

100.2022.321U
HAT/SES/SPR

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 23. November 2022

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Gerichtsschreiberin Seiler

1. **A. _____ GmbH**

2. **B. _____**

Beschwerdeführerinnen

gegen

Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern
Rechtsabteilung, Münsterplatz 3a, Postfach, 3000 Bern 8

betreffend Betriebsbewilligung; vorsorgliche Massnahmen (Verfügung der
Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern vom
19. Oktober 2022; A2022-006T5)



Prozessgeschichte:

A.

Die A._____ GmbH ist Eigentümerin der Parzelle ...-Gbbl. Nr. 1._____ auf der ein Restaurant steht. Der Pavillon mit den Innenräumen des Restaurants befindet sich in der Hotelzone, während die restliche Fläche der Parzelle, namentlich auch die Aussensitzplätze des Restaurants, in der Freihaltezone gemäss Gesetz vom 6. Juni 1982 über See- und Flussufer (SFG; BSG 704.1) liegt. Am 29. Juni 2022 erteilte die Regierungsstatthalterin des Verwaltungskreises Thun B._____ als verantwortlicher Person eine unbefristete Betriebsbewilligung A für 30 Sitzplätze im Innenbereich. Für die ebenfalls beantragte Nutzung der Aussensitzplätze erteilte sie eine bis zum 30. September 2022 befristete gastgewerbliche Einzelbewilligung F, verweigerte aber eine unbefristete Bewilligung mangels Zonenkonformität der Aussenfläche des Restaurants. Dagegen erhob die A._____ GmbH am 7. Juli 2022 Beschwerde bei der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern (WEU). Dabei beantragte sie unter anderem, es sei festzustellen, dass die Nutzung der Aussensitzplätze für die Dauer des Verfahrens gestattet sei.

B.

Die WEU beteiligte B._____ von Amtes wegen am Verfahren und verlängerte am 11. August 2022 im Sinn einer vorsorglichen Massnahme die gastgewerbliche Einzelbewilligung F, mithin die Nutzung der Aussensitzplätze, um einen Monat bis Ende Oktober 2022. Darüber hinaus, d.h. für die restliche Dauer des Verfahrens, wies sie das Gesuch ab. Diese Zwischenverfügung blieb unangefochten.

C.

Mit Schlussbemerkungen im Hauptverfahren vom 26. September 2022 beantragten die A._____ GmbH und B._____ (erneut) sinngemäss, den

Betrieb der Aussensitzplätze als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens zu bewilligen. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2022 wies die WEU dieses Gesuch ab.

D.

Dagegen haben die A._____ GmbH und B._____ am 24. Oktober 2022 gemeinsam Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben und beantragt, die Bewirtung auch der Aussensitzplätze bis zum Ausgang des Verfahrens zu erlauben.

Das gleichzeitig gestellte Begehren, diese vorsorgliche Massnahme sei «wegen der absoluten Dringlichkeit» als Superprovisorium anzuordnen, hat der Abteilungspräsident mit Verfügung vom 25. Oktober 2022 abgewiesen.

Mit Vernehmlassung vom 8. November 2022 beantragt die WEU, die Beschwerde sei abzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 74 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen. Angefochten ist eine Zwischenverfügung, mit der die WEU die Verlängerung bzw. Neuordnung vorsorglicher Massnahmen verweigerte (vgl. Art. 61 Abs. 1 Bst. g VPRG). Diese Verfügung unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Sache selbst (Art. 75 Bst. a VRPG im Umkehrschluss). In der Hauptsache ist strittig, ob die Regierungsstatthalterin das Gesuch um Erteilung einer unbefristeten gastgewerblichen Betriebsbewilligung A für den Aussenbereich des Restaurants zu Recht verweigert hat (vgl. vorne Bst. A). Solche Verfügungen unterliegen in

zweiter Instanz der Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Somit steht auch gegen die angefochtene Zwischenverfügung der WEU grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen (vgl. auch VGE 2022/262 vom 9.11.2022 [noch nicht rechtskräftig] E. 1.1).

1.2 Zwischenverfügungen, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand oder die Ablehnung betreffen, sind nach Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG unter anderem dann selbstständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können.

1.2.1 Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG wird praxisgemäss bejaht, wenn die beschwerdeführende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung hat, wobei kein irreparabler Schaden erforderlich ist. Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Anfechtung der Zwischenverfügung ist bereits dann gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag. Dabei genügt auch ein tatsächliches – etwa bloss wirtschaftliches – Interesse, soweit es für die betroffene Person nicht nur darum geht, eine Verteuerung oder eine aus wirtschaftlicher Sicht ungünstige Verlängerung des Verfahrens zu verhindern. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss in jedem Fall dargetan sein, wobei das Glaubhaftmachen genügt (BVR 2017 S. 205 E. 1.3, 2016 S. 237 E. 5.1 mit Hinweisen).

1.2.2 Die Beschwerdeführerinnen äussern sich nicht ausdrücklich zur Zulässigkeit der Beschwerde bzw. dem Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Die Beschwerdeführerin 2 macht aber geltend, durch die Schliessung der Terrasse während des Verfahrens auch im Winter erhebliche Umsatzeinbussen in Kauf nehmen zu müssen. Sie müsse Personal entlassen und allenfalls mit einer Betriebsschliessung rechnen (Beschwerde Ziff. 4). Zwar können nicht unerhebliche finanzielle Einbussen, gerade wenn sie auch zu Personalentlassungen oder gar einer Betriebsschliessung zu führen drohen, grundsätzlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil begründen (VGE 2022/262 vom 9.11.2022 [noch nicht rechtskräftig] E. 1.2.2). Die Beschwerdeführerin 2 macht aber bloss pauschale Aussagen und nennt insbesondere keine konkreten Zahlen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass auch in der kälteren Jahreszeit einzelne Gäste sich auf die Ter-

rasse setzen und konsumieren möchten, zumal die Beschwerdeführerin 2 Decken zur Verfügung stellen will. Es liegt aber nicht ohne weiteres auf der Hand, dass der dabei erzielte Umsatz massgeblich ins Gewicht fällt. Ob die geltend gemachten Nachteile genügen, ist daher fraglich, kann mit Blick auf die folgenden Erwägungen aber offenbleiben.

1.3 Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen teilgenommen und sind mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, womit sie formell legitimiert sind (Art. 79 Abs. 1 Bst. a VRPG). Die Beschwerdeführerin 2 ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges aktuelles und praktisches Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 Bst. b und c VRPG). Die Beschwerdeführerin 1 ist als Vermieterin der Räumlichkeiten demgegenüber nur indirekt vom Zwischenentscheid betroffen. Ob sie dennoch zur Beschwerde befugt ist, muss nicht abschliessend geklärt werden, zumal sie mit der Beschwerdeführerin 2 zusammen Rechte geltend macht (vgl. dazu Michel Daum bzw. Michael Pflüger, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 20a N. 40 bzw. Art. 79 N. 2 i.V.m. Art. 65 N. 3). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist (unter Vorbehalt von E. 1.2.2 hiervor) einzutreten.

1.4 Zur Beurteilung der Beschwerde ist der Einzelrichter zuständig (Art. 56 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Er überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob die WEU zu Unrecht, darauf verzichtet hat, die bis Ende Oktober 2022 geltenden vorsorglichen Massnahmen zu verlängern bzw. neu anzuordnen.

2.1 Die instruierende Behörde kann, unter anderem zum Schutz erheblicher öffentlicher oder privater Interessen, auf Antrag oder von Amtes wegen

vor dem Erlass einer Verfügung oder eines Entscheids vorsorgliche Massnahmen anordnen (Art. 27 Abs. 1 Bst. a). Ob einstweilige Anordnungen geboten sind, ist unter Abwägung aller in Betracht fallender Interessen zu entscheiden. In dieser Interessenabwägung können auch die Erfolgsaussichten in der Hauptsache beleuchtet werden. Diese fallen praxisgemäss allerdings nur ins Gewicht, wenn der Prozessausgang – anders als hier – eindeutig erscheint (BVR 2012 S. 145 E. 3.1; zum Ganzen Daum/Rechsteiner, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 27 N. 18). Auf jeden Fall ist beim einstweiligen Rechtsschutz besondere Zurückhaltung geboten, wenn damit die mit dem Hauptverfahren angestrebte Rechtsfolge vorweggenommen wird, ohne dass eine nahezu sichere (positive) Prognose über den Ausgang des Verfahrens gestellt werden könnte (vgl. zum Ganzen VGE 2022/262 vom 9.11.2022 [noch nicht rechtskräftig] E. 2.1).

2.2 Vorsorgliche Massnahmen können von Amtes wegen oder auf Antrag abgeändert oder aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen zu ihrem Erlass ganz oder teilweise dahingefallen sind (Art. 27 Abs. 2 VRPG). Dem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kommt damit im Unterschied zu Beurteilung der Hauptsache nur beschränkte Rechtskraft zu. Das gilt auch, soweit der provisorische Rechtsschutz verweigert wurde. Es steht der gesuchstellenden Person frei, jederzeit ein neues Begehren zu stellen, wenn sie neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorbringen kann oder wenn sich die Sachlage verändert hat (Daum/Rechsteiner, a.a.O., Art. 27 N. 48 und 50).

2.3 Beim Entscheid über vorsorgliche Massnahmen steht den zuständigen Behörden ein erheblicher, von den Rechtsmittelbehörden zu beachtender Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (Daum/Rechsteiner, a.a.O., Art. 27 N. 5 mit Hinweisen).

3.

3.1 Mit Verfügung vom 11. August 2022 liess die WEU die Nutzung der Terrasse im Sinn einer vorsorglichen Massnahme bis Ende Oktober 2022 zu und begründete dies wie folgt: Die Aussensitzplätze würden einen wesentlichen Teil der gesamthaft zur Verfügung stehenden Fläche ausmachen und seien für den Gastgewerbebetrieb daher von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Die Beschwerdeführerin 2 habe daher ein beträchtliches Interesse, die Sitzplätze während der Dauer des Verfahrens zu bewirten, zumal die Nutzung der Aussenfläche über längere Zeit geduldet bzw. der vormaligen Inhaberin der Betriebsbewilligung sogar bewilligt worden war. Es sei aber zu berücksichtigen, dass das Interesse an der Bewirtung der Aussensitzplätze gegen Jahresende deutlich abnehmen dürfte, auch wenn diese das ganze Jahr hindurch genutzt würden; spätestens ab November sei es nicht mehr als überwiegend zu bezeichnen (Vorakten 3A pag. 55 f.). Die Beschwerdeführerinnen haben diese Verfügung akzeptiert.

3.2 In der hier angefochtenen Verfügung vom 19. Oktober 2022 hat die Vorinstanz erwogen, die Sachlage präsentiere sich im Wesentlichen gleich wie bereits im August 2022. Weiterhin bestehe ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Durchsetzung der Bau-, Lärm- und Gewässerschutzgesetzgebung. Es sei Sache der Beschwerdeführerinnen, ein diese Interessen überwiegendes (privates oder öffentliches) Interesse am Erlass vorsorglicher Massnahmen darzutun und mit konkreten Beweismitteln zu belegen. Die pauschale Behauptung, die Aussensitzplätze würden das ganze Jahr dringend benötigt, genüge nicht, zumal der Betrieb im Innenbereich weiterhin zulässig sei. Dass Mobiliar eingelagert werden müsse und fehlende Stühle und Tische «einen traurigen Eindruck abgeben» würden, reiche ebenso wenig. Selbst wenn auch im Winter mit dem Aussenbereich gewisse Einnahmen erzielt werden könnten, überwiege dies die öffentlichen Interessen nicht (angefochtene Verfügung vom 19.10.2022 S. 4).

3.3 Diese Erwägungen der Vorinstanz überzeugen ohne weiteres: Namentlich ist gegenüber August 2022 keine zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen veränderte Sachlage ersichtlich. Deren Einwand, sie hätten mit einem Entscheid in der Sache bis Ende Oktober gerechnet, weshalb sich die Umstände nun, da dieser ausgeblieben sei, verändert hätten, ist unbehelflich. Dass der Verfahrensgang nicht den Vorstellungen der Beschwerdefüh-

rerinnen entspricht, ändert an den allein massgebenden objektiven Umständen nichts. Aus den Akten ergibt sich zudem nicht, dass die WEU den Beschwerdeführerinnen entsprechende Zusicherungen gemacht hätte (vgl. auch Vernehmlassung vom 8.11.2022 Ziff. 4). Im Gegenteil, hat sie doch bereits in der Verfügung vom 11. August 2022 für den über den 31. Oktober 2022 hinausgehenden Zeitraum eine Interessenabwägung zu Ungunsten der Beschwerdeführerinnen vorgenommen; daraus folgt zumindest implizit, dass das Verfahren länger dauern kann. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die WEU in Bezug auf das erneute Ersuchen der Beschwerdeführerinnen die Bewirtung der Aussensitzplätze vorsorglich zu bewilligen, von einer unveränderten Sachlage ausgegangen ist. Es bestand mithin kein Anlass, auf ihre Verfügung vom 11. August 2022 zurückzukommen bzw. neue vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.

3.4 Es liegen denn auch keine neuen rechtserheblichen Beweismittel vor. Die Beschwerdeführerinnen verzichten weiterhin darauf, ihre Behauptung, wonach die Beschwerdeführerin 2 bei Schliessung des Aussenbereichs mit existenzbedrohenden Minderinnahmen rechnen müsste, was an sich gewichtige persönliche Interessen darstellen könnte (VGE 23349 vom 4.7.2008 E. 3.2.2), zu konkretisieren und zu belegen. Solche Auswirkungen liegen hier – zumindest für die Wintermonate – nicht auf der Hand (vorne E. 1.2.2). Die Güterabwägung der Vorinstanz überzeugt darum auch im Ergebnis. Von einer rechtsfehlerhaften Ermessenausübung kann nicht die Rede sein (vgl. zum Ermessens- und Beurteilungsspielraum der anordnenden Behörde und zur Kognition des Einzelrichters vorne E. 2.3 und 1.4).

4.

Die angefochtene Zwischenverfügung hält der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine angefallen.

5.

Gegen das vorliegende Urteil steht – wie in der Hauptsache – grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) offen (Einheit des Verfahrens; vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3 mit Hinweisen). Da es sich um einen Zwischenentscheid in Sinn von Art. 93 BGG handelt (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3), sind die (zusätzlichen) Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG zu beachten.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'500.--, werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführerinnen
 - Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bernund mitzuteilen:
 - Regierungsstatthalteramt Thun

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.11.2022, Nr. 100.2022.321U,
Seite 10

Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.