

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 12 vom 15. Dezember 2022

BE Verwaltungsgericht, 2022-12-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2023_12

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 12 du 15 décembre 2022

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2023 12 del 15 dicembre 2022

Regeste

Betriebsbewilligung (Entscheid der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern vom 15. Dezember 2022; A2022-006) | Betriebsbewilligungen

Erwägungen

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig.

E. 1.2

Gemäss Art. 79 Abs. 1 VRPG ist zur Beschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; sog. formelle Beschwer), durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren bzw. dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c; sog. materielle Beschwer). Die gleichen Voraussetzungen für die Beschwerdebefugnis galten im vorinstanzlichen Verfahren (Art. 65 Abs. 1 VRPG). Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerdebefugnis als Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzung auch dann von Amtes wegen zu prüfen, wenn die Vorinstanz sie bejaht hat, weil zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur zugelassen ist, wer sich am vorinstanzlichen Verfahren zulässigweise beteiligt hat (Art. 20a VRPG; BVR 2022 S. 5 E. 2.1; Michael Pflüger, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 N. 3, Art. 65 N. 3).

E. 1.2.1

Vor der Vorinstanz hat nur die Beschwerdeführerin 1 (Grundeigentümerin) gegen die verweigerte Betriebsbewilligung für die Aussensitzplätze Beschwerde erhoben (Akten WEU 5A pag. 1 ff.). Die WEU beteiligte die Beschwerdeführerin 2 (verantwortliche Person) bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist als notwendige Partei von Amtes wegen am Verfahren (Verfügung vom 14.7.2022, Akten WEU 5A pag. 41 ff.) und bezeichnete in der Folge sowohl die Grundeigentümerin als auch die verantwortliche Person als Beschwerdeführerinnen (ab Verfügung vom 11.8.2022, Akten WEU 5A pag. 53 ff.). Im angefochtenen Entscheid hat die WEU dann offengelassen, ob die Grundeigentümerin beschwerdebefugt wäre, weil diese mit der ver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 5 antwortlichen Person, die ihrerseits zur Beschwerdeführung legitimiert sei, zusammen Rechte geltend mache (angefochtener Entscheid E. 1.2.1).

E. 1.2.2

Die Frage nach der Legitimation der verantwortlichen Person stellte sich vor der Vorinstanz nicht, da diese keine Beschwerde erhoben hatte. Als Verfügungsadressatin war die verantwortliche Person zwar notwendigerweise am Beschwerdeverfahren zu beteiligen; anders als die Vorinstanz offenbar meint, wurde sie dadurch aber nicht zur «Beschwerdeführerin», obwohl sie zweifellos beschwerdebefugt gewesen wäre (Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 12 N. 24). Die Vorinstanz hätte die Legitimation der allein Beschwerde führenden Grundeigentümerin folglich nicht mit der Begründung offenlassen dürfen, dass die verantwortliche Person, die keine Beschwerde erhoben hatte, dazu befugt gewesen wäre (Michael Pflüger, a.a.O., Art. 65 N. 3). Sie hätte auf die Beschwerde vielmehr nur eintreten dürfen, wenn die Grundeigentümerin zur Beschwerde befugt war. Ob hier anders zu entscheiden wäre, weil die Vorinstanz die verantwortliche Person bereits vor Ablauf der Beschwerdefrist als Partei am Verfahren beteiligte – und damit in Unkenntnis darüber, ob die verantwortliche Person andernfalls während laufender Rechtsmittelfrist noch Beschwerde erhoben hätte –, kann mit Blick auf das Folgende offenbleiben.

E. 1.2.3

Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind mit ihren Anträgen unterlegen. Als Beschwerdeführerin aufgetreten ist vor der Vorinstanz aber nur die Beschwerdeführerin 1 (Grundeigentümerin). Sie hatte das Gesuch für eine Betriebsbewilligung A mitunterzeichnet und ihr war die Verfügung, gemäss der die Bewilligung für die Bewirtung von Aussensitzplätzen verweigert wurde, ebenfalls eröffnet worden; sie war durch die angefochtene Verfügung somit formell beschwert. Als Grundeigentümerin und Verpächterin des Lokals war sie durch die angefochtene Verfügung auch besonders berührt und hatte ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. VGE 2010/57 vom 18.10.2010 E. 1.2 f. betreffend Auflage). Sie war somit vor der Vorinstanz und ist gleichermassen vor dem Verwaltungsgericht zur Beschwerde befugt. Anderes gilt für die Beschwerdeführerin 2: Sie hat vor der Vorinstanz keine Beschwerde geführt, sondern (nur) als weitere beteiligte Partei am Verfahren

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 6 teilgenommen. Sie ist durch den angefochtenen Entscheid auch nicht neu beschwert und kann diesen deshalb grundsätzlich nicht anfechten (Michel Daum, a.a.O., Art. 12 N. 24; Michael Pflüger, a.a.O., Art. 79 N. 3 und 5). Ob hier aufgrund der konkreten Umstände anders zu entscheiden wäre, kann offenbleiben, weil die Legitimation der Beschwerdeführerin 1 nach dem Gesagten zu bejahen und die Angelegenheit deshalb ohnehin zu behandeln ist (Michael Pflüger, a.a.O., Art. 79 N. 2, Art. 65 N. 3).

E. 1.3

Die Beschwerdeführerinnen ersuchen um Feststellung, dass die Nutzung im bisherigen Umfang (Betriebsbewilligung vom 12.3.2019) zulässig sei, und es sei entsprechend eine neue Betriebsbewilligung für die 30 Innen- und die 60 Aussensitzplätze auszustellen (vorne Bst. C). Bereits die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass Feststellungsbegehren eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses bedürfen (vgl. angefochtener Entscheid E. 1.2.3). Sie sind gegenüber rechtsgestaltenden Begehren subsidiär und damit nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das

Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann (BVR 2018 S. 310 E. 7.3 mit Hinweisen; Markus Müller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 72 ff.). Den Anliegen der Beschwerdeführerinnen kann mit ihrem rechtsgestaltenden Begehren um Erteilung der Betriebsbewilligung A für die Aussensitzplätze vollständig Rechnung getragen werden; ein gesondertes Feststellungsinteresse an der Zulässigkeit der Nutzung ist weder ersichtlich noch begründen die Beschwerdeführerinnen ein solches näher. Die Bewilligung für die Innensitzplätze hat zudem bereits der stellvertretende Regierungsstatthalter erteilt; die Beschwerdeführerinnen waren dadurch nicht beschwert und diesbezüglich nicht beschwerdebefugt. Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

E. 1.4

Im Übrigen sind die Bestimmungen über Form und Frist eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG) und ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 1.5

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 7

E. 2.1

Zur Ausgangslage ergibt sich aus den Akten Folgendes: Mit Verfügung vom 25. April 2022 stellte die Regierungsstatthalterin des Verwaltungskreises Thun im Zusammenhang mit dem geplanten Wechsel der verantwortlichen Person und einer Bauvoranfrage des Anwärters für die Pacht fest, dass der Betrieb einer Restaurantterrasse, das Aufstellen eines Küchencontainers und die gastgewerbliche Nutzung von mehr als 5 Parkplätzen auf der Parzelle Nr. 1 _____ baubewilligungspflichtig sei und dafür bisher keine Baubewilligung ausgestellt worden sei. Sie widerrief deshalb die Betriebsbewilligung A vom 12. März 2019 der damals noch verantwortlichen Person für die Terrasse im Freien mit 60 Sitzplätzen per 30. Juni 2022, soweit diese nicht ohnehin nichtig sei (Akten RSA act. 5C pag. 1). Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin 1 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD), welche diese zuständigkeitshalber an die WEU weiterleitete (vgl. Akten WEU 5B pag. 53). Das Verfahren ist vor der WEU hängig und sistiert (Verfahren A2022-005). Nachdem der damalige Anwärter für die Pacht das Vorhaben bei dieser Ausgangslage nicht mehr weiterverfolgen wollte, ersuchte die Beschwerdeführerin 2 am 20. Mai 2022 um eine Betriebsbewilligung A für das Bewirten von 24 Innen- und 60 Aussensitzplätzen. Am 29. Juni 2022 erliess der stellvertretende Regierungsstatthalter zwei Verfügungen: Die Betriebsbewilligung A für 30 Sitzplätze im Pavillon und die befristete gastgewerbliche Einzelbewilligung F für maximal 50 Aussensitzplätze (vorne Bst. A).

E. 2.2

Den Antrag der Beschwerdeführerinnen, das Verfahren mit dem vor der WEU hängigen Verfahren «zusammenzuführen» bzw. zu koordinieren (Rechtsbegehren 2), hat die Instruktionsrichterin mit Zwischenverfügung vom 28. Februar 2023 abgewiesen (act. 8; vorne Bst. C). Die Akten des vor der WEU hängigen Verfahrens bilden aber Teil der von

der Vorinstanz ein- gereichten Vorakten, womit dem Antrag auf Beizug der vollständigen Akten entsprochen wurde (vgl. Akteneditionsbegehren Beschwerde S. 5). Soweit die Beschwerdeführerinnen die Parkplatznutzung ansprechen, thematisie- ren sie ein Element des Widerrufsverfahrens. Insoweit ist die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde gegen die verweigerte Betriebsbewilligung für die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 8 Aussensitzplätze nicht eingetreten (vgl. angefochtener Entscheid E. 1.3). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies auch nicht. Selbst wenn das vor der Vorinstanz hängige Beschwerdeverfahren betreffend Widerruf der Betriebs- bewilligung «nicht weitergeführt» werden sollte, besteht für das Verwaltungs- gericht kein Anlass, sich zu ausserhalb des Streitgegenstands liegenden Parkplatzfragen zu äussern (vgl. Beschwerde S. 15 f.).

E. 2.3

Die WEU hat das Verfahren in der vorliegenden Streitigkeit als ge- genstandslos geworden vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben, soweit sich die Beschwerde gegen Auflagen in der Einzelbewilligung F richtete, weil nach Ablauf der Befristung dieser Bewilligung kein aktuelles schutzwürdiges Interesse mehr vorliege (angefochtener Entscheid E. 1.2.2; Dispositiv- Ziff. 1). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies, richte sich ihre Be- schwerde doch gerade gegen die Befristung (vgl. Beschwerde S. 13 f.). – Ausgangspunkt des Verfahrens war das Gesuch um eine Betriebsbewilli- gung A für die Bewirtung von Innen- und Aussensitzplätzen. Betriebsbewilli- gungen sind im Unterschied zu Einzelbewilligungen unbefristet gültig (Art. 8 Abs. 1 und 3 des Gastgewerbegesetzes vom 11. November 1993 [GGG; BSG 935.11]). Der stellvertretende Regierungstatthalter erteilte die Be- triebbewilligung A für die Innensitzplätze und verweigerte diese gleichzeitig für die Aussensitzplätze. Die befristete Einzelbewilligung F für die Aussen- sitzplätze, die er stattdessen ausstellte, diente als Übergangsregelung; sie ist Ende September bzw. Oktober 2022 abgelaufen und entfaltet keine Rechtswirkungen mehr. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, hat- ten die Beschwerdeführerinnen im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids somit kein aktuelles Interesse mehr an der Überprüfung der in der Einzelbe- willigung enthaltenen Auflagen. Auf die entsprechenden Vorbringen ist auch vor Verwaltungsgericht nicht mehr einzugehen (vgl. Beschwerde S. 36 f.). Soweit die Beschwerdeführerinnen mit der «Befristung» die nicht erlaubte Nutzung der Aussensitzplätze während der Dauer des Verfahrens themati- sieren wollen, ist ihr Anliegen im Rahmen des Antrags um vorsorgliche Mas- snahmen beurteilt und abgewiesen worden. Thema im verwaltungsgerichtli- chen Verfahren kann nach dem Gesagten nur sein, ob die Betriebsbewilli- gung A für die Aussensitzplätze zu Recht verweigert wurde.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 9

E. 3.1

Die WEU hat vorfrageweise geprüft, ob für die Aussensitzplätze eine Baubewilligung erforderlich ist und vorliegt. Sie kam zum Schluss, dass die Aussenbewirtung baubewilligungspflichtig sei und keine Baubewilligung da- für bestehe, weshalb die Betriebsbewilligung für die Aussensitzplätze zu Recht verweigert worden sei. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten im Grundsatz nicht, dass eine Betriebsbewilligung für die Bewirtung von Aus- sensitzplätzen eine Baubewilligung voraussetzt (Beschwerde S.

20). Sie machen aber geltend, die WEU sei nicht zuständig gewesen für die vorfrageweise Prüfung von baurechtlichen Fragen (Beschwerde S. 12 f.).

E. 3.2

Gegenstand des Verfahrens ist die beantragte Betriebsbewilligung; ein Baugesuch für die Aussensitzplätze haben die Beschwerdeführerinnen nicht gestellt. Andernfalls wären das Baugesuch und das gastgewerbliche Gesuch in einem koordinierten Leitverfahren zu beurteilen gewesen (Art. 1 Abs. 1 des Koordinationsgesetzes vom 21. März 1994 [KoG; BSG 724.1]). Leitbehörde wäre im koordinierten Verfahren die Regierungsstatthalterin gewesen (Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 KoG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. a des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]), Beschwerdeinstanz die BVD (Art. 11 Abs. 1 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 1 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]; vgl. auch Art. 48 Abs. 3 GGG). Ist wie hier nur ein gastgewerbliches Gesuch zu beurteilen, ist zwar ebenfalls die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter Bewilligungsbehörde (Art. 31 Abs. 1 GGG), Beschwerdeinstanz ist aber die WEU (Art. 48 Abs. 1 GGG). Muss sie Fragen aus einem anderen Rechtsgebiet beantworten, bevor sie über den Verfahrensgegenstand im eigenen Zuständigkeitsbereich entscheiden kann, ist sie befugt, diese vorfrageweise zu prüfen, solange kein rechtskräftiger Entscheid der zuständigen Instanz vorliegt (BGE 137 III 8 E. 3.3.1; BVR 2009 S. 63 E. 3.3; Michel Daum, a.a.O., Art. 3 N. 25). Setzt die strittige Betriebsbewilligung eine Baubewilligung voraus, war die WEU somit ohne weiteres befugt, die entsprechenden baurechtlichen Vorfragen zu beantworten. Die baupolizeilichen Kompetenzen der Gemeinde ändern daran entgegen den Beschwerdeführerinnen nichts (Beschwerde S. 27 f., 30, 36). Die Gemeinde hat kein Baupolizeiverfahren eröffnet, in dessen Rahmen ein nachträgliches

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 10 Baugesuch hätte gestellt werden können. Es steht folglich weder ein Baubewilligungs- noch ein Baupolizeiverfahren zur Diskussion, sondern ausschliesslich ein gastgewerbliches Bewilligungsverfahren, in dem die Zuständigkeiten beachtet wurden. Inwiefern dadurch der «Instanzenweg für die Beschwerdeführerinnen in unzulässiger Weise verkürzt» bzw. die Gemeindeautonomie verletzt worden wäre (Beschwerde S. 13 bzw. S. 28), ist nicht ersichtlich.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, da eine Betriebsbewilligung unbefristet gültig sei, hätte nicht eine neue Bewilligung ausgestellt, sondern die bestehende Betriebsbewilligung vom 12. März 2019 von der ehemaligen Pächterin auf die Beschwerdeführerin 2 übertragen werden müssen. Dafür hätte bloss geprüft werden dürfen, ob die neue verantwortliche Person die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfülle. Da dies der Fall sei, habe die neue verantwortliche Person einen Anspruch auf Übertragung der Betriebsbewilligung (Beschwerde S. 17 f.).

E. 4.2

Gemäss Art. 6 Abs. 1 GGG wird die Betriebsbewilligung für ein bestimmtes Grundstück erteilt; sie legt die Betriebsart und den Umfang des bewilligten Betriebs fest. Sie ist unbefristet gültig und erlöscht nur aus bestimmten, hier nicht gegebenen Gründen (Art. 8 Abs. 1 und 2 GGG). Jeder Betrieb ist durch eine verantwortliche natürliche Person zu führen, die bestimmte Anforderungen und Pflichten erfüllen muss (Art. 19 ff. GGG, Art.

18c ff. der Gastgewerbeverordnung vom 13. April 1994 [GGV; BSG 935.111]). Die Bewilligungsbehörde überträgt die Betriebsbewilligung auf die verantwortliche Person, sofern Letztere den Anforderungen von Art. 19 GGG genügt und die Vorschriften der Gastgewerbe-, Feuer- und Lebensmittelpolizei eingehalten sind (Art. 32 Abs. 1 GGG). – Wohl trifft zu, dass hier nicht die Eröffnung eines neuen Betriebs, sondern die Übernahme eines bestehenden Betriebs zur Diskussion stand. Auch wurden in den Betriebsbewilligungen von 2017 bis 2019 Aussensitzplätze erwähnt. Es ist aber gerade umstritten, ob diese Bewilligungen für den Aussenbereich zu Recht ausgestellt wurden; jene vom 12. März 2019 hat die Regierungsstatthalterin wie erwähnt widerrufen. An-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 11 ders als die Beschwerdeführerinnen meinen, kann eine Betriebsbewilligung nur in dem Umfang auf eine (neue) verantwortliche Person übertragen werden, in dem sie rechtmässig besteht; ein darüberhinausgehender Anspruch besteht nicht. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat und die Beschwerdeführerinnen im Grundsatz auch nicht bestreiten, hängt die Rechtmässigkeit einer gastgewerblichen Nutzung nicht nur davon ab, ob die Voraussetzungen für die Ausübung eines Gastgewerbes gemäss der Gastgewerbegesetzgebung erfüllt sind, sondern auch davon, ob die Bau- und Planungs-gesetzgebung diese Nutzung auf dem betreffenden Grundstück zulässt. Dementsprechend setzt eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung in der Regel eine entsprechende Baubewilligung voraus (BGer 1C_47/2008 vom 8.8.2008, in ZBl 2010 S. 397; VGE 2022/8 vom 4.4.2023 E. 3.4, 23406 vom 29.1.2009 E. 3, 22152 vom 21.4.2005 E. 4.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 26 betr. Baubewilligungspflicht und Art. 2a N. 3b betr. Koordination; angefochtener Entscheid E. 3.2, 4.1 und 4.4.1). Abgesehen davon, dass eine widerrufen Bewilligung nicht übertragen werden kann, haben die Vorinstanzen somit zu Recht auch die baurechtlichen Voraussetzungen für eine Betriebsbewilligung geprüft.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, vor Ergehen des Bundesgerichtsurteils vom 8. August 2008 (BGer 1C_47/2008) habe kein Baubewilligungsverfahren für Aussensitzplätze durchgeführt werden müssen. Deshalb sei davon auszugehen, dass «das neue Richterrecht» nur auf seither eröffnete «Gastroterrassen» anwendbar sei, während die seit der Eröffnung ihres Lokals im Jahr 2004 vorhandene Aussenbestuhlung als bewilligt gelten müsse bzw. als altrechtliche Terrasse besitzstandsgeschützt sei (Beschwerde S. 16, 20, 26 f., 29, 36).

E. 5.1.1

Dass erst seit dem Bundesgerichtsurteil von 2008 eine Baubewilligung für Gartenwirtschaften erforderlich ist, hat die Vorinstanz entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht bestätigt (vgl. Beschwerde S. 8 und 25). Sie hat zwar eingeräumt, dass vor diesem Urteil in der Regel wohl keine spezifischen Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 12 seien, weshalb es grundsätzlich denkbar sei, dass die gastgewerbliche Nutzung von Aussensitzplätzen im Rahmen einer Baubewilligung vorgesehen, aber nicht ausdrücklich erwähnt wurde. Weiter hat sie aber klargestellt, dafür bestünden hier keine Hinweise (angefochtener Entscheid E. 4.3.3; vgl. zur Baubewilligung vom 28.7.2004 hinten E. 6).

E. 5.1.2

Das Bundesgericht hatte im erwähnten Urteil über die Baubewilligungspflicht einer Aussengastwirtschaft mit 25 Sitzplätzen zu befinden. Es bestätigte die Auffassung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, wonach ein solcher Betrieb mit nicht unerheblichen Lärmimmissionen verbunden sei, daher baurechtlich geschützte Rechtsgüter berühre und somit ein baubewilligungspflichtiger Tatbestand vorliege (E. 2.1.2 und 2.5.1). Auch wenn das Bundesgericht erst 2008 Anlass hatte, sich zur Baubewilligungspflicht von Aussenbestuhlungen von Gastwirtschaften zu äussern, ändert dies nichts daran, dass die Bewilligungspflicht gestützt auf die bundesrechtliche Minimalvorschrift in Art. 22 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700 [in Kraft seit 1980]) seit langem und namentlich im Zeitpunkt der Baubewilligung für den Pavillon im Jahr 2004 bereits bestand. Das Bundesgericht hat im Urteil aus dem Jahr 2008 denn auch auf seine langjährige Praxis zu den für die Baubewilligungspflicht nach Art. 22 RPG massgebenden Grundsätzen verwiesen. Danach ist eine bauliche Massnahme dann dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, wenn mit ihr im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, unterstehen auch reine Umnutzungen der Baubewilligungspflicht (BGer 1C_47/2008 vom 8.8.2008, in ZBI 2010 S. 397 E. 2.5.1 mit Hinweis auf BGE 120 Ib 379 und 119 Ib 222; seither statt vieler BGE 139 II 134 E. 5.2; BVR 2020 S. 380 E. 3.1, 2015 S. 541 E. 3.1).

E. 5.1.3

Auf kantonaler Ebene wird die Baubewilligungspflicht in Art. 1a Abs. 1 BauG in allgemeiner Weise in Anlehnung an Art. 22 Abs. 1 RPG und die Formel des Bundesgerichts umschrieben (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 12). Keiner Baubewilligung bedürfen geringfügige Bauvorhaben (Art. 1b Abs. 1 BauG, Art. 6 f. BewD). Liegt ein grundsätzlich baubewilligungsfreies

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 13 Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone und ist es geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem es zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändert, die Erschliessung belastet oder die Umwelt beeinträchtigt, ist es dennoch baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 1 BewD). Gleiches gilt, wenn das Bauvorhaben den geschützten Uferbereich bzw. den Gewässerraum, den Wald, ein Naturschutz- oder Ortsbildschutzgebiet, ein Naturschutzobjekt, ein Baudenkmal oder dessen Umgebung betrifft und das entsprechende Schutzinteresse betroffen ist (Art. 7 Abs. 2 BewD; BVR 2015 S. 541 E. 3.2). Zwar trifft zu, dass die Einschränkungen der Baubewilligungsfreiheit gemäss Art. 7 BewD erst seit dem 1. September 2009 in Kraft sind (vgl. Beschwerde S. 20 f.). Die Umschreibung der Baubewilligungspflicht ist aber, wie dargelegt, nichts Neues, sondern entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Bewilligungspflicht nach Art. 22 Abs. 1 RPG (vgl. E. 5.1.2 hiervor), welche die Kantone nicht enger fassen dürfen (BGer 1C_47/2008 vom 8.8.2008, in ZBI 2010 S. 397 E. 2.5.1; Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. 22 N. 13 f.; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 10, je mit Hinweisen; vgl. auch Vortrag des Regierungsrats betreffend Änderung des KoG und des BauG, in Tagblatt des Grossen Rates 2008, Beilage 30, S. 7 f., Ziff. 4.2 sowie Vortrag des Regierungsrats zum BewD und über das Normalbaureglement [Änderungen vom 28.1.2009], S. 14, einsehbar unter: <www.bvd.be.ch>, Rubriken «Über uns/Rechtsamt/Rechtliche Grundlagen/Vorträge»).

E. 5.1.4

Die Bewirtung von 60 Aussensitzplätzen im Uferbereich berührt umwelt-, planungs- und baurechtliche Belange (Lärm, Zonenkonformität, Erschliessung usw.). Sie hat zweifellos räumliche Auswirkungen, die einer vorgängigen Kontrolle in einem Baubewilligungsverfahren bedürfen, zumal sie in der Freifläche Nr. 36 nach SFG stattfinden soll. Diese ist nach den massgeblichen Vorschriften öffentlich zugänglich, dient der Erholung, Spiel und Sport, ist ihrem Zweck entsprechend zu gestalten und unter Einbezug bestehender Bäume und Sträucher zu bepflanzen (Art. 13 Abs. 1 und 2 der Vorschriften zum USP; Art. 3 Abs. 1 Bst. c SFG). Darauf hat die Vorinstanz zutreffend hingewiesen (angefochtener Entscheid E. 4.2).

E. 5.2

Die Beschwerdeführerinnen begründen das Fehlen einer Baubewilligungspflicht weiter damit, dass die Bewirtung von Aussensitzplätzen seit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 14 dem Bau des Pavillons im Jahr 2004 stattfindet und «nach 5 Jahren entsprechender Nutzung die Verjährung eingetreten» sei (Beschwerde S. 27). Damit berufen sie sich sinngemäss auf Art. 46 Abs. 3 BauG, wonach nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur verlangt werden kann, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern. Ein Verzicht auf Wiederherstellungsmassnahmen wäre zum einen in einem Baupolizeiverfahren zu prüfen, wenn kein nachträgliches Baugesuch eingereicht oder dieses abgewiesen würde. Ein solches Verfahren ist bislang nicht eingeleitet worden; baupolizeiliche Fragen sind höchstens vorfrageweise im vorliegenden Verfahren zu beantworten (vor E. 3.2). Auch bei einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bliebe die Nutzung zudem illegal; ob trotzdem ein Anspruch auf eine Betriebsbewilligung bestünde, ist zumindest fraglich. Ein Verzicht auf Wiederherstellungsmassnahmen dürfte aber schon deshalb ausser Betracht fallen, weil die umstrittene Nutzung ausserhalb des Baugebiets in einer Freifläche nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c SFG stattfindet, die für Erholung und Sport allgemein benutzbar sein muss, und im Gewässerraum liegt (Art. 36a des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20], Art. 41b f. der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 [GSchV; SR 814.201]). An einer Wiederherstellung dürfte deshalb ein zwingendes öffentliches Interesse bestehen, weshalb nicht die Fünfjahresfrist massgebend wäre, sondern die 30-jährige Verwirkungsfrist (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11 Bst. c und d). Die Vorgängerin der Beschwerdeführerin 2 hat zwar während ca. 4,5 Jahren mit einer Betriebsbewilligung im Aussenraum des Pavillons gewirtet. Ob, gegebenenfalls seit wann und in welchem Umfang die Aussenbewirtung vor 2017 faktisch geduldet wurde, ist allerdings nicht erstellt. Selbst wenn die Aussenbewirtung von 60 Sitzplätzen seit 2004 stattgefunden haben sollte, ohne dass die Behörden dagegen eingeschritten wären, wäre die 30-jährige Frist jedenfalls nicht abgelaufen, soweit sie hier überhaupt Anwendung fände (vgl. BGE 147 II 309 E. 5).

E. 5.3

Die Vorinstanz hat die Baubewilligungspflicht für die Bewirtung ausserhalb des Pavillons somit zu Recht bejaht. Die Beschwerdeführerinnen können weder aus der Besitzstandsgarantie für altrechtlich bewilligungsfreie Vorhaben (Art. 3 Abs. 1 BauG) noch

aus Gründen der Rechtssicherheit und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 15 des Vertrauensschutzes (Art. 46 Abs. 3 BauG) etwas zu ihren Gunsten ableiten. Gleiches gilt, soweit sie sich mit dem Hinweis auf ein anderes, ein Seerestaurant betreffendes Verfahren auf Gleichbehandlung im Unrecht berufen sollten (vgl. Eingabe vom 27.4.2023 act. 12 S. 2 f.): Dass dort im Jahr 2005 eine Aussenterrasse beantragt, aber nicht im Bauteilscheid aufgenommen worden sei, ist zum einen eine blosser Parteibehauptung. Zum anderen ist der Sachverhalt nicht mit dem vorliegenden vergleichbar; da eine Aussenbestuhlung hier nicht beantragt war (vgl. hinten E. 6.3).

E. 6.1

Die Beschwerdeführerinnen sind schliesslich der Auffassung, dass sie für die Aussenwirtschaft über eine gültige Baubewilligung verfügen, denn mit der Baubewilligung vom 28. Juli 2004 für den Pavillon seien die Aussenplätze «implizit mitbewilligt» worden. Seither sei das Restaurant immer mit 60 Aussensitzplätzen betrieben worden. In der Betriebsbewilligung von 2017 habe der Regierungsrat zwar vorübergehend bloss 30 Aussensitzplätze bewilligt, weil die damals verantwortliche Person noch nicht über das Wirtepatent verfügt habe; tatsächlich habe die Anzahl Stühle aber nie reduziert werden müssen (Beschwerde S. 19, 23 ff., 32, 38 f.).

E. 6.2

Sachverhaltlich ergibt sich dazu aus den Akten Folgendes: Auf der Parzelle Nr. 1 _____ stand früher ein Zelt pavillon, der zum ehemaligen Hotel-Restaurant Eden auf der anderen Strassenseite gehörte und während maximal dreier Monate pro Jahr gastgewerblich genutzt wurde; die gesamte Infrastruktur befand sich im Hauptgebäude (vgl. Betriebsbewilligung vom 20.7.1995, Akten WEU 5B pag. 44). Nachdem das Hotel-Restaurant Anfang 2004 definitiv geschlossen worden war, stellte die Beschwerdeführerin 1 ein Baugesuch für den Neubau eines unterkellerten Pavillons als Ersatz für den Zelt pavillon, um darin einen Gastwirtschaftsbetrieb einzurichten; dementsprechend beantragte sie gleichzeitig eine Betriebsbewilligung. Als Übergangsregelung bis zum Bau des Pavillons erteilte der damalige Regierungsrat am 14. Mai 2004 eine auf drei Monate befristete Betriebsbewilligung A für das Bewirten von maximal 30 Personen im Zelt (Akten RSA 5D pag. 1 f.; zum Ganzen Aktennotiz vom 7.5.2004, Akten RSA 5D pag. 39). Mit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 16 Gesamtentscheid vom 28. Juli 2004 bewilligte er das Bauvorhaben und erteilte die beantragte Betriebsbewilligung A für den Pavillon (Betriebsumfang: 1 Ausschankraum mit max. 30 Sitzplätzen; Akten RSA 5C pag. 164 ff.). Die Betriebsbewilligung vom 1. Juni 2005 und die darauffolgende, bis Ende 2017 geltende Betriebsbewilligung vom 23. Januar 2008 der neuen verantwortlichen Person wurden weiterhin für max. 30 Sitzplätze ausgestellt (Akten RSA 5D pag. 15 ff.). Nach einem erneuten Pächterwechsel erteilte der frühere Regierungsrat am 29. November 2017 eine Betriebsbewilligung für 30 Sitzplätze im Pavillon sowie 30 Sitzplätze auf der Terrasse und am 21. Juni 2018 sowie 7. Dezember 2018 befristete Betriebsbewilligungen für jeweils 20 Innen- und 60 Aussensitzplätze (Akten RSA 5D pag. 19 ff.). Die Betriebsbewilligung vom 12. März 2019, welche die Regierungsrätin für die Aussenbewirtung per 30. Juni 2022 widerrufen hat (vorne E. 2.1), wurde schliesslich für 24 Innensitzplätze und 60 Sitzplätze im Freien ausgestellt (Akten RSA 5D pag. 30 f.).

E. 6.3

Mit Blick auf diese Aktenlage ist der Schluss der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach keine Baubewilligung für die Nutzung der Aussensitzplätze vorliegt (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.3.2 f.). Eine solche ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen im Gesamtentscheid vom 28. Juli 2004 (Akten RSA 5C pag. 164 ff.) auch nicht stillschweigend mitzuhalten. Im Gegenteil: Die Baubewilligung bezieht sich auf das Baugesuch vom 25. April 2003 und die abgestempelten Pläne zur Projektänderung vom 16. Januar 2004. Sie betrifft – nebst dem Anbringen einer Fassadenreklame – nur den Neubau des unterkellerten Pavillons in der Hotelzone; eine Aussenbestuhlung und die Freifläche nach SFG, d.h. der Aussenraum des Pavillons, werden nicht erwähnt. Die bewilligten Pläne befassen sich ausschliesslich mit dem Pavillon; im Aussenraum ist – mit Ausnahme von Parkplätzen entlang der Strasse – nichts eingezeichnet. Damit steht die gleichzeitig mit der Baubewilligung erteilte Betriebsbewilligung A in Einklang. Sie wurde ausdrücklich «für den Pavillon» erteilt. Der Betriebsumfang ist wie folgt umschrieben: «1 Ausschankraum mit max. 30 Sitzplätzen». Die vorgeschriebenen Öffnungszeiten betreffen ebenfalls (nur) den Pavillon. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.3.3), enthält der Gesamtentscheid auch sonst keine Hinweise, dass die räumlichen Folgen der Nutzung von Aussensitzplätzen geprüft und beurteilt wor-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 17 den wären. Die Einsprachen betrafen hauptsächlich die Masse und das ästhetische Erscheinungsbild des Pavillons. Soweit Lärmimmissionen thematisiert wurden (vgl. Beschwerde S. 24 f.), verweist der Gesamtentscheid auf die Öffnungszeiten der Gastwirtschaftsbewilligung für den Pavillon und darauf, dass das Bauvorhaben aufgrund der Nutzungsbestimmungen für die Hotelzone der Lärmempfindlichkeitsstufe III zugeordnet werde (Ziff. II [Einsprache einer Erbgemeinschaft zu Emissionen], Ziff. III.1.f und III.4). Eine Prüfung der Lärmbelastung durch eine Terrassennutzung ist damit entgegen den Beschwerdeführerinnen nicht erfolgt. Die Aussensitzplätze waren auch nicht Gegenstand der Schlussabnahme (Beschwerde S. 24). Aus der im Protokoll vom 9. Juni 2005 enthaltenen Bezeichnung des Bauvorhabens als «Ersatz Partyzelt. Neubau Pavillon für den Betrieb als Garten-Restaurant» kann nichts Dergleichen abgeleitet werden (Akten RSA 5C pag. 126). Zum einen bezieht sich der Begriff «Garten-Restaurant» ausdrücklich auf den neuen Pavillon, der auf drei Seiten über Fensterschiebefronten verfügt, die geöffnet werden können, und damit einem Restaurant im Freien nahekommt (vgl. bewilligte Pläne, Akten RSA 5C pag. 178 ff.). Zum andern vermöchte eine Bauabnahme (Schlusskontrolle) eine fehlende Bewilligung ohnehin nicht zu ersetzen (BVR 2011 S. 200 E. 4.4.2 mit Hinweis).

E. 6.4

Für Aussensitzplätze wurde mit der Gesamtbewilligung vom 28. Juli 2004 folglich weder eine Bau- noch eine Gastgewerbebewilligung erteilt. Wenn – wie die Beschwerdeführerinnen ausführen – seit 2004 trotzdem 60 Aussensitzplätze bewirtet wurden, geschah dies nach dem Gesagten zu Unrecht; die Betriebsbewilligungen von 2017 bis 2019 ändern daran mangels Baubewilligung nichts.

E. 6.5

Mit der Vorinstanz ist schliesslich festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen sich auch nicht mit Erfolg auf eine (positive) Vorwirkung von allfälligem neuem Recht berufen können (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.4.2; Beschwerde S. 34; Eingabe vom 27.4.2023

act. 12 S. 4). Weder die Motion Amstutz «Das SFG ist für saisonale Aussenplätze und für den kommerziellen Bereich mit öffentlichem Interesse zu lockern», die der Grosse Rat am 9. März 2023 angenommen hat (vgl. act. 12A Beilage 2; ebenfalls einsehbar unter: <www.gr.be.ch>, Geschäftsnummer: 2022.RRGR.238), noch eine offenbar für das laufende Jahr geplante Überarbeitung des Ufer-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 18 schutzplans (vgl. Akten RSA act. 5D pag. 86) ändern etwas am Ergebnis, dass die Bewirtung von Aussensitzplätzen nach geltendem Recht eine Baubewilligung voraussetzt, die nicht vorhanden ist, weshalb zu Recht keine Betriebsbewilligung erteilt wurde. Die von den Beschwerdeführerinnen ebenfalls erwähnte Motion Knutti «Keine schädigenden Einschränkungen und Massnahmen im Gastronomiebereich» hat der Grosse Rat im Übrigen am 13. September 2022 in ein Postulat umgewandelt und gleichzeitig abgeschrieben (Akten WEU 5A pag. 76; auch abrufbar unter: <www.gr.be.ch>, Geschäftsnummer: 2022.RRGR.192; vgl. Beschwerde S. 28 und 30).

E. 6.6

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass es den Beschwerdeführerinnen jederzeit offensteht, selber ein (nachträgliches) Baugesuch sowie ein neues Gastgewerbegesuch für die Terrassennutzung beim dafür zuständigen Regierungsstatthalteramt Thun einzureichen. Ein Baubewilligungsverfahren wird (auch im Baupolizeiverfahren) nicht von Amtes wegen eingeleitet; eine entsprechende Anordnung ist nicht angezeigt (angefochtener Entscheid E. 1.2.4 und 4.4.3). Auch eine Rückweisung der Sache an die Gemeinde zur Durchführung eines Baupolizeiverfahrens ist nicht erforderlich, da die Gemeinde von Amtes wegen einzuschreiten hätte, sollte die Aussenbewirtung trotz fehlender Bau- und Betriebsbewilligung fortgeführt werden. Der vor Verwaltungsgericht erneut gestellte Antrag auf Sistierung des Verfahrens, damit die Gemeinde ein Baupolizeiverfahren einleiten und ein nachträgliches Baugesuch «ausgelöst» werden kann, wird deshalb abgewiesen (vgl. Beschwerde Rechtsbegehren Ziff. 4). Ebenso wenig besteht mit Blick auf allfälliges neues Recht Anlass, das Verfahren zu sistieren oder die Zwischenverfügung «in Revision» zu ziehen (vgl. E. 6.5 hiervor; Eingabe vom 27.4.2023 act. 12 S. 4 f.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite 19

E. 7.1

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Verweigerung der Betriebsbewilligung im Umfang der Aussensitzplätze zu Recht bestätigt hat. Der angefochtene Entscheid hält der Rechtskontrolle stand.

E. 7.2

Bei diesem Verfahrensausgang werden die unterliegenden Beschwerdeführerinnen unter Solidarhaft kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 4'000.--, werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. 3. Es werden keine Parteikosten gesprochen. 4. Zu eröffnen: - Beschwerdeführerin 1 -

Beschwerdeführerin 2 - Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern -
Einwohnergemeinde Sigriswil und mitzuteilen: - Regierungsstatthalteramt Thun Die
Abteilungspräsidentin: Die Gerichtsschreiberin:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27.06.2023, Nr. 100.2023.12U, Seite
20 Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim
Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten
gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bun-
desgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.