baubewilligung vom 22. September 2009 genehmigten Aussenplätze bewirtschaftet, wie dies etwa auch durch die Stellungnahme zu den Aussensitzplätzen des Bauinspektorats Köniz vom 6. Februar 2024 selbst bestätigt werde. Gemäss den genehmigten Plänen seien im Aussenbereich keine vordefinierten Plätze vorgesehen. Sofern nicht mehr als 20 Gäste im überdachten «Biergarten» bewirtet würden, entspreche dies der Baubewilligung vom 22. September 2009. Es würden von der Vorinstanz keinerlei Verletzungen nachgewiesen oder Belege für mögliche Verstösse oder Überschreitungen der Baubewilligung aus dem Jahr 2009 ins Recht gelegt. Auch bei früheren Kontrollen des Bauinspektorats hätten sich offensichtlich keine solche Erkenntnisse ergeben. Allein der Umstand, dass es ausserhalb des Mietobjekts allenfalls andere Sitzmöglichkeiten gebe, genüge nicht als Grundlage für eine Wiederherstellungsverfügung mit einem dauerhaften Benützungsverbot. Eine Wiederherstellungsverfügung bedinge immer einen widerrechtlichen Zustand. In ihrer Stellungnahme vom 17. September 2024 bringt die Beschwerdeführerin weiter vor, es könne nicht angehen, dass die Gemeinde in Bezug auf die Massnahmen von einer Nutzungsfläche inklusive «Aussenbereich» mit Feuerstelle ausgehe, eine Verfügungsbefugnis der Beschwerdeführerin darauf stütze und diese gleichzeitig verneine, indem sie ausführe, dass sich ihre Gäste gar nicht dort aufhalten dürften. Die von der ihr gemietete Fläche umfasse nachweisbar weder den «Aussenbereich» noch die Feuerstelle.

b) Der Beschwerdeführerin wurde mit nachträglichem Gesamtentscheid vom 22. September 2009 die Baubewilligung für die Nutzung des Gebäudes C. _____ als Brauerei und kleine Gastwirtschaft mit je 20 Aussen- und Innensitzplätzen erteilt.¹⁷ Mit Baugesuch vom 22. Juni 2021 ersuchte die Beschwerdeführerin unter anderem um Erweiterung der Aussensitzplätze.¹⁸ Diesem Vorhaben wurde zunächst die Baubewilligung erteilt. Auf Beschwerde hin hob die BVD mit Entscheid vom 16. September 2022 die Baubewilligung bezüglich der Aussensitzplätze auf und erteilte den Bauabschlag.¹⁹ Entsprechend sind für den Betrieb der Beschwerdeführerin lediglich 20 Aussensitzplätze bewilligt. Anders als die Beschwerdeführerin meint, bezieht sich dies nicht auf die Anzahl Gäste, die bewirtet werden dürfen, sondern auf die Anzahl Sitzplätze, die draussen aufgestellt werden dürfen.

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 15a.

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 10 mit Hinweisen.

¹⁶ Heidi Walther, Das Rechtsamt kommentiert aktuelle Entscheide, Das baupolizeiliche Benützungsverbot/Teil II, in KPG-Bulletin 5/1992 S. 33.

¹⁷ Nachträglicher Gesamtbauentscheid vom 22. September 2009, pag. 53 ff. der Akten Baugesuchs Nr. 16470.

¹⁸ Vgl. Übersichtsplan/Grundriss im Massstab 1:200 vom 1. Dezember 2020, pag. 3 der Akten Baugesuchs Nr. 19659.

¹⁹ Vgl. BDE 110/2022/8 vom 16. September 2022.

Den anlässlich des unangekündigten Augenscheins vom 8. Dezember 2023 erstellten Fotos lässt sich entnehmen, dass auf der Laube im Obergeschoss 17 Sitzplätze bestehen. Die zwei zusammengeklappten Stühle an der Wand neben der Tür deuten darauf hin, dass die Anzahl der Sitzplätze auf 19 erhöht werden kann.²⁰ Gemäss eigenen Angaben der Beschwerdeführerin bestehen auf der Laube im Obergeschoss sogar insgesamt 20 Sitzmöglichkeiten.²¹ Zudem stehen auf dem gedeckten Platz im Erdgeschoss (überdachter Biergarten) drei zugedeckte Festbänke. Bis auf die schneebedeckten Sitzplätze um die Feuerstelle herum sind keine weiteren Sitzplätze vorhanden.²² Sodann stellte das Polizeiinspektorat Köniz anlässlich von Kontrollen fest, dass draussen nicht mehr als die mittels Betriebsbewilligung oder Einzelbewilligung bewilligten Sitz- respektive Stehplätze bewirtet worden sind.²³

c) Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin in der Stellungnahme vom 20. März 2024 sind die mit Baubewilligung vom 22. September 2009 bewilligten Aussensitzplätze auf der Laube im Obergeschoss verortet.²⁴ Demgemäss wird mit den drei Festbänken im überdachten Biergarten, die Sitzmöglichkeiten für 30 Personen bieten²⁵, die bewilligte Anzahl Aussensitzplätze überschritten. Insofern stellen die drei Festbänke im überdachten Biergarten einen unrechtmässigen Zustand gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG dar. Ein weitergehender unrechtmässiger Zustand kann jedoch nicht festgestellt werden. Weder sind sonstige Sitz- sowie Stehplätze im Aussenbereich erkennbar, noch kann der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Nutzung der Feuerstelle als Aussensitzplätze nachgewiesen werden. Die Feuerstelle steht auch nicht im Eigentum der Beschwerdeführerin und gehört auch nicht zum von der Beschwerdeführerin gemieteten Gebäude. Die Feuerstelle kann von sämtlichen Mieterinnen und Mietern des H. _____ nach Absprache mit der Grundeigentümerin oder der Liegenschaftsverwaltung gemietet und genutzt werden.²⁶

Damit kann festgehalten werden, dass die drei Festbänke im überdachten Biergarten formell rechtswidrig sind, im Übrigen jedoch kein unrechtmässiger Zustand vorliegt. Somit ist die Verfügung der Gemeinde Köniz in Bezug auf die Feuerstelle und die sonstigen Sitz- sowie Stehplätze im Aussenbereich aufzuheben.

d) Nach der Praxis der BVD kommt ein Verzicht auf die Wiederherstellung nur dann in Betracht, wenn es offensichtlich klar ist, dass die getätigten Arbeiten bewilligungsfähig wären.²⁷ Die im Rahmen der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung vorzunehmende summarische Prüfung der materiellen Bewilligungsfähigkeit hat zudem gestützt auf die vorhandenen Akten ohne Vornahme weiterer Beweismassnahmen zu erfolgen. Die einlässliche Prüfung des Bauvorhabens aufgrund der einschlägigen Vorschriften und seine Bewilligung nach Massgabe des Ergebnisses übersteigen den Rahmen einer summarischen Prüfung und ist nicht Sache der Beschwerdeinstanz. Dies kann nur im Rahmen eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens erfolgen.²⁸

Beim Betrieb der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine ortsfeste Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 USG²⁹ und Art. 2 Abs. 1 LSV³⁰, die den bundesrechtlichen Umweltschutz- und Lärmbestimmungen unterliegt. Gemäss diesen Bestimmungen sind Lärmimmissionen sowohl bei neuen Anlagen als auch bei der Änderung von bestehenden Anlagen so weit zu begrenzen, als dies

²⁰ Vgl. Fotodokumentation Augenschein vom 8. Dezember 2023, pag. 14 f. der Vorakten der Gemeinde Köniz.

²¹ Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 20. Februar 2024, pag. 19 der Vorakten der Gemeinde Köniz.

²² Vgl. Fotodokumentation Augenschein vom 8. Dezember 2023, pag. 13 f. der Vorakten der Gemeinde Köniz.

²³ Stellungnahme des Polizeiinspektorats Köniz vom 6. Februar 2024, pag. 17 der Vorakten der Gemeinde Köniz.

²⁴ Vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 20. Februar 2024, pag. 19 der Vorakten der Gemeinde Köniz.

²⁵ Vgl. Übersichtsplan/Grundriss im Massstab 1:200 vom 1. Dezember 2020, pag. 3 der Akten Baugesuchs Nr. 19659.

²⁶ Vgl. Schreiben der F. _____ vom 4. April 2024, Beilage 9 der Beschwerde vom 16. April 2024.

²⁷ BDE 110/2024/59 vom 19. August 2024 E. 6.b.

²⁸ Vgl. VGE 100.2008.23496 vom 28. April 2009 E. 4.3.4.

²⁹ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

³⁰ Lärmschutz-Verordnung des Bundesrats vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41).

technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist (vorsorgliche Emissionsbegrenzung, Art. 11 Abs. 2 USG, Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 LSV). Steht fest oder ist zu erwarten, dass trotz vorsorglicher Emissionsbegrenzung die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden, sind die Emissionsbegrenzungen weiter zu verschärfen (Art. 11 Abs. 3 USG). Ob die Voraussetzungen einer verschärfen Emissionsbegrenzung gegeben sind, hat die Behörde anhand der Belastungsgrenzwerte zu beurteilen. Dabei gelten im Bereich des Lärmschutzes für die wesentliche Änderung einer bestehenden ortsfesten Anlage sogenannte Immissionsgrenzwerte (Art. 8 Abs. 2 LSV). Diese sind so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 15 USG). Für die Errichtung neuer ortsfester Anlagen gelten dagegen strengere Werte, die sogenannten Planungswerte (Art. 23 und 25 Abs. 1 USG; Art. 7 Abs. 1 Bst. b LSV).

Anhand der vorhandenen Akten kann vorliegend nicht festgestellt werden, welche lärmrechtlichen Auswirkungen die drei zusätzlichen Festbänke mit 30 Sitzplätzen haben und ob die Belastungsgrenzwerte überschritten werden oder nicht. Diesbezüglich müsste zumindest ein Lärmgutachten eingeholt werden, was jedoch den Rahmen einer summarischen Prüfung sprengen würde. Eine klare Bejahung der Bewilligungsfähigkeit der drei Festbänke im überdachten Biergarten ist damit im Rahmen dieser summarischen Prüfung nicht möglich.

e) Wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Bewilligungspflicht erkundigen.³¹ Die Beschwerdeführerin hätte wissen müssen, dass die drei Festbänke im überdachten Biergarten und die damit einhergehende Nutzungserweiterung baubewilligungspflichtig sind. Insofern kann ihr kein guter Glaube attestiert werden. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch eine Bauherrschaft berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.³²

f) Sodann ist – wie ausgeführt (Erwägung 4.b) – ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist. Es gilt zu verhindern, dass illegal Bauende bessergestellt werden, als Bauwillige, die gesetzeskonform vorgängig ein Baugesuch stellen.³³ Hinzu kommt, dass die Benützung der drei Festbänke im überdachten Biergarten zu zusätzlichen Lärmimmissionen führt. An der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes besteht daher ein gewichtiges öffentliches Interesse.

g) Das Benützungsverbot der drei Festbänke im überdachten Biergarten ist schliesslich auch verhältnismässig. Es ist erforderlich und geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind nicht ersichtlich. Obwohl die Gemeinde auch die Beseitigung der Festbänke hätte verlangen können, sah sie das Benützungsverbot als mildere Massnahme an, da nicht auszuschliessen sei, dass die Festbänke für besondere Veranstaltungen benutzt werden könnten. Da das Polizeiinspektorat in der Stellungnahme vom 6. Februar 2024 zudem weitere Kontrollen während des ordentlichen Betriebs

³¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b.

³² BVR 2006 S. 444 E. 6.1.

³³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9a.

in Aussicht stellte³⁴, ist das Benützungsverbot aus Sicht der BVD nicht zu beanstanden. Angesichts des grossen öffentlichen Interesses und der fehlenden Gutgläubigkeit ist das Benützungsverbot für die Beschwerdeführerin auch zumutbar.

h) Die Wiederherstellungsfrist ist während des Beschwerdeverfahrens abgelaufen. Praxisgemäss ist daher eine neue Frist anzusetzen. Die von der Gemeinde angesetzte Frist von rund einem Monat und einer Woche wird nicht bestritten und erscheint als verhältnismässig.

i) Soweit die Beschwerdeführerin der Auffassung ist, der Inhalt der Wiederherstellungsverfügung sei ungenügend bestimmt, wird darauf hingewiesen, dass sich aus einem Benützungsverbot ohne Weiteres und in genügender Klarheit ergibt, dass eine widerrechtlich erstellte Baute oder Anlage nicht benützt werden darf. Wie die Beschwerdeführerin dem angeordneten Benützungsverbot nachkommt, ist ihr selbst überlassen. Dass dies mit «geeigneten Massnahmen» zu erfolgen hat, wie dies die Gemeinde in der Wiederherstellungsanordnung ausführt, versteht sich von selbst und muss nicht ausdrücklich erwähnt werden. Da das Verfügungsdispositiv aufgrund der teilweisen Gutheissung der Beschwerde sowieso angepasst werden muss, wird diese Formulierung in Ziff. 3.1 der Verfügung vom 22. März 2024 entsprechend gestrichen. Aufgrund der Anpassung des Verfügungsdispositivs erübrigen sich auch weitergehende Ausführungen zum Aussenbereich.

6. Ergebnis und Kosten

a) Insgesamt wird die Beschwerde insoweit gutgeheissen, als das angeordnete Benützungsverbot in Bezug auf die Feuerstelle und die sonstigen Sitz- sowie Stehplätze im Aussenbereich aufgehoben wird. In Bezug auf die drei Festbänke im überdachten Biergarten wird das Benützungsverbot dagegen – in angepasster Formulierung – bestätigt. Diesbezüglich wird die Beschwerde abgewiesen.

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 1200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁵).

Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebietet eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Als unterliegend gilt, wer mit seinen Anträgen nicht durchdringt. Werden die Begehren keiner Partei vollumfänglich gutgeheissen, unterliegen alle Parteien teilweise und ihre Kostenpflicht richtet sich nach dem Mass des Unterliegens. Nur teilweise obsiegt beispielsweise, wer nicht mit allen Hauptbegehren (z.B. Obsiegen nur im Kostenpunkt) oder nur mit einem Eventualbegehren durchdringt sowie wer zusätzliche Auflagen akzeptieren muss.³⁶

Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin insofern, als die Verfügung der Gemeinde Köniz vom 22. März 2024 bezüglich der Feuerstelle und sonstiger Sitz- sowie Stehmöglichkeiten aufgehoben wird. Darüber hinaus ist die angefochtene Verfügung zu bestätigen und die Beschwerdeführerin gilt als unterliegend. Es rechtfertigt sich, der Beschwerdeführerin die Hälfte der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 600.00, aufzuerlegen.

³⁴ Vgl. Stellungnahme des Polizeiinspektorats Köniz vom 6. Februar 2024, pag. 17 der Vorakten der Gemeinde Köniz.

³⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

³⁶ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 4.

Der Gemeinde Köniz können keine Verfahrenskosten auferlegt werden, da sie nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist (vgl. Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten trägt daher der Kanton.

c) Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 400.00 bleiben der Beschwerdeführerin auferlegt.

d) 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). Wie vorangehend ausgeführt, obsiegt die Beschwerdeführerin teilweise. Analog zur Verteilung der Verfahrenskosten hat sie deshalb Anspruch auf Ersatz von der Hälfte ihrer Parteikosten.

Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin beläuft sich auf CHF 6134.45 (Honorar CHF 5530.00, Mehrwertsteuer CHF 452.80, Auslagen CHF 165.90, Mehrwertsteuer CHF 12.75). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV³⁷ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.00 bis CHF 11 800.00 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 KAG³⁸). Im vorliegenden Fall sind der gebotene Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Prozesses als unterdurchschnittlich zu werten. Angesichts des Streitgegenstands ist die Bedeutung der Streitsache als knapp durchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von CHF 3700.00 als angemessen. Überdies ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist³⁹ und somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen kann. Nach Praxis des Verwaltungsgerichts ist deshalb die in der Kostennote des Parteianwalts aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.⁴⁰ Insgesamt belaufen sich die Parteikosten somit auf CHF 3811.00 (Honorar CHF 3700.00, Auslagen CHF 111.00). Die Gemeinde Köniz hat damit der Beschwerdeführerin Parteikosten in der Höhe von CHF 1905.50 zu ersetzen.

Die Gemeinde Köniz hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (vgl. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Köniz vom 22. März 2024 wird wie folgt angepasst:

3.1 Das Bauinspektorat Köniz erlässt ab dem 25. November 2024 ein Benützungsverbot für den Gebrauch der drei Festbänke im überdachten Biergarten vor dem Gebäude C._____.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

³⁷ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

³⁸ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

³⁹ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: www.uid.admin.ch.

⁴⁰ Vgl. VGE 2013/137 vom 26. Mai 2014 E. 6.

2. Die Verfahrenskosten von CHF 600.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 400.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde Köniz zuständig.

3. Die Gemeinde Köniz hat der Beschwerdeführerin Parteikosten im Betrag von CHF 1905.50 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- E._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Köniz, eingeschrieben

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 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.