

100.2017.341A
KEP/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Abschreibungsverfügung des Einzelrichters
vom 7. August 2019**

Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiberin Geiser Keller

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführer

gegen

1. **Stockwerkeigentümergeinschaft B.** _____
2. **C.** _____
3. **D.** _____
4. **E.** _____
5. **F.** _____
6. **G.** _____
7. **H.** _____
8. **I.** _____
9. **J.** _____
10. **K.** _____
alle vertreten durch Rechtsanwältin ...
Beschwerdegegnerschaft

und

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Reiterstrasse 11, 3011 Bern



sowie

Einwohnergemeinde Bern

Bauinspektorat, Bundesgasse 38, Postfach, 3001 Bern

betreffend Baubewilligung für Kiosk mit Nutzungsbeschränkung (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 14. November 2017; RA Nr. 110/2017/68)

Der Einzelrichter zieht in Erwägung,

dass die Einwohnergemeinde (EG) Bern dem Beschwerdeführer mit Datum vom 6. Juli 2016 für das «Betreiben eines Kiosks mit kleinem Angebot an Lebensmitteln und Café-Bar (kein Verkauf von Alkohol)» eine kleine Baubewilligung erteilte und diese u.a. mit der folgenden Nutzungseinschränkung versah: «Die Abgabe und der Verkauf von warmen Speisen sind einzustellen.»,

dass die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) mit Entscheid vom 14. November 2017 das gegen die genannte Nutzungseinschränkung erhobene Rechtsmittel des Beschwerdeführers abwies,

dass der Beschwerdeführer dagegen am 14. Dezember 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben hat und die Aufhebung der genannten Nutzungseinschränkung beantragt,

dass der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 16. Mai 2019 eine am 7./14. Mai 2019 zwischen ihm und der Beschwerdegegnerschaft aussergerichtlich abgeschlossene Vereinbarung eingereicht hat mit folgendem Wortlaut:

- «1. Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist damit einverstanden, dass A. _____ im Kiosk an der ...strasse ... in Bern warme Speisen anliefern lässt, warmhält (nicht aufwärmt) und verkauft, soweit die Verpflichtungen gemäss Ziff. 2 und 3 sogleich eingehalten werden.

2. Die Geruchsabzugshauben sind jeweils eine halbe Stunde vor Anlieferung des Essens in Betrieb zu nehmen und erst eine Stunde, nachdem sämtliche warmen Speisen aus dem Kiosk entfernt sind, abzustellen. Der Verkauf von warmen Speisen ist nur von 11.00 Uhr bis längstens 16.00 Uhr gestattet.
3. Die Aktivkohlefiltermatten sind jeweils nach zweiwöchigem Betrieb auszutauschen. Der Hauswart ist berechtigt, den Austausch im Auftrag der Stockwerkeigentümergeinschaft zu kontrollieren und die Filter im Unterlassungsfall auf Kosten von A. _____ auszutauschen.
4. Sollte A. _____ die Verpflichtungen gemäss Ziff. 2 und 3 nicht befolgen, lebt das Verbot, warme Speisen zu verkaufen, unverzüglich wieder auf (mit Straffolge des Art. 292 StGB im Verletzungsfall).
5. A. _____ nimmt zur Kenntnis, das im Kiosk gemäss Baubewilligung nur sechs Steh- oder Sitzplätze angeboten werden dürfen, und er verpflichtet sich, diese Vorschrift zu respektieren.
6. Alle Parteien verpflichten sich, sämtliche obligatorischen Bestimmungen dieser Vereinbarung auf ihre Rechtsnachfolger zu übertragen, mit der Verpflichtung zur Weiterübertragung auf spätere Rechtsnachfolger, unter Schadenersatzfolge im Unterlassungsfall.
7. Die Parteien stellen dem Verwaltungsgericht gemeinsam die folgenden Anträge:
 - a. Der Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion vom 14. November 2017 (RA Nr. 110/2018/68) sei aufzuheben. Bezogen auf das betreffende Verfahren seien keine Kosten zu sprechen. Die Verfahrenskosten seien vom Kanton zu tragen, eventualiter vom Beschwerdeführer, unter Vorbehalt des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege. Wenn diese Kostenregelung wider Erwarten mit dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege rechtlich nicht vereinbar sein sollte, wird die Verteilung der Verfahrenskosten vom Verwaltungsgericht von Amtes wegen geregelt.
 - b. Die von der Baubewilligungsbehörde der Stadt Bern am 6. Juli 2016 erteilte „Kleine Baubewilligung mit Nutzungseinschränkung“ (Baukontroll-Nr. 2013-0432) sei unter Vorbehalt gemäss lit. c nachstehend insoweit aufzuheben, als darin die „Abgabe und der Verkauf von warmen Speisen“ untersagt wird.
 - c. Die vorliegende Vereinbarung sei insgesamt als integrierender Bestandteil in die Baubewilligung aufzunehmen.
 - d. Die Parteikosten des Verfahrens 100.2017.341 seien wettzuschlagen (jede Partei trägt ihre Anwaltskosten), bezogen auf A. _____ unter Vorbehalt des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege.
 - e. Die Verfahrenskosten des Verfahrens 100.2017.341 trägt A. _____, unter Vorbehalt des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege. Wenn diese Kostenregelung wider Erwarten mit dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege rechtlich nicht vereinbar sein sollte, wird die Verteilung der Verfahrenskosten vom Verwaltungsgericht von Amtes wegen geregelt.
 - f. Das Verfahren 100.2017.341 sei als erledigt abzuschreiben.»

dass ein gerichtlicher Vergleich nicht nur vorliegt, wenn ein solcher vor einer Verwaltungsjustizbehörde oder unter deren Mitwirkung abgeschlossen wird, sondern auch, wenn die Parteien einen aussergerichtlich zustande gekommenen Vergleich zu den Akten bzw. zu Protokoll geben und dieser von der Verwaltungsjustizbehörde genehmigt wird (Art. 114 Abs. 3 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 39 N. 11 sowie Art. 114 N. 9 und 10),

dass Ziffer 1 der Vereinbarung vom 7./14. Mai 2019 genehmigt werden kann, zumal sich die EG Bern als Baubewilligungsbehörde mit Eingabe vom 5. Juni 2019 mit dem Betriebskonzept einverstanden erklärt hat,

dass die EG Bern mit Eingabe vom 5. Juni 2019 beantragt, anstelle der entsprechenden Ziffern der Vereinbarung vom 7./14. Mai 2019 den ersten Punkt der Nutzungseinschränkung in der Baubewilligung vom 6. Juli 2016 wie folgt neu zu fassen:

«Warme Speisen dürfen nur dann abgegeben und verkauft werden, wenn jeweils eine halbe Stunde vor Anlieferung des Essens die Geruchsabzugshauben in Betrieb genommen werden und erst eine Stunde, nachdem sämtliche warmen Speisen aus dem Kiosk entfernt sind diese abgestellt werden. Die Aktivkohlefiltermatten sind jeweils nach zweiwöchigem Betrieb auszutauschen. Der Verkauf von warmen Speisen ist nur von 11 Uhr bis längstens 16 Uhr gestattet.»

dass sich der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 5. Juli 2019, die Beschwerdegegnerschaft mit Eingabe vom 4. Juli 2019 sowie die BVE mit Eingabe vom 17. Juni 2019 mit dem genannten Antrag der EG Bern einverstanden erklärt haben,

dass dem Antrag der EG Bern auf Ergänzung der Baubewilligung vom 6. Juli 2016 stattzugeben ist,

dass mit der Neufassung des ersten Punktes der Nutzungseinschränkungen in der Baubewilligung vom 6. Juli 2016 die Ziffern 2-4 der Vereinbarung vom 7./14. Mai 2019 hinfällig werden,

- dass die Baubewilligung vom 6. Juli 2016 bereits bestimmt, dass nur sechs Steh- oder Sitzplätze angeboten werden dürfen, weshalb Ziffer 5 der Vereinbarung vom 7./14. Mai 2019 unnötig ist und deshalb nicht genehmigt wird,
- dass Ziffer 6 der Vereinbarung vom 7./14. Mai 2019 ebenfalls nicht genehmigt wird, da es sich dabei um eine privatrechtliche Abmachung handelt, die aus öffentlich-rechtlicher Sicht nicht der Genehmigung bedarf und die Baubewilligung im Übrigen auch für allfällige Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger des Beschwerdeführers gilt (Art. 42 Abs. 1 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]),
- dass es sich bei den in Ziffer 7 der Vereinbarung vom 7./14. Mai 2019 genannten Punkten um Anträge an das Verwaltungsgericht handelt, die zu behandeln, aber nicht zu genehmigen sind,
- dass mit dem von den Parteien abgeschlossenen und gerichtlich genehmigten Vergleich das rechtserhebliche Interesse an der Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. Dezember 2017 weggefallen ist und das Verfahren 100.2017.341 daher als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben ist (Art. 39 Abs. 1 VRPG),
- dass sich die Verlegung der Kosten im Vergleichsfall in erster Linie nach dem Vereinbarten richtet, da die Parteien grundsätzlich frei über die Kostentragungspflicht disponieren und insbesondere auch von den gesetzlichen Verlegungsgrundsätzen bei Rückzug, Abstand oder anderen Fällen der Gegenstandslosigkeit abweichen können (Art. 110 Abs. 3 VRPG),
- dass es sich nur anders verhalten würde, wenn die Parteien keine Regelung getroffen hätten oder die instruierende Behörde der einvernehmlichen Kostenliquidation nicht zustimmen könnte, weil eine rechtswidrige Lösung vereinbart worden ist; das kann insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien eine Kostenliquidation zulasten unbeteiligter Drittpersonen vereinbart haben; diesfalls ist zu prüfen, wer in welchem Umfang als unterliegend zu gelten hat, wobei zur Beantwortung

dieser Frage die Vergleichsregelung an den Rechtsbegehren der Parteien zu messen ist (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 110 N. 6 und 12),

dass aufgrund der neuen Regelung des ersten Punkts der Nutzungseinschränkung in der Baubewilligung der EG Bern vom 6. Juli 2016 von einem je hälftigen Unterliegen der beiden Parteien auszugehen wäre (vgl. Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG),

dass aus dieser Sicht die Belastung des Beschwerdeführers mit den gesamten Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht angesichts der ihm mit Verfügung vom 7. Februar 2018 gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einer Absprache zulasten des Kantons Bern gleichkommt, der nicht zugestimmt werden kann (vgl. Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, N. 471 mit Hinweis auf BGer 4A_362/2017 vom 26.10.2017 E. 3.5),

dass deshalb die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, die aus einer reduzierten Pauschalgebühr sowie den aufgelaufenen Kosten für das zunächst in Auftrag gegebene und später sistierte Gutachten bestehen (Art. 103 Abs. 1 VRPG), den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen sind,

dass die angefallenen Kosten für das Geruchsgutachten entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerschaft (vgl. deren Eingabe vom 4. Juli 2019) angemessen sind, indem sie gemäss Rechnung vom 24. Mai 2019 dem Aufwand für Aktenstudium, Behördenkontakte und interne Abklärungen entsprechen, der vor Einstellung der Arbeiten insbesondere für die Erstellung von Offerte und Vorgehenskonzept geboten war,

dass der Vereinbarung, wonach die Parteikosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht wettzuschlagen seien, grundsätzlich zugestimmt werden kann,

dass der Beschwerdeführer dabei allerdings nur im Umfang, der seinem Unterliegen entsprechen würde, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung eines amtlichen Anwalts hat,

dass sich die amtliche Entschädigung nach dem gebotenen Zeitaufwand bestimmt, wobei die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen sind, und der entsprechende Stundenansatz Fr. 200.-- beträgt (Art. 112 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 und 4 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 1 der Verordnung vom 20. Oktober 2010 über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]),

dass der vom Anwalt des Beschwerdeführers geltend gemachte Zeitaufwand von insgesamt 41,6 Stunden – bei aller Anerkennung der zeitintensiven Vergleichsbemühungen – angesichts der durchschnittlichen Bedeutung der Streitsache und der durchschnittlichen Schwierigkeit des Prozesses überhöht erscheint und auf 36 Stunden zu kürzen ist, wovon wie ausgeführt die Hälfte, d.h. 18 Stunden, zu entschädigen ist,

dass die amtliche Entschädigung unter Berücksichtigung der hälftigen Auslagen und der Mehrwertsteuer mit zwei unterschiedlichen Sätzen auf pauschal Fr. 4'075.-- festzusetzen ist,

dass im Umfang, der dem Unterliegen des Beschwerdeführers im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht entspricht, d.h. für die Hälfte der Parteikosten, mit Blick auf den Nachforderungsanspruch seines Anwalts auch der tarifmässige Parteikostenersatz festzulegen ist (Art. 113 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 42a Abs. 2 und 3 KAG und Art. 123 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]),

dass das Honorar gemäss Art. 41 Abs. 1 KAG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz beträgt, wobei sich der Parteikostenersatz innerhalb dieses Rahmentarifs nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses bemisst (Art. 41 Abs. 3 KAG),

dass der Anwalt des Beschwerdeführers in seiner Kostennote vom 24. Juli 2019 für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von insgesamt Fr. 11'648.-- geltend macht,

dass das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zwar sehr zeitaufwändig war, es aber nach den beiden weiteren genannten gesetzlichen Kriterien durchschnittlich erscheint, weshalb das dafür geforderte Honorar übersetzt und auf pauschal Fr. 8'800.-- (inkl. Auslagen und MWSt) zu kürzen ist,

dass der tarifmässige Parteikostenersatz für die Hälfte der Parteikosten somit Fr. 4'400.-- (inkl. Auslagen und MWSt) beträgt,

dass der Vereinbarung, wonach die Kosten des Verfahrens vor der BVE vom Kanton zu tragen sind, aus den genannten Gründen nicht zugestimmt werden kann,

dass die Kosten des Verfahrens vor der BVE diesfalls vereinbarungsgemäss vom Beschwerdeführer zu tragen sind, wobei zu berücksichtigen ist, dass ihm für das vorinstanzliche Verfahren keine unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde (vgl. Stellungnahme der BVE vom 7.6.2019, S. 2),

dass der Vereinbarung, wonach für das Verfahren vor der BVE keine Parteikosten zu sprechen seien, zugestimmt werden kann,

dass sich die einzelrichterliche Zuständigkeit aus Art. 39 Abs. 1 VRPG und Art. 57 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) ergibt.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Der erste Punkt der Nutzungseinschränkung in der Baubewilligung der Einwohnergemeinde Bern vom 6. Juli 2016 wird wie folgt neu gefasst:

«Warme Speisen dürfen nur dann abgegeben und verkauft werden, wenn jeweils eine halbe Stunde vor Anlieferung des Essens die Geruchsabzugshauben in Betrieb genommen werden und erst eine Stunde, nachdem sämtliche warmen Speisen aus dem Kiosk entfernt sind diese abgestellt werden. Die Aktivkohlefiltermatten sind jeweils nach zweiwöchigem Betrieb auszutauschen. Der Verkauf von warmen Speisen ist nur von 11 Uhr bis längstens 16 Uhr gestattet.»

2. Ziffer 1 der Vereinbarung vom 7./14. Mai 2019 wird genehmigt.
3. Das Verfahren 100.2017.341 wird als durch aussergerichtlich abgeschlossenen und gerichtlich genehmigten Vergleich gegenstandslos geworden vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
4. a) Die Pauschalgebühr für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf Fr. 1'000.--, und die Kosten von Fr. 1'739.15 für das Geruchsgutachten, total ausmachend Fr. 2'739.15, werden den Parteien je zur Hälfte, d.h. zu je Fr. 1'369.55, auferlegt. Den Kostenanteil des Beschwerdeführers trägt vorerst der Kanton Bern; vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers.
b) Die im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten werden wettgeschlagen.
c) Der tarifmässige Parteikostenersatz wird in diesem Verfahren auf Fr. 4'400.-- (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzt. Rechtsanwalt ..., Bern, wird aus der Gerichtskasse eine auf Fr. 4'075.-- (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzte Entschädigung vergütet; vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers.
5. a) Die Kosten für das Verfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

b) Für das Verfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern werden keine Parteikosten gesprochen.

6. Zu eröffnen:

- dem Beschwerdeführer
- der Beschwerdegegnerschaft
- der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
- der Einwohnergemeinde Bern
- dem Bundesamt für Umwelt

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung 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 Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.