

Münsterplatz 3a  
3011 Bern  
Telefon    031 633 48 45  
Telefax    031 633 48 52

A2012-007BU

DER  
VOLKSWIRTSCHAFTSDIREKTOR

hat in der Beschwerdesache



XXX

Beschwerdeführerin

gegen

Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Biel, Schloss, 2560 Nidau

betreffend Betriebsbewilligung A (Verfügung des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Biel vom 15. Mai 2012)

**befunden und erwogen:**

1. Am 19. Juli 2011 übertrug der stellvertretende Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Biel (Regierungsstatthalter) die Betriebsbewilligung A für das Restaurant XXX in Biel nach einer längeren Schliessungsphase auf XXX. Die Bewilligung enthielt keine Angaben betreffend Begrenzung des Musikschallpegels. Am 23. Februar 2012 stellte XXX ein Gesuch um Bewilligung eines Fumoirs. Die entsprechend angepasste Betriebsbewilligung A vom 15. Mai 2012 versah der Regierungsstatthalter unter der Bezeichnung „Besondere Bestimmungen“ zusätzlich mit folgendem Vermerk:
  - Infolge nicht untersuchter Gebäudeschalldämmung ist im ganzen Betrieb nur eine Hintergrundmusik zugelassen [max. Musikschallpegel: ( $L_{eq}$  über 10 Sek) **75 db(A)**].
  - Für einen höheren Schallpegel ist eine bauakustische Abklärung der Gebäudehülle des Betriebes erforderlich (Abklärung durch die Lärmfachstelle der KaPo oder Lärmschutznachweis eines Ingenieurbüros); ein Baubewilligungsverfahren ist nicht ausgeschlossen.
  
2.
  - a) Gegen diese Verfügung führte XXX am 4. Juni 2012 Beschwerde bei der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern (VOL) und beantragte die Aufhebung der genannten besonderen Bestimmungen. Die Beschwerde begründete sie sinngemäss im Wesentlichen damit, dass sie auch inskünftig darauf angewiesen sei, im Restaurant XXX private Feste und gelegentliche Tanzveranstaltungen mit Musik mit allenfalls höherem Schallpegel als 75 db(A) durchführen zu können. Eine vorgängige bauakustische Abklärung der Gebäudehülle sei für sie nicht zumutbar, da die Unterhaltungsmusik, welche an solchen Anlässen gespielt werde, unproblematisch sei. So habe sich bis anhin nie jemand über die Musikkautstärke beschwert. Vielmehr würde sie von den Quartierbewohnerinnen und -bewohnern ermuntert, auch weiterhin solche Anlässe durchzuführen.
  
  - b) Mit Stellungnahme vom 21. Juni 2012 äusserte sich das Polizeiinspektorat der Stadt Biel dahingehend, dass eine Begrenzung des Musikschallpegels auf 75 dB(A) vorliegend nicht notwendig sei. Das Restaurant XXX habe seit seiner Eröffnung im Jahr XXX und dem Umbau im Jahr XXX mit Errichtung eines Wintergartens stets den Charakter eines Quartierrestaurants bewahrt und werde einwandfrei geführt. Mit der vorgesehenen Einschränkung würden Konzerte, wie sie bis anhin durchgeführt wurden, verunmöglicht oder erschwert. Eine generelle Einschränkung des Musikschallpegels sei nicht sinnvoll. Auflagen in einer Betriebsbewilligung sollten die Umstände im Einzelfall berücksichtigen.

**c)** In seiner Beschwerdevernehmlassung vom 19. Juli 2012 begründete der Regierungsstatthalter die Ergänzung der Betriebsbewilligung A sinngemäss im Wesentlichen damit, eine einheitliche Vollzugspraxis schaffen zu wollen. Die besonderen Bestimmungen betreffend den Musikschallpegel stellten einen Hinweis dar, wonach in Gastgewerbebetrieben ohne bauakustische Abklärung der Gebäudehülle lediglich eine Hintergrundmusik mit einem maximalen Schallpegel von 75 dB(A) zulässig sei. Dieser Hinweis könne in die gastgewerblichen Betriebsbewilligungen aufgenommen werden um aufzuzeigen, was von der Rechtsordnung ohnehin vorgegeben sei. Die Rechte der Bewilligungsinhaberinnen und -inhaber würden damit nicht tangiert. Bei diesen besonderen Bestimmungen handle es sich somit nicht um eine Auflage. Diese Ansicht begründete er mit ausführlichen Überlegungen zur Auslegung der Lärmschutzgesetzgebung. Zudem machte er geltend, die Beschwerdeführerin habe jederzeit die Möglichkeit, die Betriebsbewilligung mittels vorgängiger Einholung eines Lärmgutachtens dahingehend anpassen zu lassen, dass ihr ein höherer Musikschallpegel bewilligt werde.

**d)** Mit Eingabe vom 19. September 2012 verzichtete das Polizeiinspektorat der Stadt Biel auf weitere Bemerkungen. Die Beschwerdeführerin hielt in ihren Schlussbemerkungen vom 12. Oktober 2012 an ihrem Antrag fest und brachte ergänzend vor, die Einholung eines Lärmgutachtens sei vorliegend finanziell nicht tragbar, zumal sich der Gastgewerbebetrieb nach längerer Schliessung vorerst wieder etablieren müsse. Bei der Betriebsübernahme hätte sie darauf vertraut, im Wintergarten Veranstaltungen mit Unterhaltungsmusik (wie Hochzeiten und Taufen u.ä.) durchführen zu können. Der Regierungsstatthalter reichte keine Schlussbemerkungen ein.

**e)** Auf die Begründungen in der angefochtenen Verfügung und den verschiedenen Eingaben wird, soweit sie für das vorliegende Verfahren von massgebender Bedeutung sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

- 3. a)** Gemäss Art. 31 Abs. 1 des Gastgewerbegesetzes vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11) ist die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter Bewilligungsbehörde nach diesem Gesetz. Gemäss Art. 48 Abs. 1 GGG beurteilt die VOL Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen, die gestützt auf das GGG erlassen werden. Im Übrigen gelten nach Art. 48 Abs. 3 GGG die Vorschriften des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21). Die VOL übt volle Rechts- und Ermessenskontrolle aus (Art. 66 VRPG) und prüft den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 18 Abs. 1 VRPG).

**b) aa)** Gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG ist zur Beschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung oder des Entscheids hat (Bst. c).

**bb)** XXX ist gemäss Art. 19 Abs. 1 GGG verantwortliche Person des Restaurants XXX und Adressatin der Verfügung des Regierungstatthalters vom 15. Mai 2012. Zu prüfen ist, ob sie durch die angefochtene Verfügung beschwert ist. Der Regierungstatthalter bringt nämlich vor, die Beschwerdeführerin sei in ihren Rechten nicht tangiert, da es sich bei den besonderen Bestimmungen betreffend die Begrenzung des Musikscharlpegels für ihren Betrieb lediglich um einen „Hinweis auf geltende Normen“ handle, die auch ohne Vermerk Anwendung fänden. Dem ist jedoch nicht so. Weder in der Bundesgesetzgebung noch in der kantonalen Gesetzgebung ist geregelt, dass in Restaurationsbetrieben ohne untersuchte Gebäudescharldämmung generell lediglich eine Hintergrundmusik mit einem maximalen Schallpegel von 75 db(A) zulässig ist. Eine solche Begrenzung lässt sich auch nicht mittels Auslegung der anwendbaren Bestimmungen ableiten (vgl. nachfolgende Erwägungen in Ziff. 5 und 6). Die von der Vorinstanz in der Betriebsbewilligung A verfügten besonderen Bestimmungen sind vielmehr Massnahmen gestützt auf die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes, welche den interessierenden gastgewerblichen Betrieb einschränken und XXX als verantwortliche Person zusätzlich belasten. XXX ist durch die angefochtene Verfügung demnach beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

4. Der Regierungstatthalter geht in seiner Beschwerdevernehmlassung (S. 1 und 8) davon aus, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde sinngemäss die Rüge erhebt, ihr hätte vor Erlass der neuen besonderen Bestimmungen das rechtliche Gehör gewährt werden müssen. Er erachtet diese Rüge als unbegründet.

**a)** Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 21 VRPG ist eine grundlegende Verfahrensgarantie. Er bezweckt, die Wahrheitsfindung durch die Kommunikation zwischen entscheidender Behörde und Verfahrensbeteiligten zu verbessern. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt als formeller Anspruch. Das bedeutet, dass eine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber grundsätzlich zur Aufhebung des angefochte-

nen Entscheids führt (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N. 1 ff. zu Art. 21 VRPG). Verletzungen des rechtlichen Gehörs sind deshalb vorweg zu prüfen.

**b)** Der Anspruch auf rechtliches Gehör verbürgt namentlich das Recht jeder verfahrensbeteiligten Person, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2011.118U vom 23. August 2011, E. 2.3.1). Eine Gehörsverletzung ist auch dann zu beachten, wenn sie nicht explizit gerügt wird. Art. 27 Abs. 2 KV verpflichtet alle Instanzen, sich an die Grundrechte zu halten. Eindeutige und erhebliche Gehörsverletzungen sind deshalb von Amtes wegen zu berücksichtigen (Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern, 2011 S. 67).

**c)** Obschon der Anspruch auf rechtliches Gehör als formeller Anspruch bezeichnet wird und eine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen müsste, kann die Gehörsverletzung unter bestimmten Bedingungen geheilt werden: Vorausgesetzt wird, dass der Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition wie der Vorinstanz zusteht und der beschwerdeführenden Partei aus der Heilung kein Nachteil erwächst (vgl. zum Ganzen Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 4 und N. 16 zu Art. 21 VRPG). Bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen ist eine Heilung gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundes- und des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen (vgl. VGE vom 23. August 2011, Nr. 100.2011.118U, E. 2.3.5 mit weiteren Hinweisen).

**d)** Wie den Akten zu entnehmen ist, ersuchte die Beschwerdeführerin den Regierungsstatthalter am 23. Februar 2012 um Bewilligung eines Fumoirs. Am 6. März 2012 teilte dieser der Gesuchstellerin mit, dass dieses gestützt auf den Mitbericht des Polizeiinspektorats Biel in die Betriebsbewilligung aufgenommen werden könne, sobald die Mitteilung betreffend Fertigstellung der Installationsarbeiten vorliege. In der neuen Betriebsbewilligung vom 15. Mai 2012 verfügte der Regierungsstatthalter die Aufnahme des Fumoirs und zusätzlich zur bisher geltenden Betriebsbewilligung vom 19. Juli 2011 die besonderen Bestimmungen betreffend Begrenzung des Musikscharpegels. Offenbar vor dem Hintergrund, dass der Regierungsstatthalter annahm, es handle sich bei Letzteren lediglich um einen Hinweis und keine Auflage, wurde der Beschwerdeführe-

rin vor Erlass der neuen Verfügung nicht die Möglichkeit eingeräumt, sich zu den umstrittenen besonderen Bestimmungen zu äussern. Zudem hat es der Regierungsrat unterlassen, diese zu begründen. Da die besonderen Bestimmungen jedoch wie ausgeführt eine Auflage darstellen (vgl. Ziff. 3.b.bb der Erwägungen), hat er das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin in zweifacher Hinsicht verletzt. Ob die Gehörsverletzung in diesem Beschwerdeverfahren allenfalls geheilt werden könnte, kann offen gelassen werden, da die angefochtene Verfügung – wie nachfolgende Erwägungen zeigen – hinsichtlich der besonderen Bestimmungen ohnehin aufgehoben werden muss.

- 5. a)** Der Schutz vor schädlichen und lästigen Umwelteinwirkungen wird namentlich im Bereich der Lärmeinwirkungen grundsätzlich abschliessend durch das Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01) geregelt. Kantonale und kommunale Vorschriften bleiben anwendbar, soweit sie über den bundesrechtlich geregelten Immissionsschutz hinaus eine planerische oder gastgewerbepolizeiliche Komponente enthalten oder dem Schutz der Nachbarschaft vor Übelständen verschiedenster Art dienen (BGE 118 Ib 590 E. 3a). Kantonales und kommunales Recht kann sodann als Ausführungsrecht zur Konkretisierung des Bundesumweltrechts herangezogen werden, soweit dieses den lokalen Behörden einen Beurteilungsspielraum lässt (VGE Nr. 100.2010.211U vom 20. Mai 2011, E. 4.2.1; VGE Nr. 100.2010.57U vom 18. Oktober 2010, E. 2.2; BGE 126 II 366 E. 4a, 118 Ib 590 E. 3c).

Anlass für die von der Vorinstanz verfügten besonderen Bestimmungen sind präventive Überlegungen, um Lärmbelästigungen zu verhindern. Damit steht einzig die Verhinderung von Lärmimmissionen zur Diskussion. Diese sind allein nach Massgabe des Bundesumweltrechts zu beurteilen (VGE Nr. 100.2011.196U vom 3. Januar 2012, E. 2.1.1, mit weiteren Hinweisen).

- b)** Das USG bezweckt den Schutz der Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen (Art. 1 Abs. 1 USG), wie beispielsweise Lärm, der durch den Bau oder Betrieb von Anlagen entsteht (Art. 7 Abs. 1 USG). Das Umweltschutzgesetz ordnet zum Zweck der Vorsorge an, dass alle Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, frühzeitig zu begrenzen sind (Art. 1 Abs. 2 USG). Gemäss Art. 11 Abs. 1 USG werden Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt (Emissionsbegrenzungen). Das USG kennt ein zweistufiges Konzept des Immissionsschutzes: Zunächst sind unabhängig von der beste-

henden Umweltbelastung Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Wenn aber feststeht oder zu erwarten ist, dass trotz vorsorglicher Emissionsbegrenzungen nach Art. 11 Abs. 2 USG die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden, sind die Emissionsbegrenzungen zu verschärfen (Art. 11 Abs. 3 USG).

**c)** Für die Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen legt der Bundesrat durch Verordnung Immissionsgrenzwerte fest, wobei er die Wirkungen der Immissionen auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit berücksichtigt (Art. 13 USG). Für Lärm sind die Immissionsgrenzwerte 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).

In der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes finden sich keine verbindlichen Emissionsgrenzwerte betreffend Innenlärm bei gastgewerblichen Betrieben. In Anhang 6 der Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41) sind die Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm zwar statuiert. Diese Belastungsgrenzwerte sind auf den von gastgewerblichen Betrieben ausgehenden Lärm indessen nicht anwendbar (BGE 123 II 325 E. 4d/aa; BGer 1A.86/1996 vom 24.6.1997, in URP 1997 S. 495 E. 3a). Gemäss Art. 65 Abs. 2 USG dürfen die Kantone keine eigenen Immissionsgrenzwerte, Alarmwerte oder Planungswerte festlegen.

**d)** Fehlen spezifische Belastungsgrenzwerte, sind die Immissionen im Einzelfall nach Art. 15 USG zu beurteilen (Art. 40 Abs. 3 LSV). Im Rahmen dieser Einzelfallbeurteilung sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen. Dabei ist nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern eine objektivierete Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG) vorzunehmen (BGE 133 II 292 E. 3.3 [mit Hinweisen]).

- 6. a)** Die Vorinstanz macht geltend, der maximale Schallpegel von 75 db(A) für Hintergrundmusik sei mittels Auslegung der geltenden Normen definiert. Insbesondere habe die verantwortliche Person gestützt auf Art. 21 Abs. 1 GGG für Ruhe und Ordnung im Betrieb zu sorgen. Im Zusammenhang mit dem Vollzug dieser Vorschriften verweist die Vorinstanz u.a. auf die von der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik der

Kantonspolizei Bern erstellten „Hinweise zur gastgewerblichen Betriebsbewilligung“ mit letzter Aktualisierung vom 19. Januar 2011 (Weisungen KAPO). In diesen wird der Bewilligungsbehörde empfohlen, für die Hintergrundmusik einen maximalen Schallpegel von 75 db(A)  $L_{eq}$  10/Sek. zu verfügen, sofern keine bauakustischen Abklärungen der Gebäudehülle für höhere Schallpegel vorliegen. Weiter wird auf die von der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute erlassenen Vollzugshilfen des Cercle Bruit (Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung durch den Betrieb öffentlicher Lokale vom 10. März 1999 mit Änderung vom 30. März 2007 und die Vollzugshilfe zur revidierten SIA Norm 181:2006 „Schallschutz im Hochbau“, Fassung 2006, Anhang A) verwiesen. Diese Dokumente richten sich primär an die Vollzugsbehörden u.a. im Bestreben, einer rechtsgleichen Gesetzesanwendung Rechnung zu tragen. Ihnen kommt nur beschränkte Rechtswirksamkeit zu. Solche Normen können insbesondere bei der Lärmbekämpfung hinsichtlich Prüf- und Messverfahren sowie der Festlegung von Emissions- und Immissionsgrenzwerten zweckdienlich sein. So hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Berücksichtigung beispielsweise der erwähnten Vollzugshilfe des Cercle Bruit als Entscheidungshilfe bereits mehrfach anerkannt (u.a. BGE 137 II 30, E. 3.6; BGer 1C\_190/2009, E. 3; Griffel/Rausch, a.a.O., N. 31 zu Art. 15 USG).

**b)** Um Rechtsverbindlichkeit in der vom Regierungsstatthalter gewünschten Form entfalten zu können, muss beim Einbezug solcher technischer Normen in Vollzugshilfen indessen darauf geachtet werden, dass den Anforderungen an das Gesetzmässigkeitsprinzip entsprochen wird. Es fehlt in der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes an einer Bestimmung, wonach solche technischen Normen zur präventiven Lärmbekämpfung generelle und unmittelbare Anwendung finden können (vgl. dagegen Art. 32 Abs. 1 LSV [Schallschutz bei neuen Gebäuden im Baubewilligungsverfahren]). Den Bestimmungen in den genannten Weisungen und Vollzugshilfen kommt mangels hinreichender gesetzlicher Verankerung wenigstens in Fällen wie dem vorliegenden (generelle Anordnung ohne Lärmstörungen bei einem bestehenden Betrieb) somit weder Rechtsverbindlichkeit zu, noch sind die Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik und der Cercle Bruit (als Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute) gegenüber den Bewilligungsbehörden weisungsbefugt. Es handelt sich hierbei lediglich um Empfehlungen an die Vollzugsbehörden. So entsprechen namentlich die Bestrebungen in den Weisungen KAPO einem offenbar zunehmend stärker werdenden behördlichen Bedürfnis. Die Stossrichtung hin zur Anordnung von generellen vorsorglichen und verschärften Massnahmen im Sinn von Art. 11 und 12 USG bereits im Rahmen der gastgewerblichen Betriebsbewilligungsverfahren ist angesichts der zahlreichen jährlichen Interventionen der Fachstelle Lärmakustik/Lasertechnik verständlich. Mit einer generellen Durchsetzung der besagten Empfehlung an die Bewilligungsbehörden (Anordnung einer Hinter-



grundmusik mit max. Musikscharppel von 75 db[A] bei nicht untersuchter Gebäudeschalldämmung) könnte der behördliche Verwaltungsaufwand bei bestehenden Betrieben nicht zuletzt durch die Übertragung der Beweislast an die Gastgewerbebetreibenden/Veranstalter wesentlich reduziert werden. Solange der Gesetzgeber indessen die gesetzlichen Grundlagen für eine entsprechende generelle vorsorgliche Emissionsbegrenzung für Gastgewerbebetriebe nicht statuiert hat, werden die Behörden bei bestehenden Betrieben um eine umfassende Prüfung und Interessenabwägung im Sinn der nachstehenden Erwägungen nicht herumkommen.

- 7. a)** Das Restaurant XXX ist eine ortsfeste Anlage im Sinn von Art. 7 Abs. 7 USG und Art. 2 Abs. 1 LSV, durch deren Betrieb gewisse Lärmemissionen entstehen. Es unterliegt somit den bundesrechtlichen Bestimmungen über den Lärmschutz. Allerdings regelt, wie vorstehend erwähnt, weder das Bundesrecht noch die bernische Gastgewerbegesetzgebung, welches Mass an Ruhe und Ordnung für einen Gastgewerbebetrieb geboten ist und unter welchen Umständen Einwirkungen aus einem Gastgewerbebetrieb auf die Nachbarschaft als übermässig gelten. Diese Fragen sind anhand der am betreffenden Ort geltenden Nutzungsordnung zu beurteilen (BVR 2002 S. 352). Das Restaurant XXX liegt in der XXX Kernzone ZPP 5.1 in einer Mischzone B, d.h. einer Zone, in welcher alle mit den Vorschriften der Lärmempfindlichkeitsstufe III gemäss Art. 43 LSV zu vereinbarenden Nutzungen zulässig sind (Art. 8 der Bauverordnung der Stadt Biel vom 2. Oktober 1998). Mässig störende Betriebe sind in dieser Zone zugelassen. Die Anwohnerinnen und Anwohner haben somit gewisse Einwirkungen zu dulden.
- b)** Bei der Anwendung des Vorsorgeprinzips (Art. 11 Abs. 2 USG i.V. mit Art. 7 Abs. 1 Bst. a LSV) sind zudem Kriterien des technisch und betrieblich Möglichen und des wirtschaftlich Tragbaren zu beachten (vgl. BVR 2002 S. 356 E. 3.d). So hat das Bundesgericht wiederholt entschieden, dass nach dem in Art. 11 USG enthaltenen Vorsorgeprinzip unnötiger Lärm vermieden werden muss, falls sich erweist, dass die Massnahmen zur Emissionsbegrenzung technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind. Dies ist allerdings nicht so zu verstehen, dass jeder im strengen Sinn nicht nötige Lärm völlig untersagt werden müsste. Es gibt keinen absoluten Anspruch auf Ruhe; vielmehr sind geringfügige, nicht erhebliche Störungen hinzunehmen. Denn das Vorsorgeprinzip hat nach der Konzeption des USG emissionsbegrenzenden und nicht -eliminierenden Charakter. Das heisst: Sofern sich geringfügige Emissionen mit kleinem Aufwand erheblich verringern lassen, dürfte es grundsätzlich verhältnismässig sein, entsprechende Massnahmen zu verlangen. Wenn sich eine Reduktion bei derar-

tigen Emissionen hingegen als unverhältnismässig oder sogar unmöglich erweist, ist dahingehend zu entscheiden, dass solche Immissionen von den Betroffenen hinzunehmen sind (BGE 133 II 169 E. 3.2, 126 II 300 E. 4.c.bb, 126 II 366 E. 2.b, 126 II 399 E. 4.c).

Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit von Emissionsbegrenzungen ist auf einen mittleren und wirtschaftlich gesunden Betrieb der betreffenden Branche abzustellen (Schrade/Loretan, a.a.O., N. 34a zu Art. 11 USG). Anders als vorsorgliche Massnahmen nach Art. 11 Abs. 2 USG sind verschärfte Emissionsbegrenzungen nach Art. 11 Abs. 3 USG nicht an die Schranke der wirtschaftlichen Tragbarkeit im Sinn von Art. 11 Abs. 2 USG gebunden. Dies bedeutet allerdings nicht, dass bei der Anordnung verschärfter Massnahmen wirtschaftliche Aspekte unbeachtlich wären. Vielmehr haben solche Überlegungen in die auch bei verschärften Emissionsbegrenzungen vorzunehmende Verhältnismässigkeitsprüfung einzufließen. Insbesondere ist ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Nutzen der Massnahme für die Umwelt und der Schwere der damit verbundenen, auch wirtschaftlichen Nachteile zu wahren (Schrade/Loretan, a.a.O., N. 43a zu Art. 11 USG).

**c)** Gemäss Art. 12 Abs. 2 USG ist es zwar zulässig, Massnahmen zu vorsorglichen Emissionsbegrenzungen, soweit entsprechende Bestimmungen nicht bereits aus den Verordnungen hervorgehen, mittels Verfügung anzuordnen. Art. 11 und 12 USG sind justizierbar, d.h. normativ genügend bestimmt, um durch die rechtsanwendenden Organe ohne weitere rechtssatzmässige Konkretisierung im Einzelfall angewendet zu werden (Griffel/Rausch, a.a.O., N. 18 zu Art. 12 USG). Dies allerdings bedingt, dass eine umfassende Einzelfallprüfung vorzunehmen ist. Ohnehin gilt, dass insbesondere dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) sowohl im Rahmen der vorsorglichen Emissionsbegrenzung nach Art. 11 Abs. 2 USG als auch im Zusammenhang mit Massnahmen der verschärften Emissionsbegrenzung grosse Bedeutung zukommt. Bei einer Überschreitung von Immissionsgrenzwerten verschiebt sich indessen der Beurteilungsmassstab, so dass auch eingreifendere Massnahmen – bis hin zu Betriebsverboten – verhältnismässig sein können (Griffel/Rausch, a.a.O., N. 25 zu Art. 11 Abs. 3 USG). Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlangt, dass die mittels Verfügung nach Art. 12 Abs. 2 USG im Einzelfall entsprechend angeordnete Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und für die Betroffenen zumutbar ist. Der angestrebte Zweck muss dabei in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln bzw. zu den zu seiner Verfolgung notwendigen

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit stehen (vgl. BGE 131 I 91 E. 3.3, 128 II 292 E. 5.1; BVR 2006 S. 179 E. 8.3, 2005 S. 97 E. 8.2).

8. a) Mit der Begrenzung des Musiksollpegels auf 75 db(A) für die Hintergrundmusik in Gastgewerbebetrieben mit nicht untersuchter Gebäudeschalldämmung möchte der Regierungsstatthalter eine einheitliche Praxis zur Wahrung von Ruhe und Ordnung schaffen, welche sich mit einem verminderten Verwaltungsaufwand durchsetzen lässt. Dabei möchte er der zunehmenden Lärmproblematik im Gastgewerbe – u.a. bedingt durch Entwicklungen in jüngster Vergangenheit in Richtung teilweise vermehrt auftretender problematischer Gebäudeumnutzungen – entgegenwirken und dem gerade auch in diesem Zusammenhang zusehends erhöhten Ruhebedürfnis der Bevölkerung Rechnung tragen.

Dieses Bestreben ist zwar nachvollziehbar. Zu bedenken ist jedoch Folgendes: Für den Erhalt der Bewilligung eines höheren Schallpegels hat die Beschwerdeführerin eine vorgängige bauakustische Abklärung der Gebäudehülle beizubringen. Die Verschärfung impliziert, dass der Beschwerdeführerin einerseits die Beweislast für den Nachweis der hinreichenden Gebäudeschalldämmung und andererseits – bei allfälliger problematischer Gebäudeschalldämmung – eine Sanierungspflicht im Sinn von Art. 15 ff. USG auferlegt werden. Diese Anordnung kann für die Beschwerdeführerin einschneidende Konsequenzen haben, weshalb eine einzelfallmässige Abklärung der Lärmsituation unter Einbezug der Gesamtumstände umso umfassender erfolgen muss. Eine entsprechende Prüfung hat der Regierungsstatthalter nur ansatzweise vorgenommen. Vorderhand fragt es sich, ob die verfügte Massnahme vorliegend überhaupt erforderlich und für die Betreiberin des Gastgewerbebetriebes letztlich zumutbar ist. So sind seit der Übertragung der Betriebsbewilligung A für das Restaurant XXX am 19. Juli 2011 weder Lärmanzeigen ergangen, noch sind aus den Akten Hinweise ersichtlich, wonach die öffentliche Ruhe und Ordnung inskünftig gefährdet wäre bzw. Störungen der Nachbarschaft durch übermässige Einwirkungen aus der Betriebsführung zu befürchten wären. In diesem Sinn äussert sich auch das Polizeiinspektorat der Stadt Biel (vgl. Ziff. 2.b). Insbesondere liegen auch keine behördlichen Lärmmessungen vor. Selbst der Regierungsstatthalter bestätigt, dass bis anhin keine Lärmklagen erhoben wurden. Allerdings macht er geltend, mit der Baubewilligung Nr. XXX vom 22. Dezember 1998 sei der Anbau eines beheizten Wintergartens zum bestehenden Restaurant XXX bewilligt worden. Weder im Rahmen dieses Bauverfahrens noch bei der Teilrenovation des Betriebs im Jahr 1996 (Baubewilligung Nr. XXX vom 31. Mai 1996) sei die Gebäudeschalldämmung untersucht worden. Somit bleibe die heutige Qualität des

Gebäudes unbekannt. Gemäss Art. 47 des Polizeireglements der Stadt Biel vom 13. März 1977 seien Wirtschaften, Konzertsäle, Versammlungsräume, Vergnügungsstätten wie Dancings, Spielsalons und dergleichen baulich und organisatorisch so einzurichten, dass Drittpersonen nicht gestört würden. Auf Hausbewohner und Nachbarn sei Rücksicht zu nehmen. Wenn die Beschwerdeführerin indessen vorbringe, dass ihr Wintergarten baulich und organisatorisch so eingerichtet worden sei, dass Musikanlässe ohne Störung von Drittpersonen organisiert werden könnten, sei dies noch kein Beweis, dass überhaupt Live-Konzerte mit einem Schallpegel von über 75 db(A) stattgefunden hätten. Diese Argumentation greift zu kurz und der Regierungsstatthalter setzt offenbar voraus, dass Musikveranstaltungen mit einem Schallpegel von über 75 db(A) für die Quartierbewohner vorliegend von vornherein störend wären. Anzeichen hierfür gehen wie gesagt aus den Akten keine hervor. Um stichhaltige Antworten im Hinblick auf die Notwendigkeit von Emissionsbegrenzungen im Sinn von Art. 11 und 12 USG zu erhalten, hätte der Regierungsstatthalter als Bewilligungsbehörde nach GGG die Lärmsituation im konkreten Einzelfall umfassend abklären müssen (Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmbelastung der Zone, Form und Ausmass der zu erwartenden Störungen etc., vgl. Ziff. 5.d). Weiter hätte eingehend geprüft werden müssen, ob die Begrenzung des Musikschallpegels auf 75 db(A) für die Beschwerdeführerin wirtschaftlich tragbar ist und sich letztlich auch die Anforderung einer vorgängigen bauakustischen Abklärung zum Erhalt eines höheren Schallpegels und eine allfällige Sanierung unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit rechtfertigen lassen (vgl. Ziff. 7.b und c sowie Art. 11 Abs. 2 USG).

**b)** Daraus erhellt, dass die besonderen Bestimmungen in der Betriebsbewilligung A für das Restaurant XXX ohne vorgängige umfassende Prüfung der Lärmsituation verfügt wurden. Insbesondere hat es der Regierungsstatthalter unterlassen, im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Beurteilung der Lärmarten einzelfallweise eine Interessenabwägung zwischen dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie der Anwohnerschaft vor übermässigen Einwirkungen und den privaten Interessen der Beschwerdeführerin an einem Musikbetrieb, wie er bis heute im Restaurant XXX ohne besondere behördliche Emissionsbegrenzungen und offenbar bis anhin ohne Lärmklagen praktiziert wurde, vorzunehmen. Aufgrund der Aktenlage bleibt somit ungeklärt, ob sich eine Emissionsbegrenzung im angeordneten Sinn unter den Kriterien des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes rechtfertigen lässt. Mit diesem Versäumnis hat der Regierungsstatthalter die allgemeinen Vorschriften über die Emissionsbegrenzung, namentlich nach Art. 11 und 12 USG, verletzt und die angefochtenen besonderen Bestimmungen müssen daher aufgehoben werden. Gestützt auf die Akten und die Eingaben

der Verfahrensbeteiligten ist davon auszugehen, dass aufgrund fehlender Lärmklagen im vorliegenden Fall momentan keine Beschränkung des Musikbetriebs angezeigt ist. Deshalb macht eine Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neubeurteilung keinen Sinn.

9. a) Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Regierungsstatthalter die angefochtenen Auflagen betreffend die Begrenzung des Musikschallpegels ohne hinreichende vorgängige Prüfung des Einzelfalls verfügt und damit gegen die Vorgaben des USG verstossen hat. Die Beschwerde der XXX ist demzufolge gutzuheissen und die besonderen Bestimmungen sind aufzuheben.
- b) Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben oder zu sprechen (Art. 104 ff. VRRPG).

Aus diesen Gründen wird

**erkannt:**

1. Die Beschwerde der XXX vom 4. Juni 2012 wird gutgeheissen und die *Besonderen Bestimmungen* in der Verfügung des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Biel vom 15. Mai 2012 werden aufgehoben.
2. Es werden keine Kosten erhoben oder gesprochen.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, nach den Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes Beschwerde geführt werden. Die Beschwerde ist schriftlich und mindestens in drei Exemplaren einzureichen. Sie hat einen Antrag, eine Begründung und eine Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid sowie weitere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Bern, 7. März 2013